

ABORTO: A CONSTRUÇÃO DA PESSOALIDADE DA MULHER NO BRASIL DO SÉCULO XXI

ABORTION: THE CONSTRUCTION OF WOMEN'S PERSONALITY IN BRAZIL OF THE XXI CENTURY

Bruno Torquato Zampier Lacerda¹

RESUMO: A história moderna do aborto se confunde com as premissas éticas do cristianismo, especialmente a partir do final do século XIX. Isto fez com que grande parte das legislações de países de tradição cristã, como o Brasil, viesse a aprovar normas jurídicas criminalizando a conduta de autoaborto. Todavia, várias destas nações já puderam revisar seus ordenamentos jurídicos, a partir da década de 1970, entendendo como necessária a ampliação do direito de escolha por parte da mulher, permitindo-se assim a interrupção voluntária da gravidez, desde que atendidos certos requisitos. Para tanto, alguns modelos foram construídos no direito comparado, sendo urgente que o Brasil possa se alinhar, o quanto antes, à vanguarda mundial na proteção à mulher grávida, salvaguardando seus direitos fundamentais.

Palavras-chaves: aborto; interrupção voluntária da gravidez; autonomia existencial; modelos no direito comparado; estado da arte no Brasil.

ABSTRACT: The modern history of abortion is confused with the ethical premises of Christianity, especially from the end of the 19th century. This caused a large part of the legislation of countries with Christian tradition, such as Brazil, to pass legal norms criminalizing self-conduct. However, several of these nations have already been able to revisit their legal systems, starting in the 1970s, understanding the need to expand the right of choice on the part of women, thus allowing the voluntary termination of pregnancy, provided certain requirements are met. To this end, some models were built in comparative law, and it is urgent that Brazil can align itself, as soon as possible, with the world vanguard in protecting pregnant women, safeguarding their fundamental rights.

Keywords: abortion; voluntary termination of pregnancy; existential autonomy; models in comparative law; state of the art in Brazil.

¹ Doutorando e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil no Curso Supremo em Belo Horizonte. Professor e Coordenador de Cursos de Pós-graduação na Faculdade Arnaldo. Membro associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Membro associado da Academia Brasileira de Direito Civil. Bolsista Capes. Delegado de Polícia Federal.

1. INTRODUÇÃO

A prática de se colocar fim à vida de um nascituro, envolvendo métodos físicos ou químicos, não é uma novidade da era moderna. Em um texto médico datado dois mil anos antes de Cristo já eram encontrados relatos de que um imperador chinês prescrevia a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio. Porém, o risco da ingestão de substâncias nocivas para a saúde das mães fez com que algumas sociedades e culturas preferissem realizar a prática do infanticídio, ou seja, a morte da criança após o nascimento. Havia ainda a adoção de outros métodos de aborto, que causavam sérios riscos de falecimento para a mãe, tais como pancadas no abdômen e cavalgadas durante horas a fio para que se pudesse interromper a vida intrauterina².

A posição da mulher na sociedade também influenciava na possibilidade de aceitação ou não de práticas abortivas. Tanto na Grécia quanto na Roma antiga, o feto era considerado parte do corpo da mulher. Como esta era uma espécie de propriedade do marido, o aborto só poderia acontecer com autorização deste.

Na filosofia antiga, o aborto era defendido por Aristóteles como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Em *Política*, escreveu:

Quando os casais tiverem filhos em excesso, que o aborto seja realizado antes que os sentidos e a vida tenham começado; o que pode ou não ser feito legalmente nesses casos depende da vida e da sensação.³

Platão, por sua vez, defendeu em seu livro *República* que os abortos deveriam ser obrigatórios para mulheres acima de 40 anos, como forma de manter a pureza da raça de guerreiros gregos⁴. Hipócrates ficou conhecido por ensinar métodos contraceptivos e abortivos. Sócrates era favorável à facilitação do aborto, quando a mulher manifestasse tal intenção.

A questão ética do aborto vinculada à moral religiosa surgiu logo no início da era cristã. Por influência de Santo Agostinho (354 – 430 d.C.), o grande pensador do início do Cristianismo, considerava-se que o embrião não tinha alma até o 45º dia após a concepção. Logo, ausente a alma humana, a penalidade deveria ser branda. Em posição análoga, o frade italiano São Tomás de Aquino (1225 – 1274) entendia que a infusão da alma (ensoulment) só ocorreria com a formação do corpo, conforme se depreende da interpretação de sua densa *Summa Theologiae* (Questão 118, art. 2)⁵.

Desta forma, o aborto era uma infração repreensível tanto quanto os métodos contraceptivos (mal moralmente condenável), mas jamais podendo ser punido como um homicídio. Tais posições ficaram conhecidas como a teoria da hominização tardia, partindo do entendimento de que o embrião se desenvolve progressivamente, sendo a vida informada inicialmente por uma alma vegetativa, tal como uma planta, à qual se seguiria uma alma sensitiva, própria dos animais, para apenas depois surgir uma alma racional e, portanto, humana.

Esta posição destes dois grandes pensadores do Cristianismo ficou assentada no Concílio de Viena, convocado pelo Papa Clemente V em 1312, quando se registrou que a realização de um aborto nas primeiras semanas da concepção não poderia ser equiparada

2 Relato disponível no site <https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>

3 ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

4 PLATÃO. *República*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

5 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

a um assassinato. Separou-se então o aborto de um feto inanimado, que em tese não seria proibido, daquele aborto de um feto animado, este sim proibido. Neste último caso, estaria configurado um crime contra a concepção e o matrimônio, mas como exposto, não equiparável a um homicídio.

Tal ordem de ideias permaneceu, em linhas gerais, até o final do século XVIII, quando avanços da ciência permitiram supor que a infusão da alma ocorreria mesmo desde a concepção. Assim, em 1869, o papa Pio IV acatou a então denominada teoria da personalização imediata e declarou todos os abortos como verdadeiros assassinatos, independentemente do estágio da gravidez, passando-se a ser esta a posição oficial da Igreja Católica desde então.

A ideia de que a vida humana começaria no momento da concepção não foi criada pelo Vaticano, mas surgiu de uma campanha levada a efeito por médicos, ainda no século XIX. A Igreja Católica apenas acatou esta visão científica para se reposicionar perante o tema.

Assim, no início do século XX, com a revolução científica e liderados por alguns setores mais conservadores da sociedade, especialmente a igreja, conseguiu-se aprovar leis que proibiam totalmente a prática do aborto, tal como aconteceu no Brasil com o advento do Código Penal em 1940. Vale registrar que o Código Criminal do Império de 1830, bem como o Código Penal Brasileiro de 1890, não criminalizavam expressamente o autoaborto (aborto praticado pela própria gestante)⁶.

O que se deve questionar a todo instante é a presença, ainda nos dias atuais, de ideais cristãos na legislação em vigor em estados democráticos e laicos, ainda que a maior parte da população de uma determinada nação se autodeclare como professante dessa fé.

