



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ABORTO, FEMINISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carolina Moura Cavalcante

Rio de Janeiro
2019

CAROLINA MOURA CAVALCANTE

ABORTO, FEMINISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

ABORTO, FEMINISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carolina Moura Cavalcante

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – O presente trabalho tem a proposta de debater a criminalização do aborto pautado na ciência jurídica, especificamente no estudo de princípios penais, e sob a ótica do feminismo existencialista. O objetivo é convencer sobre a necessidade de descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez face à violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, além da lesão à liberdade, autodeterminação e igualdade de gênero de todas as brasileiras. A pesquisa qualitativa e quantitativa revela que o custo-benefício da criminalização do aborto é desvantajoso, visto que não reduz a prática de abortamentos, e ainda força muitas mulheres a se submeterem a procedimentos inseguros. Conclui-se que permitir o aborto, pelo menos até o terceiro mês de gestação, evitaria problemas psicológicos, lesões graves e mortes de um número considerável de seres humanos do sexo feminino.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Crime de Aborto. Empoderamento Feminino. Decisões Emblemáticas do Supremo Tribunal Federal. Descriminalização da Interrupção Voluntária da Gravidez.

Sumário – Introdução. 1. A criminalização do aborto e a lesão a princípios penais. 2. O empoderamento feminino e a liberação do aborto. 3. Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre aborto no século XXI. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O aborto consentido ou provocado pela gestante é sinônimo de interrupção voluntária da gravidez. No entanto, nem sempre o nome atribuído, por si só, esclarece o significado. Dessa forma, é importante, desde já, apresentar conceitos inaugurais sobre o aborto para a Medicina e, também, para o Direito.

O Parecer nº 20/2004 do Conselho Federal de Medicina trata entre outros assuntos da conceituação do termo aborto. Segundo este parecer a Medicina caracteriza mundialmente o aborto quando há interrupção da gravidez em qualquer das três situações seguintes: até 20 a 22 semanas de gravidez; se o feto pesa até 500 gramas; ou quando o feto mede até 16,5cm.

A formulação desse conceito médico tem como base a viabilidade fetal extrauterina. A literatura médica ainda ensina que aborto e abortamento possuem significados diferentes. Enquanto o termo abortamento revela a prática de provocar o aborto, a palavra aborto traduz o produto expelido pelo abortamento.

Por sua vez, a visão jurídica em relação à conceituação de aborto não possui tantas nuances. Majoritariamente não diferenciam aborto de abortamento, e o sentido dado a essas duas palavras coincide com o conceito de abortamento para o campo da Medicina. A ciência

jurídica estipula um termo inicial e um termo final para o acontecimento do aborto. Assim, o aborto é conceituado como a interrupção da vida do feto, desde que esta ocorra entre a nidação e o início do parto.

De posse dessas informações básicas sobre a conceituação de aborto, é possível introduzir o tema a ser tratado durante a pesquisa, qual seja a liberação do aborto consentido ou provocado pela gestante. Porém, o enfoque deste trabalho será a realização de uma releitura sobre a interrupção voluntária da gravidez à luz de princípios penais, interpretados conforme a Constituição da República. Com a proposta de analisar a influência do empoderamento feminino na evolução sobre a discussão desta matéria e os julgados mais emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, durante o século XXI, acerca desse tema.

Apesar de sua prática ser definida como crime nos artigos 124 a 128, do Código Penal, pesquisas apontam para números significativos de abortos. Muitas mulheres realizam o aborto à margem da lei e sem nenhum acompanhamento médico, o que gera mutilações e até mesmo leva à morte. A discussão sobre a criminalização ou não do aborto tem impacto direto sobre a vida de todas as brasileiras.

Cabe ressaltar que, no primeiro capítulo, o presente trabalho pretende apresentar um breve esboço histórico sobre a criminalização do aborto, além de indicar de forma perfunctória, o atual panorama legislativo brasileiro comparado ao mundial. Ademais, será realizado aprofundamento quanto à compatibilidade ou não entre a criminalização do aborto e determinados princípios penais, sempre à luz da Constituição da República.

Por sua vez, no segundo capítulo, será abordado um sintético histórico do início do movimento feminista no Brasil. Além disso, o aborto e os seus consectários serão apresentados através do olhar feminista de Simone de Beauvoir, culminando no avanço do empoderamento feminino, principalmente no que tange ao processo de feminização do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, será realizada uma análise das decisões mais emblemáticas do Supremo Tribunal Federal durante o século XXI no que tange ao tema do aborto. Ao final será demonstrado como o Poder Judiciário pode ser um instrumento de transformação social.