Há que se romper o paradigma do cristianismo moderno para que se possa viver o pluralismo de uma democracia secular. A moral coletiva não deveria se sobrepor à possibilidade de construção de uma moral individual. Friedrich Nietzsche já criticava esta moral de rebanho no século XIX

Com a ajuda de uma religião que satisfaz aos mais sublimes desejos do rebanho e acaricia seus desejos, mesmo nas instituições políticas e sociais, uma expressão sempre visível dessa moral: o movimento democrático continua a herança do movimento cristão.⁷

Nesta esteira, como se verá adiante, ao longo do século XX, operou-se certa releitura e o aborto induzido se tornou prática legal em muitos países do Ocidente, em que pese protestos destas alas mais conservadoras (denominadas em língua inglesa de “pro-life groups”). Destaque especial aqui para a União Soviética que em 1920, logo após a revolução russa, liberou totalmente a prática do aborto. Interessante observar também que o aborto foi liberado na Alemanha, no período do Partido Nazista de Adolf Hitler. Conforme se verá adiante, esta tradição cristã já foi rompida em vários países ocidentais prevalecendo, todavia, naqueles com menor desenvolvimento educacional e econômico.

Segundo dados fornecidos pelo Guttmacher Institute, organização sem fins lucrativos dedicada ao estudo e construção de políticas de saúde, direitos sexuais e reprodutivos, sediada nos Estados Unidos, teriam ocorrido aproximadamente 121 milhões de gravidezes indesejadas a cada ano em todo o mundo, entre 2015 e 2019. Destas gravidezes, cerca de

6 Disponíveis em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm e <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>.

7 NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *Além do bem e do mal: preludio de uma filosofia do futuro*. São Paulo: La fonte, 2012

61% (sessenta e um por cento) terminaram em aborto. Isto daria uma média de 73 milhões de abortos por ano no mundo⁸. E o mais incrível é perceber que, segundo estudos, não há diferença de taxas percentuais de abortamento nos países em que permitem e naqueles que proíbem a prática. Elas são rigorosamente idênticas, demonstrando a pouca eficácia da proibição⁹.

É imperioso que o tabu existente acerca do aborto na sociedade brasileira há quase um século seja efetivamente descortinado, servindo o Direito nesta seara como instrumento de efetivação de liberdades e não como meio de violência contra pessoas em estado de vulnerabilidade, tal qual a mulher grávida. Conforme a irreparável advertência de Sigmund Freud, citando Wilhelm Wundt, é preciso que qualquer povo e estágio de cultura possam escapar dos danos provocados por tabus, que podem ser definidos como

toda proibição, estabelecida nos usos e costumes ou em leis expressamente formuladas, de tocar num objeto, reivindicá-lo para uso próprio ou utilizar certas palavras proibidas constitui um tabu.¹⁰

Desta forma, a proposta do presente artigo se insere não apenas como uma demonstração das contradições históricas da tradição cristã. Nas linhas que se seguem há uma tentativa de se fomentar o debate democrático, laico, plural, evitando-se modos absolutistas de imposição de uma única verdade ou concepção de vida boa. Deve-se questionar a legitimidade do Estado na construção coercitiva, inadmissível e injustificável de uma ética coletiva a partir de um aparato normativo, fato este que inexoravelmente deságua num desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade, de igualdade, do planejamento familiar e da justiça social. A bíblia deve ser sempre considerada como uma legítima opção individual; contudo, a Constituição será uma inexorável imposição de alcance coletivo.

2. LIBERDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Qualquer indivíduo necessita de um espaço de liberdade, dentro do qual possa agir, sem as amarras, controles ou limitações de quem quer que seja. Neste ambiente mais restrito, há plena possibilidade de construção de sua personalidade, entendida esta como a tomada de ações no sentido da autodeterminação e autoafirmação das configurações individuais do sujeito, a partir do exercício de sua liberdade. Na visão de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

a personalidade é a possibilidade da pessoa humana assumir uma identidade, isto é, um horizonte no qual ela é capaz de livremente tomar uma posição e assim agir, ser responsável pela sua ação e buscar ser reconhecido através dela, em um universo intersubjetivo em que identidades se entrelaçam e processualmente se constituem e reconstituem.¹¹

8 Dados disponíveis em <https://www.gutmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>

9 Dados disponíveis em <https://www.gutmacher.org/infographic/2020/abortion-occurs-worldwide-where-it-broadly-legal-and-where-it-restricted>

10 FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

11 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade de personalidade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

Esta esfera de intimidade e privacidade, dentro da qual será possível a construção da própria identidade, deve ser protegida como expressão da personalidade do indivíduo, celeiro a partir do qual toda liberdade será exercitada. É do querer íntimo, da vontade nascida no interior do sujeito, que partirá o autorregramento de sua vida, descortinando seus interesses que então serão perseguidos, como forma de alcance da plenitude de sua dignidade enquanto ser humano.

Esta liberdade de agir, manifestando-se suas vontades na busca da satisfação de seus interesses é a semente para o conceito de autonomia (*auto* = própria; *nomia* = norma). Se no período francês pós-revolucionário, focado nos ideais do liberalismo oitocentista, essa autonomia era vista como algo absoluto e ligado à máxima expressão da vontade, com mínima carga intervencionista, modernamente deve ser enxergada como uma autonomia de cunho privado, com limites sendo impostos a fim de se garantir interesses igualmente dignos de tutela como, por exemplo, os interesses públicos primários e secundários, os interesses difusos e coletivos. Tais limitações serão impostas, sobremaneira, pelo Estado através de seu ordenamento jurídico. Mas hodiernamente não apenas por este; fatores sociais e principalmente econômicos também estabelecem limites ao exercício desta autonomia.

Assim, a liberdade, intrinsecamente multiforme, se manifesta também através da autonomia, sendo esta então tida como a capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão. Este conceito não está afeto estritamente ao Direito Privado (valendo-se, nesta passagem, da velha dualidade da ciência jurídica, atualmente questionada por muitos autores). Entretanto, sem dúvidas, é neste campo que se manifesta com maior intensidade sendo, inclusive, comumente denominada de Autonomia Privada.

Conforme leciona Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves “a autonomia privada é a concessão de poderes de atuação à pessoa. O ordenamento confere uma amplitude de comportamento ao ser humano”.¹²

Já na visão de José Abreu Filho, a autonomia privada pode ser conceituada como sendo “os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies”.¹³

E do encontro da autonomia privada com a noção de pessoalidade surge uma nova acepção: a autonomia existencial. Esta seria o exato ambiente de escolhas conduzidas livremente pelo sujeito, na autogestão do exercício de seus variados direitos da personalidade, em busca da construção de sua identidade e, conseqüentemente, de seu projeto biográfico de vida boa.

E exatamente aqui se encontra um primeiro problema na questão do aborto: a autonomia existencial da gestante em interromper a gestação. Dito em outras palavras, a liberdade de escolha da futura mãe em realizar o procedimento abortivo. Haveria esfera de autonomia para a tomada desta decisão? O Estado tem mesmo legitimidade para impor limites impeditivos a tal ato interruptivo da gestação? Há que se permitir escolhas no âmbito da pessoalidade ou o Estado deve impor, a partir de preceitos morais, a construção da identidade sob o status jurídico da maternidade?

Em obra que discute a legalização do aborto, os autores espanhóis Tomás S. Vives Antón e María Luisa Cuerda Arnau, trazem a discussão da liberdade para pontuar alguns

12 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

13 ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

argumentos daquilo que se convencionou denominar de “posturas pro-elección” (igualmente apeladas de pro-libertad ou pro-choice). Como forma de enriquecer a discussão, em especial no sentido de adoção de posição favorável à prática, os autores colacionam o pensamento de alguns filósofos, contribuindo para o polêmico e sensível debate.¹⁴

Apoiados em John Stuart Mill, apresentam a questão da liberdade e isonomia entre os sexos, demonstrando o posicionamento do autor inglês de que a intervenção do estado na esfera da mulher tornava-a submissa, chegando ao extremo da escravidão, o que violaria a isonomia de gênero.

A defesa radical de Mill em favor da liberdade encontrava apenas uma limitação: a esfera do outro indivíduo. Nesta linha, vale o registro de que

a única liberdade que merece o nome é aquela que busca o nosso bem à nossa maneira, desde que não procuremos privar aos outras da sua ou impedir suas iniciativas de alcançá-la. Cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja ela corporal, mental ou espiritual. Os homens tem mais a ganhar tolerando que cada um viva como lhe pareça melhor do que obrigando cada uma a viver como pareça bom para o resto.¹⁵

Importante destacar também outro argumento trazido pelos autores espanhóis: a pluralidade consubstanciada na aceitação de diferentes projetos de vida de cada indivíduo. Na visão deles

el pluralismo democrático exige que las libertades se ordenen en virtud de un consenso entrecruzado (overlapping), logrado sobre la base de la razón pública por ciudadanos que, personalmente, profesan doctrinas comprensivas diferentes.¹⁶

Seja através do pluralismo ou da liberdade em suas mais diversas facetas, não se pode afastar, por óbvio, a análise da liberdade sexual da mulher, visto que o exercício autônomo desta é fundamental para a análise da (i)legalidade de um aborto eventualmente praticado.

Apenas para exemplificar, o ordenamento pátrio não pune o aborto praticado em casos de gravidez resultante de estupro, uma vez que nessa situação a liberdade sexual da mulher foi violada. Logo, não é possível haver limitação a uma autonomia que sequer existiu. Se o fundamento de qualquer responsabilidade repousa no exercício de uma liberdade, onde esta não existe é absolutamente inviável se pensar naquela. O Estado optou corretamente por não responsabilizar quem não exerceu sua liberdade sexual.

De igual maneira, o Estado Brasileiro também não pune o aborto quando a vida da própria gestante está em risco, em virtude da gravidez. Entre a vida de um e de outro, o Estado opta claramente pela vida da genitora, evitando que conflitos morais normalmente avassaladores neste cenário, venham a perturbar ainda mais a tomada de decisão pela mulher.

Trabalhando o ideal de liberdade ora analisado, Taisa Maria Macena de Lima assevera que

A liberdade, que dentro do mundo do liberalismo limitava-se a não intervenção do Estado na autonomia da vontade, assumiu outras dimensões. Ela em sentido jurídico é também enfocada sob uma perspectiva da privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas

14 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

15 MILL, John Stuart. *Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal*. São Paulo: Faro editorial, 2019.

16 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

individuais, exercendo-as como melhor convier. São exemplos de violação do direito à liberdade a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos e a incapacidade de controle dos dados pessoais, inclusive os dados genéticos.¹⁷

Se todo indivíduo plenamente capaz é dotado de liberdade e conseqüentemente autonomia, que como dito se manifesta inclusive no exercício de sua vida sexual, a proibição ao aborto condiciona o exercício daquela até certo ponto. Caso a mulher engravide, sob a premissa de que há uma nova vida em jogo, cessaria a partir dali sua autonomia para decidir sobre a continuidade ou não da gravidez.

Importante observar, do ponto de vista dogmático, que a liberdade se qualifica como um direito fundamental. Logo, o proibicionismo ao aborto não respeitaria os direitos fundamentais da mulher, pois indubitavelmente nega a ela a possibilidade de recusar de maneira autônoma uma gravidez não desejada ou planejada. A mulher sob esta perspectiva seria um mero sujeito passivo e não um verdadeiro sujeito de direitos, não permitindo a ela o livre desenvolvimento de sua personalidade, de sua vida, integridade física e moral, intimidade, liberdade ideológica e igualdade. Esta perspectiva, inclusive, atenta contra várias políticas afirmativas de proteção à mulher em situação de vulnerabilidade.

Nesta linha, a própria receptividade pela nova ordem constitucional dos tipos penais definidores do autoaborto no Brasil, está sendo questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, tanto no controle de constitucionalidade difuso, quanto concentrado, como se verá adiante.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA AUTONOMIA EXISTENCIAL

Não é possível abordar a liberdade sem trabalhar os limites a ela impostos. Mesmo os maiores defensores da liberdade, que repudiavam qualquer forma de intervenção estatal no direito privado, estabeleciam que o limite da liberdade do sujeito estava na esfera de liberdades do outro indivíduo. Ou seja, ainda que não haja uma clara intervenção estatal nos limites ao exercício de uma dada liberdade, haveria a alteridade a determinar a contenção de atos capazes de violar a esfera alheia.

Há que se trazer ao debate o papel do Estado como limitador do exercício da autonomia privada, impedindo que o indivíduo afete a esfera de direitos do outro, especificamente no caso do aborto. Não há dúvidas de que quando se fala em limitação da prática do aborto está em questão a tutela do bem jurídico da vida do nascituro. A lei penal brasileira optou por elencar essa vida como objeto digno de proteção, ao tipificar condutas abortivas nos art. 124 a 127 do Código Penal.

Entretanto, o direito à vida não pode ser tomado como absoluto, como de resto todo e qualquer direito fundamental. O próprio ordenamento jurídico brasileiro o relativiza quando, por exemplo, prevê no art. 5º da CR/88 a pena de morte em casos de guerra declarada; a figura penal da legítima defesa; ou, ainda, a permissibilidade para o aborto, sem sanção penal (art. 128 do Código Penal) nos casos de risco de vida da mãe – chamado aborto necessário – e em caso de estupro, quando por uma ausência de sentimento da mãe, ela pode abdicar da vida do feto – chamado de aborto sentimental, como destaca Bernardo Gonçalves Fernandes.¹⁸

17 LIMA, Taisa Maria Macena de. O uso de amostra biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão. In: FLUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 159.

18 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

Assim, haverá exceções dentro do próprio ordenamento jurídico, afastando desta maneira, qualquer posição jurídica taxativa de impossibilidade do aborto, mesmo que reconhecida a vida e, conseqüentemente, o direito a ela por parte do nascituro.

Chega-se aqui a um impasse: o direito à liberdade da gestante se sobrepõe ao direito à vida do nascituro? Ou seria o contrário? Qual a posição do legislador intervencionista? O nascituro deve ser qualificado juridicamente como pessoa? Ainda que se qualifique como tal, haveria uma real contraposição de direitos entre a liberdade da genitora e a vida do feto?

Como já apresentado, em alguns casos, o legislador brasileiro entendeu que a liberdade da mãe seria merecedora de tutela, autorizando a interrupção da gravidez em hipóteses excepcionais. O próprio Supremo Tribunal Federal ampliou estas hipóteses no âmbito do bloco de constitucionalidade, ao permitir o aborto do nascituro para o qual se demonstra cabalmente a impossibilidade da vida extrauterina, em virtude de má formação congênita, como naqueles casos relativos a anencefalia e outras questões genéticas análogas (como por exemplo, a síndrome de body stalk).¹⁹

O Brasil enxerga, até o presente momento, que as iras da norma penal são a via adequada para regramento da prática abortiva. Seria esta a melhor solução ao problema que alguns especialistas, inclusive, apontam como de saúde pública? A história brasileira do aborto é a história de um delito, ao menos do século XX para cá. E pior, a história de um delito aplicado seletivamente e que também não se mostra como uma tipificação eficaz a tutelar o bem jurídico protegido.