Para tanto, o processo investigatório terá natureza explicativa, uma vez que o pesquisador pretende analisar e interpretar fatos e regras do ordenamento jurídico, identificando suas causas e consequências. Por sua vez, a teorização e a reflexão serão instrumentos para a análise do objeto em estudo.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Dessa forma, o pesquisador constrói seu trabalho a partir de proposições hipotéticas, que serão confirmadas ou rejeitadas durante a tessitura da argumentação. Portanto, a abordagem do tema será feita de

forma qualitativa a fim de demonstrar as proposições hipotéticas por meio da comparação e da análise de documentos jurídicos, como livros, artigos científicos e julgados pertinentes ao objeto desta pesquisa.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A LESÃO A PRINCÍPIOS PENAIIS

Inicialmente, é preciso situar-se em tempo e lugar, uma vez que a criminalização do aborto não ocorreu durante todos os períodos da História humana, nem em todos os espaços geográficos do Planeta Terra. Os povos da antiguidade, como por exemplo os hebreus e os gregos, não criminalizavam o aborto, pois o reconheciam como uma prática cultural.¹ Tal costume remonta priscas eras, como pode se aferir ao saber da existência de receita de abortífero redigida pelo imperador chinês Shen Nung entre os anos de 2.737 e 2.696 antes de Cristo.²

No entanto um marco histórico, divisor de águas, foi a ascensão do cristianismo, que disseminou a reprovação ao aborto com base no mandamento bíblico segundo o qual a ninguém é dado o poder de matar outro ser humano.³ Logo, essa proposição repercutiu na criação de normas jurídicas incriminadoras, que equiparavam a interrupção da gravidez ao crime de homicídio.⁴

Porém, após essa onda duradoura de repressão à interrupção voluntária da gravidez, os países começaram, a partir do século XX, um movimento de legalização e descriminalização da prática do aborto.⁵ Atualmente temos o seguinte cenário⁶: América Latina, África, Oriente Médio, Ásia Meridional e Sudeste Asiático perpetuam leis mais rígidas quanto ao aborto; enquanto, América do Norte, Europa, Oceania, Ásia Setentrional, Ásia Central e Extremo Oriente contam com uma legislação mais benevolente. O Brasil está entre os países que são considerados mais severos no tratamento do tema.

Com esse breve panorama histórico e geográfico, é possível iniciar uma análise do bem jurídico-penal, sempre à luz da Constituição da República, sob a perspectiva dos seguintes princípios penais: intervenção mínima e exclusiva proteção de bens jurídicos.

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142.

² SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Rev. Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, São Paulo, v. 4, nº 2, p. 19, dez. 1994.

³ *Ibidem*, p. 20.

⁴ CAPEZ, opus citatum, p. 142.

⁵ SCHOR, opus citatum, p. 20.

⁶ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws: 2019*. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

O princípio da intervenção mínima propõe uma concepção minimalista, isto é, o Direito Penal como *ultima ratio*.⁷ O referido mandamento de otimização tem como base a necessidade de intervenção mais gravosa e a seletividade do bem jurídico.

Alguns doutrinadores fazem uma subdivisão do princípio da intervenção mínima em: fragmentariedade e subsidiariedade. A primeira propaga a tutela penal exclusivamente para os bens jurídicos de maior importância e a reprovação criminal somente para os ataques mais intoleráveis. Por sua vez, a segunda tem por objetivo trazer a incidência do Direito Penal apenas quando outros ramos do Direito não oferecerem proteção suficiente para determinado bem jurídico.⁸

A interrupção voluntária da gravidez não necessita de intervenção do Direito Penal, pois é uma questão de saúde e não de segurança pública. De acordo com estudos, 15% das mulheres brasileiras entre 18 e 39 anos já fizeram pelo menos um aborto, e dentre estas 55% foram internadas com complicações, demonstrando a realização do aborto de forma não segura.⁹

Outro estudo interessante foi feito com 131 adolescentes de 14 a 19 anos em Teresina no Piauí, em que se verificou a ocorrência de complicações graves em 3 mulheres por conta da péssima assistência de saúde prestada após o abortamento. Saliente-se que uma das pacientes recebeu três curetagens sem anestesia, pois, de acordo com a equipe médica, ela não “merecia” o sedativo.¹⁰