As cifras brancas (dados estatísticos oficiais sobre cometimento de determinado delito) deste crime são insignificantes. Raras são as sessões de julgamento de Tribunais do Júri, por todo o país, a julgar esta infração penal. Já as cifras negras, ou seja, as práticas que sequer chegam a conhecimento das estatísticas oficiais do Estado, deveriam fazer parte das preocupações dos governantes brasileiros. Segundo estimativas de um estudo conduzido pelos professores Mario Giani Monteiro, do Instituto de Medicina Social da UERJ e Leila Adesse, da ONG Ações Afirmativas em Direitos e Saúde, o número de abortos induzidos em 2013, no Brasil, teria gravitado entre 685.000 (seiscentos e oitenta e cinco mil) e 856.000 (oitocentas e cinquenta e seis mil). Todavia, os números registrados no Ministério da Saúde são infinitamente menores. Teriam ocorrido apenas 1.523 (mil quinhentos e vinte e três) casos de abortos legais no mesmo período.²⁰

Fato é que no Brasil as bases de dados oficiais de saúde não permitem ter uma estimativa segura acerca do número de abortos que ocorrem a cada ano. Isto porque os dados disponíveis se restringem às mortes por aborto e às internações por complicações derivadas de abortos. Há ainda outro problema: a subnotificação dos próprios óbitos derivados de abortos, muitas vezes registrados com causalidades diversas. É cada dia mais importante se indagar o quanto esta ameaça punitivista contribui para a falta de clareza destes dados de saúde pública e, conseqüentemente, da ausência de políticas de estado para proteção das pessoas envolvidas nesta sensível temática.

Por tudo isto, há que se duvidar da legitimação deste tipo de castigo; a ameaça penal não desestimula a ação e, a um só tempo, desprotege a mulher, principalmente aquelas pertencentes a camadas sociais mais vulneráveis. Ou seja: o fim buscado pela repressão

19 Síndrome de body stalk é uma malformação fetal grave decorrente da falha de formação das dobras cefálica, caudal e laterais do corpo embrionário, ocorrendo em média em um a cada quinze mil gestações. Por não possuir cordão umbilical, o feto tem sua parede abdominal aberta, colada à placenta materna. (BIANCHI, DW, Crombleholme, TM, D'Alton, ME. Body-Stalk Anomaly: In Fetology. New York, McGraw Hill, 2000, p 453).
20 Dados colhidos no site <http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>.

criminal não está surtindo qualquer efeito prático e, além disso, está colocando em risco milhares de vidas femininas ao longo de pelo menos oitenta décadas.

Saber, portanto, se é função do Direito Penal regulamentar desta maneira apresentada a prática é de extrema importância. Este mesmo diálogo foi empreendido na Alemanha. Winfried Hassemer, citado por Antón e Arnau, chegou a afirmar que

O Direito Penal está desautorizado, como conceito de proteção, a regulamentar o aborto orientado a um bem jurídico, tanto sob uma perspectiva empírica, quanto normativa. Sob a primeira, investigações mais precisas não são capazes de demonstrar a existência de uma relação digna de menção entre os índices de aborto e sua regulação penal. No plano normativo, porque a ameaça penal separa a mãe de seu feto, como autora e vítima (quando na verdade se trata de uma dualidade dentro da individualidade), porque supõe uma intimidação vazia no lugar de uma ajuda concreta. Definitivamente, cria-se um Direito Penal Simbólico, enganoso e inefetivo.²¹

A chave que conduziria a um novo marco regulatório do aborto seria alterar esta perspectiva dualista tão bem sintetizada por Hassemer. O ângulo que melhor se ajustaria aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais seria outro; um intervencionismo protetivo à mulher, nesta especial situação de vulnerabilidade.

O que se defende é efetivação da subsidiariedade do Direito Penal, princípio clássico na doutrina penalista. O Estado deve fazer uso da repreensão penal apenas em último caso, depois de reconhecer o fracasso de outras esferas de atuação. O que se percebe da experiência brasileira é exatamente o contrário, visto que nada é feito para evitar-se o uso da *ultima ratio*, fomentando um universo marginal e paralelo de abortos clandestinos, sabido e tolerado pelo senso coletivo.

Apoiados em estudos científicos, outros países possuem legislações de apoio e acompanhamento das gestantes que manifestam o desejo de abortar, dentro de limites temporais, sem ignorar a proteção ao nascituro. Ao invés da punição, busca-se a proteção, algo muito mais construtivo para um Estado que tem como princípio fundamental da tutela da dignidade humana.

4. DIREITO AO ABORTO: MODELOS DE LIMITAÇÃO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Na legislação comparada vigoram alguns modelos sobre a questão do aborto, a maioria deles tratando a matéria fora do debate criminal, principalmente em países com índices de cidadania mais elevados. Desta forma, é possível resumir esses modelos da seguinte maneira:

a) modelo puro de prazo – se caracteriza por não punir o aborto durante a primeira fase da gravidez, geralmente nos três primeiros meses, quando se concede preferência absoluta ao direito de autodeterminação da mulher;

b) modelo de assessoramento – é uma variante do modelo de prazo por impor também um assessoramento prévio e obrigatório à gestante, destinado à decisão sobre a continuação ou não da gravidez, ocorrendo numa fase inicial da gestação. Há um incentivo à proteção à vida do embrião através deste assessoramento preventivo à mulher;

c) modelo misto – há uma cláusula geral de necessidade, com a decisão final sendo também da mulher grávida. Na fase inicial da gravidez, pode ser alegada esta necessidade de interrupção, independentemente de justificativas.

21 ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

Para avaliar a aplicabilidade destes modelos é importante analisar o Direito de algumas relevantes nações.

Nos Estados Unidos da América há uma vasta e longa discussão constitucional a respeito do aborto. No famoso caso *Roe v. Wade* (1973), entendeu a Suprema Corte ser direito da mulher abortar livremente no primeiro trimestre de gravidez. A discussão tangencia os direitos fundamentais da mulher e suas limitações. Além disto, há também um enfoque na questão do nascituro enquanto pessoa (a princípio, rechaçam esta possibilidade). Em resumo, a jurisprudência norte-americana estabeleceu três etapas: 1^a) três primeiros meses – prevalece o direito à intimidade da mulher. Ela e seu médico decidirão sobre a continuidade da gravidez, não podendo o Estado limitar ou se opor a este direito constitucional; 2^a) no segundo trimestre de gravidez, o Estado federado, focado no interesse de proteger a saúde da genitora, pode optar por regular o aborto, estabelecendo os casos e as condições em que terá lugar; 3^a) A partir do sexto mês, há uma mudança de posicionamento – os Estados federados poderão estabelecer proibições ao aborto, inclusive com normas penais, já que a vida do feto é viável sem a presença da mãe; porém, se houver risco à vida da gestante, deveria se permitir o aborto. Com isto, surgiu a tão propalada expressão “Doutrina Roe”.