Um dado intrigante é sobre a mortalidade materna: 12,5% das mortes de gestantes no Brasil são em decorrência de complicações no aborto. Mundialmente, essa taxa de mortalidade evolui para 13%.¹¹

A criminalização definitivamente não traz solução, além de ser desnecessária. A clandestinidade é perversa principalmente com jovens, pobres, negras, de menor escolaridade, que realizam aborto inseguro e sofrem com infecções, hemorragias, danos uterinos e efeitos

⁷ GOMES, Luiz Flávio [et al]. *Princípios constitucionais penais à luz da constituição e dos tratados internacionais*. São Paulo: LivroeNet, 2015. p. 15. [e-book].

⁸ *Ibidem*, p. 15-20.

⁹ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, suppl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁰ NUNES, Maria das Dores [et al]. *Histórias de aborto provocado entre adolescentes em Teresina, Piauí, Brasil*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 8, p. 2311-2318, ago. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S141381232013000800015&lng=es&nrm=1&tlng=en>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹¹ CAVALCANTE, Alcilene (Org.); XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 92, 103 e 104. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/308/CDDBR_Em_defesa_vida_Aborto_direitos_humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2018.

tóxicos de agentes usados para induzir o aborto, além de perfuração do útero e esterilidade. Tudo isso poderia ser evitado por meio de tolerância e assistência médica.¹²

A fim de prosseguir o estudo, é necessário analisar, em conjunto com o princípio da intervenção mínima, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Os artigos 124 e 126 do Código Penal¹³, especificamente, criminalizam o aborto. O bem jurídico protegido nos casos de autoaborto e aborto consentido pela gestante é em suma a preservação da vida intrauterina.¹⁴

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos consagra que o Direito Penal deve se ater tão somente à proteção destes, não sendo legítimo, por exemplo, proteger determinada crença religiosa ou ideologia. Também, os bens jurídicos penais não podem conflitar com os valores incorporados pela Constituição da República.¹⁵

Estudos indicam que a religião ainda exerce forte influência na produção legislativa brasileira. Na legislatura de 2003 a 2006 da Câmara dos Deputados, a maioria dos projetos de lei sobre aborto eram conectados ao movimento pró-vida. Além disso, a quase totalidade dos autores tinham forte ligação com alguma religião, católicos e evangélicos em maior número, enquanto espíritas com menor expressividade.¹⁶

Algumas propostas legislativas chamam atenção pela austeridade com que tratam a matéria, entre estas: a definição do aborto como crime hediondo, a proibição da comercialização da pílula do dia seguinte e a punição do aborto em caso de estupro.¹⁷

Na legislatura de 2007 a 2010 percebe-se uma nova estratégia do movimento pró-vida, ainda ligado a determinadas religiões como acima descrito, em que houve a propositura de projetos de lei com o nítido intuito de convencer a mulher grávida a manter a gestação. Por outro lado, ocorreu uma redução do número dos projetos de lei apoiados pelo movimento pró-escolha.¹⁸

É nítido que a escolha do bem jurídico tutelado no caso de aborto está em desacordo com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, pois o Direito Penal está sendo utilizado para a tutela de certos dogmas religiosos. Nessa toada, seria possível, até mesmo,

¹² Ibidem, p. 8.

¹³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 95.

¹⁵ GOMES, opus citatum, p. 14.

¹⁶ LUNA, Naara. *Aborto no congresso nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico*. Rev. Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 14, p. 91-92, mai. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522014000200083&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 24 set. 2018.

¹⁷ Ibidem, p. 91.

¹⁸ Ibidem, p. 97-99.

considerar a existência de uma violação ao Estado laico, que é um valor incorporado no art. 19, I da Constituição da República.¹⁹

A lesão aos princípios penais-constitucionais acima tratados seria minimizada se houvesse o alinhamento com a jurisprudência internacional, que caminha para a definição de um bem jurídico complexo. No crime de aborto tanto seria protegida a vida intrauterina quanto a vida da mulher por meio de uma gradação. Dessa forma, a proteção penal inicialmente não incidiria, mas passaria a existir na medida em que a gestação se aproximasse do momento do parto.²⁰ Cabe ressaltar que na maior parte dos países em que a interrupção voluntária da gravidez é permitida há uma limitação temporal para essa escolha da gestante, normalmente, sendo aceito o aborto nas primeiras 12 semanas da gestação.²¹

Apesar de nem sempre ter sido criminalizado, hoje o aborto é proibido por alguns países, em sua maioria subdesenvolvidos, incluindo o Brasil. Porém, a repressão criminal levou ao surgimento de um problema de saúde pública. A despeito disso a bancada religiosa, no Poder Legislativo, continua insistindo no equacionamento do problema por meio de mais punição, o que contraria valores constitucionalmente positivados.