Posteriormente, em outra discussão de 1977, a Suprema Corte Americana debateu se uma lei estadual que estabelecia a não cobertura de abortos voluntários pelos estados era constitucional. Ou seja, o estado poderia sim editar uma lei que estabelecesse a não gratuidade deste tipo de cobertura. O debate por lá ainda persiste quanto a esta questão do financiamento público desta prática, tendo tal promessa, inclusive, constado do programa de governo de Barack Obama, a fim de se garantir um acesso igualitário a este direito. Já Donald Trump, seguindo seu viés conservador, é absolutamente contra o aborto e qualquer financiamento público da prática.

Já em 1979, a mesma Corte Americana analisou a necessidade ou não de autorização dos pais para aborto de menores grávidas. Decidiu-se que é possível a legislação estabelecer necessidade desta autorização, mas determinou que haja um procedimento alternativo que permita se verificar caso a caso se a menor tem ou não a maturidade suficiente e que está bem informada para adotar a decisão de abortar (interessante, pois determina que a maturidade seja verificada no caso concreto, superando-se assim modelos abstratos de capacidade, como temos por exemplo em nosso Código Civil, nos arts. 3^o a 5^o).

Atualmente, a política legislativa norte-americana sobre aborto não admite muitos retrocessos, já que este é encarado como um verdadeiro direito da mulher emanado da Constituição, sendo certo que conta com o apoio da ampla maioria da população (em vários plebiscitos realizados em estados, o direito ao aborto venceu a proibição).

Recentemente, em junho de 2020, a Suprema Corte norte-americana invalidou uma lei de 2014 do estado da Louisiana que trazia retrocessos na questão do aborto. Segundo esta norma do ente federado, haveria uma restrição ao funcionamento de clínicas de aborto, sendo possível que as pacientes fossem atendidas apenas em hospitais de maior porte ou que médicos obtivessem neste hospital a denominada admissão de privilégios, uma espécie de autorização formal para a realização do aborto. Na prática, isto conduziria ao fechamento de cerca de dois terços das clínicas existentes por lá. Invocando os precedentes do próprio Tribunal, em especial uma lei do estado do Texas de 2016, bem similar à ora impugnada e que fora igualmente invalidada, por cinco votos a quatro, os magistrados entenderam que estas normas estaduais implicariam na colocação de empecilhos importantes às mulheres que pretendessem realizar o aborto. Portanto, manteve-se a *Roe Doctrine* na SCOTUS (Supreme Court of the United States), mesmo diante de sua recente composição mais conservadora

(após a nomeação de dois novos juizes pelo presidente Donald Trump).

Registre-se que apesar das decisões da Corte Suprema, as controvérsias na norte-américa estão longe de acabar. A título de exemplo, desde a década de 1990, estados americanos tem elaborado leis restringindo o exercício do direito ao aborto, seja limitando o financiamento público da prática, determinando a técnica abortiva a ser utilizada, instituindo obrigações prévias à gestante (no Texas, por exemplo, vinte e quatro horas antes do aborto, a mulher é obrigada a uma ecografia a fim de que veja as imagens do feto). Também é de se registrar o movimento “personhood movement” que vem propondo reformas constitucionais para que se reconheça o nascituro como verdadeira pessoa, desde a concepção, incluindo os casos de fertilização in vitro.

Já na Europa o panorama é de gradual e progressiva liberalização nas últimas décadas. Em que pese não ser um direito consagrado expressamente nas Constituições, há um crescente número de leis que garantem o direito ao aborto pelas mulheres. Inicialmente adotando os modelos de prazo, variando entre 12 e 18 semanas, atualmente a maioria dos países adota o modelo de aconselhamento, não dissuasivo, exigindo que as mulheres sejam atendidas por equipes multidisciplinares e tenham um período de reflexão antes da efetivação do procedimento. Estes prazos e requisitos variam conforme cada nação, mas é possível afirmar que há um certo consenso de que a liberdade de escolha da mulher deve prevalecer.

Após a reunificação das duas Alemanhas na década de 1990, este país optou por implantar o modelo de assessoramento. Porém, tal alteração foi feita a partir da jurisprudência, que entendeu que o assessoramento estatal faria com que o ente cumprisse seu dever de proteção, permitindo-se então que a gestante pudesse decidir seu futuro, construindo ou não sua identidade como mãe. A partir da decisão autônoma da mulher, o Estado, ao invés de focar na punição, busca assessorá-la informando sobre os direitos enquanto grávida, os direitos da criança que está por vir, dentre outros. Ou seja, a ideia é criar uma rede de proteção, assessorando a mulher para a tomada da difícil decisão.

Todavia, a questão na Alemanha ainda continua intrincada, uma vez que o Código Penal puniria com até três anos de reclusão o autoaborto. Haveria, de todo modo, uma excludente para este delito, desde que o aborto fosse realizado nas primeiras doze semanas e contasse com o auxílio médico e psicológico. A mulher teria, ainda, que aguardar três dias para a realização do procedimento.

O debate germânico atual está centrado na possibilidade ou não dos médicos divulgarem seus serviços abortivos. A ginecologista Kristina Hänel, da cidade de Giessen foi ameaçada de punição com uma multa, pelo simples fato de colocar em seu site que realizava tal procedimento. Isto porque o Código Penal Alemão proíbe a divulgação deste tipo de serviço. Os grupos antiabortistas vem reiteradamente promovendo notícias crimes junto à Polícia Criminal Federal contra médicos que anunciam esse procedimento. Apenas em 2015, foram 35 denúncias contra médicos em toda a Alemanha. E aqui não se trata de anúncios publicitários propriamente ditos. São simples informações em sites dos consultórios ou em catálogos médicos. Portanto, há um forte clamor para que tal norma proibitiva seja revogada, privilegiando-se o direito à informação, já que as mulheres que pretendem exercer sua liberdade de decidir, precisam saber onde irão encontrar os médicos para tal finalidade²².

No Reino Unido, segue vigente a Lei de Aborto de 1967, modificada parcialmente pela

22 Este debate está bem retratado em reportagem do portal de notícias DW (Deutsche Welle) disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-complicada-situa%C3%A7%C3%A3o-do-aborto-na-alemanha/a-41523927>.

Lei de Fertilização Humana de 1990, estabelecendo que ninguém pode ser punido por aborto realizado até a vigésima quarta semana de gestação. Esta lei estabelece ainda uma série de obrigações de informação às autoridades sanitárias, possibilidade de objeção de consciência. Apenas na Irlanda, país de forte tradição católica, o aborto está proibido por uma lei própria²³.

Já na Itália, país de forte tradição católica, desde 1978 há uma lei que resguarda a autonomia da mulher grávida para decidir sobre a interrupção voluntária da gravidez. Esta norma resguarda também uma tutela social da maternidade e traz como princípio a procriação consciente e responsável. Optando pelo aborto, a mulher terá que se dirigir a um centro de saúde, ou ao seu médico de confiança, que irão informar os direitos que possui enquanto grávida, entregando inclusive um documento que atesta ter sido ela devidamente assessorada, sete dias antes da interrupção da gravidez.

Até noventa dias de gravidez, a mulher decide por si só. Passado este prazo, para ocorrer a interrupção, há que se ter razões médicas, como risco de vida para a gestante ou má formação do nascituro. Se o feto já é viável (possibilidade de viver sem a mãe), o médico só poderá interromper a gravidez para salvar a vida da gestante e, ainda assim, deverá adotar todas as medidas necessárias para preservar a vida do primeiro.

Em se tratando de incapazes, nos primeiros noventa dias é possível o aborto segundo a legislação da península itálica, desde que haja autorização de seus pais ou tutores, podendo inclusive haver suprimento judicial do consentimento.

Desde 2009 há norma autorizando que o aborto na Itália seja feito a partir do uso de medicamentos. Em agosto de 2020, o debate por lá está centrado em ampliar o uso de fármacos para o aborto, em especial através do uso de pílula RU-486 que, com base em evidências científicas, permitiria com segurança a interrupção sem necessidade de internação da gestante, até a nona semana de gravidez²⁴.

Por fim, a lei italiana trata o aborto como uma prestação sanitária pública e gratuita, permitindo aos médicos, todavia, a objeção de consciência quanto ao procedimento.

Em Portugal, por sua vez, ocorreu um referendo em 2007, sendo então aprovada uma Lei que exclui a ilicitude em casos de interrupção voluntária da gravidez. Porém, esta lei veio a reformular o código penal, trazendo a “interrupção da gravidez não punível”, quando houver risco para a saúde física e psíquica da mãe, má formação do feto, estupro e, principalmente, por petição da mulher dentro das dez primeiras semanas de gravidez. Em se tratando de menores, também se exige a autorização dos pais ou tutores. Assim como a lei italiana, se garante a assistência no serviço público de saúde, bem como se permite a objeção de consciência do médico.

Há inclusive uma forte tradição constitucional relativa ao aborto em Portugal. Desde a década de 1980, o Tribunal Constitucional se opôs ao tratamento criminal desta temática. Já em 1998 e 2006, esta Corte reiterou a constitucionalidade dos referendos, que viriam a ocorrer em 2007, como dito. E em sua mais recente decisão de 2010, destacada por Rúbio-Marín, validou o modelo de prazos com aconselhamento não dissuasivo, conciliando a proteção à vida intrauterina e a autonomia reprodutiva das mulheres²⁵.

23 CESARINO, Letícia da Nóbrega. *Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en.

24 Ver notícia da Agência Italiana de Notícias, disponível em http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html.

25 RÚBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências do constitucionalismo europeu. *Revista Direito GV*. São Paulo. Vol. 13. Jan-abr. 2017.

Já na Espanha, em março de 2010, entrou em vigor a Lei Orgânica 02/2010, que seria a lei de saúde sexual, reprodutiva e da interrupção voluntária da gravidez. Esta lei trouxe uma mudança drástica no tratamento do aborto naquele país, abordando-o de uma maneira integral e retirando este tema do debate criminal, seguindo-se, assim, o direcionamento dado pelo Parlamento Europeu em 2002.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a lei espanhola trouxe dois modelos de interrupção da gravidez, quais sejam:

I) interrupção a pedido da mulher (art. 14) – neste caso, a mulher poderia decidir se deseja ou não levar a gravidez adiante, desde que esteja dentro das primeiras catorze semanas. Ainda assim, o consentimento de mulher só seria colhido após orientação estatal acerca de métodos e condições para esta interrupção, auxílios públicos disponíveis às grávidas, partos na rede pública, direitos trabalhistas vinculados à gravidez (estabilidade, licença, etc), ajuda e atenção fornecidas às crianças, benefícios fiscais, informação sobre funcionamento e localização dos centros de anticoncepção e sexo seguro. Ou seja, esta modalidade de interrupção só ocorreria efetivamente após um consentimento informado e esclarecido da gestante.

II) interrupção por causas médicas (art. 15) – são três as hipóteses regulamentadas: a) risco para a saúde da mulher, desde que a gestação ainda não tenha ultrapassado vinte e duas semanas; b) risco de graves anomalias no feto, desde que a gestação não tenha ultrapassado as mesmas vinte e duas semanas; c) anomalias fetais incompatíveis com a vida ou uma enfermidade extremamente grave e incurável, a qualquer tempo.

Na França, desde 1975 é permitida a interrupção voluntária da gravidez, até a 12ª semana de gestação, com aconselhamento por equipe multidisciplinar. Em agosto de 2020, causou polêmica a aprovação de um projeto que, alterando a lei de bioética, autorizaria a interrupção médica da gravidez em caso de sofrimento psicossocial da mulher, a qualquer tempo. Em verdade, esta possibilidade já existia quando colocasse a vida da gestante em risco. O que a alteração legislativa fez foi apenas positivar algo que antes derivava de processo hermenêutico, trazendo assim uma maior segurança jurídica aos atores envolvidos. Este sofrimento psicossocial, segundo o Colégio Nacional de Ginecologistas e Obstetras Franceses pode ser definido como a situação vivida por mulheres que sofreram violência, têm graves problemas psicológicos ou estão em condições precárias. E nestes casos, uma comissão multidisciplinar avaliaria a situação, concedendo ou não a autorização para o aborto. Indubitavelmente, é um avanço no tratamento da interrupção da gravidez. Logo, não é verdade que a França teria autorizado o aborto como uma escolha da mulher até nono mês de gestação, como incorretamente se noticiou²⁶.

Com peculiaridades normativas distintas, enquadram-se dentre os países que permitem de forma mais ou menos extensa, a interrupção voluntária da gravidez: África do Sul, Albânia, Alemanha, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Bulgária, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Norte, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Japão, Noruega, Portugal, República Tcheca, Romênia, Rússia, Tunísia, Turquia, Vietnã, Zâmbia, entre outros.

Na contramão da proteção aos direitos da mulher e, portanto, não permitindo o aborto como exercício da autonomia existencial, estão: Afeganistão, Angola, Argentina, Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Congo, Costa do Marfim, Filipinas, Guatemala, Haiti, Honduras,

26 Alteração nº 524 disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3181/AN/524>.

lêmen, Indonésia, Irã, Irlanda, Laos, Líbano, Líbia, Mauritânia, México, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Paraguai, Quênia, República Dominicana, Síria, Sri Lanka, Sudão, Tanzânia e Venezuela.

Dentre estes países que proíbem a escolha pelo aborto, o único que se situa entre os de maiores IDH (índice de desenvolvimento humano)²⁷ é a Irlanda, de forte tradição católica. Todos os demais ocupam posições intermediárias ou retardatárias no ranking das Organizações das Nações Unidas²⁸. Importante observar que os países com IDH mais elevado costumam ter políticas protetivas mais amplas, redundando na admissibilidade do aborto voluntário. Logo, é possível dizer que há uma relação indicativa, mas não necessária, entre o IDH de um país e sua legislação sobre aborto.

5. O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

No capítulo introdutório, destacou-se que a trajetória do aborto no Brasil é a história de um delito. Para tanto, percorreu-se os códigos criminais desde o Império até o presente momento. Houve tentativas ao longo dos anos de se incluir o direito ao aborto no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, estes projetos foram contidos por fortes movimentos de cunho religioso e conservador, que ainda dominam o Congresso Nacional.

Desde 2011 foram apresentados sessenta e nove projetos de lei sobre a temática do aborto no Congresso Nacional²⁹. A esmagadora maioria destas propostas são notórios retrocessos quanto aos direitos da mulher. Para se ter uma ideia, há projetos que buscam aumentar a pena do crime de aborto e restringir as hipóteses legais nas quais o aborto é permitido. Inclusive, vários projetos são repetidos, servindo-se assim muito mais para que o parlamentar possa marcar seu posicionamento a respeito da temática e acalantar seu eleitorado, que qualquer outra finalidade.