Mais uma vez o Poder Judiciário é o único que pode modificar esse cenário, agindo ativamente para retirar a validade da norma incriminadora sobre a interrupção voluntária da gravidez, ainda que somente nas primeiras 12 semanas de gestação. Porém, fica a dúvida: como o Supremo Tribunal Federal irá se posicionar?

Em razão desse momento de incerteza em que vivemos, o estudo do movimento feminista tem grande importância, pois a seguir observaremos como a luta pelo empoderamento das mulheres repercutiu no campo de discussão sobre o aborto.

2. O EMPODERAMENTO FEMININO E A LIBERAÇÃO DO ABORTO

No Brasil, o movimento feminista começou a ganhar força apenas a partir da década de 1980 em razão do contexto político do país. A redemocratização abriu espaço para as vozes femininas, que por meio do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 – movimento conhecido como “lobby do batom”. O

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, abr., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁰ *Ibidem*, p. 4.

²¹ *Ibidem*, p. 5-20.

resultado foi a não inclusão na atual Constituição da República do postulado: “garantir a vida desde a concepção”; o que impediria o avanço do debate sobre o aborto.²²

O movimento feminista possui várias vertentes, e no presente trabalho, por conta da afinidade, adotou-se o feminismo existencialista de Simone de Beauvoir. A autora apresenta que a criação da sociedade patriarcal levou a mulher a se tornar “o Outro”, enquanto o homem representaria o ideal, o ser supremo a ser seguido. Assim, todos os estereótipos advindos da palavra “mulher” são uma construção cultural, e não características naturais do ser humano do sexo feminino. Portanto, o pensamento de que a mulher já nasce com o dom da maternidade – parir, criar e educar os filhos – é falho.²³

A reprodução humana sempre foi um ponto de escravidão da mulher e de exploração pela sociedade patriarcal. Segundo Beauvoir:

[...] nenhum Estado ousou jamais instituir o coito obrigatório. [...] Não seria possível obrigar diretamente uma mulher a parir: tudo o que se pode fazer é encerrá-la dentro de situações em que a maternidade é a única saída; a lei ou os costumes impõem-lhe o casamento, proibem as medidas anticoncepcionais, o aborto e o divórcio.²⁴

A sociedade ditada pelos homens construiu a figura do aborto sob um duplo caráter: pecado e punição. No entanto, mesmo em locais onde a repressão é mais severa, seja por costume, seja pela lei, ainda é presenciado um alto índice de abortamentos. Os motivos que levam mulheres a praticarem a interrupção da gravidez são variados: “a pobreza, a crise de habitação, a necessidade de a mulher trabalhar fora de casa”²⁵, além da interrupção dos estudos, da perda do emprego, da falta de suporte do parceiro, do risco de comprometer sua saúde, entre tantos outros²⁶.

Nesse terreno a hipocrisia da lei dos homens vigora, pois às mulheres não é dada uma escolha, mas aos homens sim.²⁷ Muitos abandonam suas parceiras quando informados sobre a gravidez. Uma pesquisa realizada no Brasil, em 2008, pelo DATAFOLHA apresentou que

²² MAYORGA, Cláudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto? In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 154-158.

²³ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 9-27 e 67.

²⁴ *Ibidem*, p. 89.

²⁵ *Idem*. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 283.

²⁶ SANTIAGO, Ricardo Cabral. Saúde da Mulher e Aborto. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 35.

²⁷ BEAUVOIR, v. 2, opus citatum, p. 424-425.

“41% do total de filhos tidos por casais, em união ou não, não foram planejados”²⁸ e “15% dos entrevistados afirmaram que, se pudesse fazer o tempo retroceder, não teria tido filhos”²⁹.

O Estado preocupa-se muito em proibir o aborto, e pouco com o amparo às crianças advindas de gravidezes indesejadas.³⁰ Os dados não mentem: 27 milhões (49,7%) de meninas e meninos brasileiros sofrem privações não apenas de ordem econômica, mas também quanto à educação, informação, água, saneamento básico, moradia e proteção contra o trabalho infantil.³¹ O Estado aparentemente não atenta ao fato de estar condenando crianças a serem sacrificadas.