Apenas um projeto, dentre estes sessenta e nove, propõe a efetiva descriminalização do aborto no Brasil; o PL 882/2015, de autoria do então Deputado Federal Jean Wyllys³⁰. Esta proposta reconhece o direito à maternidade voluntária e livremente decidida, confirmando que toda mulher deve ter o direito de realizar a interrupção voluntária de sua gravidez, assistida por médico, sendo tal ato condicionado ao consentimento livre e esclarecido da gestante, na rede privada ou mesmo na rede de atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Este projeto está apensado ao PL 313/2007, que trata do planejamento familiar, em trâmite junto à Comissão de Seguridade Social e Família na Câmara dos Deputados, sem qualquer perspectiva próxima de votação no plenário da Casa Legislativa.

Quanto ao Poder Judiciário, nesta última década é possível dizer que os Tribunais Superiores brasileiros, sob o influxo de agendas mais progressistas, vêm viabilizando uma abertura em prol dos direitos da mulher. Para registrar esta caminhada, importante pontuar três degraus que marcariam este cenário, em especial no STF: aADPF (arguição de descumprimento

27 O Índice de Desenvolvimento Humano é uma unidade de medida importante para aferir o grau de desenvolvimento de uma determinada nação nos quesitos educação, saúde e renda. Vem sendo utilizada pela Organização das Nações Unidas desde 1990, tendo sido criado pelos pesquisadores Mahbub Ul Haq e Amartya Sen.

28 Para conferir o índice de desenvolvimento humano de cada nação, conferir a tabela disponibilizada pela ONU em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf.

29 Pesquisa feita junto ao sítio do Congresso Nacional na internet. Disponível em <https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?q=aborto>.

30 WYLLYS, Jean. *Projeto de Lei da Câmara nº 882, de 2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

de preceito fundamental) nº 54, que permitiu o aborto em casos de anencefalia do feto; o Habeas Corpus nº 124.306, que teve como relator para o acórdão o Ministro Luis Roberto Barroso, no qual se questiona a recepção pela nova ordem constitucional, dos artigos do Código Penal Brasileiro que tipificam o aborto; a ADPF nº 442, proposta pelo partido político PSOL, que está em debate neste momento e também questiona a recepção do Código Penal no que se refere ao aborto.

Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, a ADPF nº 54 traz à tona a questão da interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Esta ação foi julgada procedente pelo pleno da Suprema Corte em 2012, chegando-se à conclusão de que nestes casos de má formação genética do feto, não há que se falar em crime de aborto. Dentre as dezenas de razões para o julgamento, destacou-se a necessidade de correta informação à gestante para que esta possa escolher livremente se quer levar ou não adiante a gravidez de um nascituro, cuja vida medica e cientificamente será inviável, ante ao diagnóstico de anencefalia. Não se está a impor o aborto, mas sim de se conceder à mulher o aparato necessário à tomada desta decisão.

Como princípios jurídicos, foram enfatizados a laicidade do Estado Brasileiro e a liberdade religiosa, a ausência de tutela do direito à vida em casos como o do nascituro (vida e anencefalia seriam termos antitéticos), o caráter não absoluto do direito à vida, o direito à saúde, à dignidade, à autonomia, à liberdade e à privacidade.

Ressalte-se que o advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS à época da propositura da ADPF nº 54 era Luis Roberto Barroso, que posteriormente foi nomeado para assumir uma das onze cadeiras de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Em 2016, ao analisar a presença dos requisitos que autorizariam ou não a decretação de uma prisão preventiva em crime de aborto diante de um cenário fático determinado (Habeas Corpus nº 124.306), o mesmo Luis Roberto Barroso adentrou na discussão da recepção ou não desse delito ante à Constituição da República de 1988.

Em sua longa explanação no voto-vista, o Ministro Barroso concluiu que seria preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Além disso, estariam sendo violados direitos fundamentais, tais como: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

Finalmente, chega-se à ADPF nº 442, proposta pelo partido PSOL em março de 2017, na qual se solicita a declaração de não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal. Para tanto, são indicados como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, todos da Constituição Federal (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Nesta ADPF, optou-se, tal qual na de nº 54, pela realização de audiência pública no STF, para que democraticamente os órgãos e entidades da sociedade civil possam vir e se manifestarem a respeito desta possibilidade de não recepção da norma impugnada. Sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, em agosto de 2018, foi realizada esta audiência pública na qual foram ouvidas aproximadamente cinquenta pessoas ligadas a Igrejas, Universidades, Movimentos de Direitos Humanos e da Mulher, Conselhos Federais, Ministérios, entre outros³¹. Este rico debate certamente contribuirá para a tomada de decisão pelo pleno do Supremo Tribunal Federal num futuro próximo, uma vez que ainda se espera o posicionamento da Corte.

Destaque-se que esta decisão, seja ela qual for, estará recheada de polêmicas, a começar pela questão relativa ao ativismo judicial. Muito se discute se seria papel do Poder Judiciário decidir tema tão controverso, mesmo diante da completa inércia do Poder Legislativo em apreciar projetos que regulamentam o direito ao aborto e que dormitam há décadas nos escaninhos do Congresso Nacional. Em seu parecer na ADPF nº 442, o eminente Procurador-geral da República, em maio de 2020, ao opinar pelo indeferimento da medida cautelar e, no mérito, pela improcedência da arguição, asseverou que

não cabe descriminalizar a conduta de interrupção voluntária da gravidez nas 12 primeiras semanas de gestação na via do controle concentrado de constitucionalidade, por constituir deliberação reservada às competências constitucionais, às capacidades institucionais e à legitimidade democrática do Poder Legislativo.³²

Como se vê, é imperioso que a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental seja pautada para sessão de julgamento o mais breve possível para que, em sendo julgada procedente, o Brasil possa efetivamente caminhar em busca da ampliação dos direitos da mulher, como forma de densificação de uma ampla dignidade da pessoa humana, em respeito à liberdade, aos direitos reprodutivos, à isonomia, ao planejamento familiar, e à construção da identidade individual. Ainda assim, a eventual procedência não resolverá uma série de problemas, como se verá no capítulo seguinte.

Por fim, quanto à proposta de se estabelecer um plebiscito no Brasil para que a definição da permissão da interrupção voluntária da gravidez seja um retrato da manifestação popular, tal qual já ocorreu em outros países, há de se demonstrar a falácia desta opção.

Primeiramente, a vontade da maioria num processo democrático não deveria, do ponto de vista ético, se sobrepor à possibilidade de construção da própria identidade, no processo acima denominado de exercício da personalidade. Não é pelo simples argumento de que a maioria assim deseja que alguém deveria ser inviabilizado de realizar uma escolha eminentemente pessoal e privada. A moral coletiva não deveria se sobrepor à possibilidade de definição da sua moral individual, em estados verdadeiramente democráticos e plurais, como é a opção de nossa Constituição da República de 1988.

Em segundo lugar, sendo o plebiscito um instrumento de escolha pública, dilemas morais não são por ele resolvidos, uma vez que se estabeleceria uma deletéria polarização que certamente encobriria os complexos meandros da decisão por um aborto.

Por fim, o plebiscito distorceria por completo a visão acerca da interrupção voluntária da

31 A transcrição integral desta audiência pública está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>.

32 Parecer do Procurador-geral da República, Sr. Augusto Aras, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf>.

gravidez, como hoje infelizmente já acontece. O fato de um estado permitir tal interrupção não significa que ele está a incentivar a prática do aborto. Ter um aparato legislativo que oriente, tolere e apoie uma tomada de decisão que por certo envolve um misto de sentimentos, dores, dúvidas e dilemas morais, é uma transparente demonstração de que aquele estado tutela com efetividade os direitos fundamentais de seus cidadãos.