Outro ponto a ser abordado é o comprometimento da saúde da mulher em razão de complicações na gravidez. O Código Penal brasileiro em seu artigo 128, inciso I, prevê excepcionalmente a possibilidade de aborto quando há risco de vida para a gestante, mas isso não ocorre se o risco for meramente à saúde. Na Europa, a tendência é de liberalização, ou seja, permite-se a escolha em prosseguir ou interromper a gestação, caso esta interfira na saúde da mulher.³²

Nos países em que o aborto é associado ao pecado e à punição as mulheres tornam-se propensas a adquirirem problemas psicológicos, caso realizem o procedimento abortivo ou desejem realizar. Por sua vez, quando o abortamento é uma prática legalizada percebe-se que as mulheres não são acometidas de maiores problemas emocionais ou psicológicos derivados do aborto.³³

Nessa toada, importante citar o seguinte trecho:

O fato de ser a operação clandestina e criminosa multiplica-lhe os perigos e dá-lhe um caráter abjeto e angustiante. Dor, doença, morte assumem um aspecto de castigo: sabe-se que distância separa o sofrimento da tortura, o acidente da punição; através dos riscos que assume, a mulher sente-se culpada; é essa interpenetração da dor e do erro que é singularmente penosa.³⁴

Também é preciso afastar o propagado discurso sobre a irresponsabilidade da mulher em ficar grávida.³⁵ As religiões mais difundidas no mundo censuram o uso de métodos

²⁸ VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: MAIA, opus citatum, p. 55.

²⁹ Ibidem.

³⁰ BEAUVOIR, v. 2., opus citatum, p. 280-281.

³¹ PAZ, Jorge; ARÉVALO, Carla. *Pobreza na Infância e na Adolescência*. UNICEF, p. 5-6, ago. 2018.

³² RUBIO-MARÍN, Ruth. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 356-379, jan.-abr. 2017.

³³ VILLELA, opus citatum, p. 54.

³⁴ BEAUVOIR, v. 2., opus citatum, p. 286.

³⁵ VILLELA, opus citatum, p. 58.

contraceptivos.³⁶ Além disso, inúmeras mulheres criadas em meio à múltiplas privações de direitos humanos não possuem acesso à informação sobre os métodos contraceptivos, bem como tem dificuldades em marcar consultas³⁷. Por fim, cabe ressaltar que todos os métodos contraceptivos são falíveis, estima-se 6 milhões de concepções não planejadas, no mundo, por ano, em casais que fazem uso de contraceptivo.³⁸

Onde o aborto é defeso por lei ou por costume as mulheres procuram a prática clandestina. Aquelas que possuem melhor condição financeira pagam altas montas para realizar o procedimento em clínicas ilegais, mas com total atendimento, ou mesmo viajam para países em que o aborto é legalizado. Todavia, a maioria das mulheres não tem condição financeira para tanto, assim buscam variados meios para alcançar o aborto, desde “fazedoras de anjos”, até introdução de gancho, agulha de tricô, osso de galinha, faca doméstica, cabide de roupas, além de aplicação de vinagre no útero, uso de chás caseiros (muitas vezes tóxicos), traumas autodeferidos na região abdominal, entre outros.³⁹

O aborto inseguro leva ao comprometimento da vida e da saúde física e psicológica da mulher, haja vista provocar em muitas situações hemorragia, infecção e intoxicação.⁴⁰ Por outro lado, a legalização do aborto permite a realização do procedimento médico em segurança.⁴¹

Para a legalização do aborto surtir efeitos positivos, é necessário que os profissionais da saúde sejam capacitados, além de serem usadas técnicas adequadas. Ainda existe muito preconceito dos profissionais da área quando prestam atendimento a pacientes gestantes que farão ou já fizeram o aborto. Esse pensamento precisa mudar.⁴²

A magistratura brasileira encontra-se em um processo de feminização.⁴³ Desde 1998 a proporção de mulheres que concluem o curso de Direito é maior do que de homens.⁴⁴ Isso reflete na aprovação em concursos públicos. No entanto, a isonomia ainda não foi alcançada,

³⁶ BEAUVOIR, v. 1., opus citatum, p. 171-173 e 191.

³⁷ VILLELA, opus citatum, p. 59.

³⁸ SANTIAGO, opus citatum, p. 35-36.

³⁹ Ibidem, p. 36.

⁴⁰ Ibidem, p. 39.