A escolha pelo abortamento é um direito individual, no âmbito da personalidade. A quem é contra o direito ao aborto, o recado deve ser cada vez mais claro: sua escolha em não realizar esta interrupção da gravidez, está garantida pelo Estado, no plano pessoal. A gravidez será levada adiante e o nascimento da criança merecerá toda proteção devida. Entretanto, a escolha diametralmente oposta, de se colocar fim à gravidez, deve ser igualmente objeto de tutela estatal. Não é possível que apenas uma destas escolhas seja digna de atenção e proteção.

6. CONCLUSÃO

É absolutamente insuficiente discutir a questão do aborto sob um viés estritamente criminal. A confrontação e polarização envolta neste tema tem sido fator de impedimento de alcance de evoluções que efetivamente protejam a mulher, especialmente em solo brasileiro. Tratar a interrupção voluntária da gravidez sob uma perspectiva integral, indo desde a prevenção e proteção à gravidez e à maternidade em si, tem sido o caminho adotado pelas nações mais desenvolvidas sob o ponto de vista econômico, sanitário e educacional. Isto permite enxergar o nascituro e seus direitos, sem desconsideração dos interesses da mulher, igualmente dignos de tutela. Ou seja, antes de ser uma questão criminal, a proibição ao aborto traz evidente conteúdo de bioética, biodireito, direito constitucional e direito civil. O tema é interdisciplinar à toda evidência.

Aqui se destaca a verdadeira função do direito civil relido sob as luzes da Constituição, em pleno século XXI, como instrumento de reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais no âmbito da vida privada, sob o manto de um Estado laico, democrático e plural. Somente assim será alcançada a plenitude da ora denominada autonomia existencial, apta à construção da personalidade.

Ao analisarmos os projetos de lei em trâmite no Brasil, verifica-se que a maioria esmagadora se destina a restringir ainda mais o direito ao abortamento, indo na contramão do que há décadas vem sendo feito nos Estados Unidos e Europa. É necessário, portanto, que o Brasil avance em busca de uma análise mais racional do assunto, afastando argumentos fundamentalistas e hipócritas, dentro de uma sociedade que cada vez dessacraliza o ato sexual e procura conviver democraticamente com a inerente complexidade e diversidade existente.

Não se está a defender uma liberdade sexual inconsequente, cuja solução seria a simplificação do aborto em si. Muito pelo contrário, o que se pretende é incentivar uma abordagem mais ampla do debate, impondo-se ao Estado uma abstenção no âmbito da persecução penal e partindo para a real proteção de mulheres, indo desde a orientação e prevenção de gravidezes indesejadas, até um possível aborto oriundo de escolhas livres e informadas, dentro de limites científicos, como nos casos das legislações estrangeiras citadas em capítulos anteriores.

Ao que parece, ficará a cargo do Poder Judiciário e não do Legislativo esta discussão, sobremaneira a partir do caminhar da ADPF nº 442, proposta em 2017, junto ao STF. O ativismo judicial acaba por pautar mais uma vez um tema que envolve toda a coletividade. A inércia do Legislativo, aliado a uma agenda parlamentar cada vez mais distante dos preceitos

constitucionais, faz com que o poder técnico proceda à interpretação que pareça ser mais adequada e proporcional do ponto de vista da Constituição da República de 1988.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido feito no âmbito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, várias questões poderão ficar sem respostas. Teria o STF o condão de estipular um modelo puro de prazo? E qual seria o critério para definição deste prazo? Seria possível à Corte Suprema estabelecer o modelo de assessoramento, em adição ao modelo de prazo? Descriminalizando a conduta, o Estado deveria arcar com os custos da decisão pelo aborto no âmbito do Sistema Único de Saúde? A agência estatal responsável pode autorizar medicamentos abortivos? Se sim, tais fármacos poderiam ser usados apenas com aconselhamento e orientação médica? Qual será o papel dos médicos na interrupção voluntária da gravidez? Mais uma vez a problemática temática será relegada apenas às resoluções do Conselho Federal de Medicina?

Assim como foi feito na Espanha, para a efetiva tutela dos direitos da mulher, melhor seria a construção de um marco legal para regulamentar a sensível temática do aborto, inserido dentro de um referencial mais amplo, em que se pudesse tratar sobre saúde sexual e direitos reprodutivos. É urgente e necessário que, sem âncoras retrógradas, seja aprovado no Brasil uma espécie de Estatuto da Gestante que regule com a devida segurança todas estas intrincadas e sensíveis questões, estabelecendo-se então requisitos para a interrupção voluntária da gravidez. Por ora, aguarda-se o posicionamento do STF no âmbito da ADPF nº 442, julgando procedente a arguição, não como solução definitiva, mas como pontapé inicial para o rompimento dos tabus que impregnam a legislação brasileira há quase um século, na contramão do mundo desenvolvido.

REFERÊNCIAS

ANSA, Agência Italiana de Notícias. *Governo da Itália facilita acesso ao aborto farmacológico*. Disponível em: <http://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/08/10/governo-da-italia-facilita-acesso-ao-aborto-farmacologico_43f2d233-6455-4533-b3f5-9cd01b401527.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

ANTÓN, Tomás S. Vives; ARNAU, María Luisa Cuerda. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

ARAUJO, Vera; CASTRO, Carolina; TINOCO, Danara. *850 mil mulheres realizam aborto no Brasil por ano*. Agência GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

ARISTÓTELES. *Política*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. *Código Criminal do Império*. Lei, de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 de março de 2015.

CESARINO, Letícia da Nóbrega. *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000200003&lang=en>. Acesso em: 21 de agosto de 2020.

Deutsche Welle. *A complicada situação do aborto na Alemanha*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-complicada-situa%C3%A7%C3%A3o-do-aborto-na-alemanha/a-41523927>>. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997,

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GUTTMACHER, Institute. *Abortion occurs worldwide where it is broadly legal and where it is restricted*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/infographic/2020/abortion-occurs-worldwide-where-it-broadly-legal-and-where-it-restricted>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GUTTMACHER, Institute. *Unintended pregnancy and abortion worldwide*. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de. O uso de amostra biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MILL, John Stuart. *Da liberdade individual e econômica: princípios e aplicações do pensamento liberal*. São Paulo: Faro editorial, 2019.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. São Paulo: La fonte, 2012.

PLATÃO. *República*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROSADO-NUNES, Maria José. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. In: *Ciência e Cultura*. São Paulo: vol. 64, nº 2, Apr./June 2012.

RÚBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências do constitucionalismo europeu. In: *Revista Direito GV*. Vol. 13. Jan-abr. 2017. São Paulo.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade de personalidade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF nº 54*, DJ 10/05/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Habeas Corpus 124.306*, DJ 17/03/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ADPF nº 442*, sob julgamento.

WYLLYS, Jean. *Projeto de Lei da Câmara nº 882, de 2015*. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 9 de agosto de 2020.

Recebido em: 30/08/2020

Aprovado em: 08/12/2020

Como citar este artigo (ABNT):

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Aborto: a construção da personalidade da mulher no Brasil do século XXI. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.108-127, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.