⁴¹ Ibidem, p. 33-34.

⁴² Ibidem, p. 38-39.

⁴³ CAMPOS, Veridiana Parahyba. *Feminização da Magistratura: relatos de algumas experiências e perspectivas das juízas pioneiras no Brasil*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 285-304, jul.-set. 2016.

⁴⁴ BRUSCHINI, Maria Cristina A. *Elas Chegaram Para Ficar*. Fundação Carlos Chagas. *Difusão de Ideias*, out. 2007, p. 2. Disponível em: http://www.fcc.org.br/conteudos/especiais/difusaoideias/pdf/materia_elas_chegaram_para_ficar.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

visto que as mulheres ocupam apenas aproximadamente 30% do total dos cargos na magistratura.⁴⁵

Cabe salientar que na magistratura os cargos de presidência e as cúpulas do poder ainda tem poucos representantes do sexo feminino. Atualmente, dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal apenas 2 são mulheres - Ministra Cármen Lúcia e Ministra Rosa Weber. Abaixo outros dados que comprovam esse quadro:

Dos 180 cargos de direção nos tribunais brasileiros, 53 foram comandados por mulheres no primeiro biênio e 51 no segundo biênio. A ascensão de mulheres à diretoria de tribunais brasileiros tem nestes tempos as proporções mais notáveis de toda a história, ainda que seja um *status* marcado pela subrepresentação e ineditismo.⁴⁶

O processo de feminização da magistratura brasileira pode proporcionar uma grande mudança de pensamento e atitude nesta carreira. No entanto, é possível ir além e se valer do Poder judicante como instrumento de transformação social.

3. ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE ABORTO NO SÉCULO XXI

O processo de feminização da magistratura pode gerar um olhar diferenciado sobre o caso da interrupção voluntária da gravidez. Nesse contexto, é útil analisar como vem se comportando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no século XXI.

O primeiro julgamento do Supremo Tribunal Federal no século XXI sobre a interrupção voluntária da gravidez ocorreu em 04 de março de 2004 no âmbito do HC nº 84.025-6 de origem do Rio de Janeiro. O caso trata de uma moça de 18 anos, que pleiteou uma autorização judicial para interromper a gravidez, haja vista o feto ser portador de anencefalia. Em primeira instância o juiz indeferiu a liminar, mas em segunda instância a desembargadora Gizelda Leitão Teixeira concedeu a autorização. Observe que o olhar feminino foi diferente do masculino sobre a mesma matéria.⁴⁷

Porém, um desembargador e um advogado, estranhos ao processo, e inconformados com a autorização, interpuseram recurso, que foi julgado procedente pelo Presidente da Câmara no sentido de cassar a liminar autorizativa. Fato esse que o Relator Ministro Joaquim Barbosa

⁴⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. *Magistratura e Gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, e-cardernos ces, v. 24, dez. 2015, p. 62-63.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.025-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

qualificou como “peripécias processuais exóticas”, visto que os recorrentes não tinham legitimidade nem interesse de agir. A liminar autorizativa do aborto concedida pela desembargadora Gizelda também foi alvo de habeas corpus impetrado por Luiz Carlos Lodi da Cruz, sacerdote da Igreja Católica e presidente da ONG Pró-Vida. Essas intromissões na vida privada e na liberdade de escolha da mulher acabaram por atrasar a marcha processual e a grávida foi obrigada a carregar o feto por oito meses em seu ventre para vê-lo morrer apenas sete minutos após o nascimento.⁴⁸

Em 29 de maio de 2008 foi julgada improcedente a ADIn nº 3.510 de origem do Distrito Federal, que tinha como objeto a impugnação de parte da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/05 – em face da permissão legal de pesquisa científica com células-tronco embrionárias. Uma das questões ventiladas foi a violação ao direito à vida, principalmente em razão da suposta existência de prática de aborto.⁴⁹

Os argumentos autorais foram afastados pelo Relator, Ministro Ayres Britto, pois nem todos os estágios da vida humana são considerados bens jurídicos a serem protegidos com a mesma intensidade da tutela destinada a uma pessoa humana já formada, além de o embrião utilizado nas pesquisas não desencadear uma gestação, haja vista não ser introduzido no colo do útero feminino, assim, não poderia se cogitar em interrupção de uma gravidez, concluindo que a lei de biossegurança não autoriza o aborto.⁵⁰

Já em 12 de abril de 2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF nº 54 de origem do Distrito Federal. O pleito principal era o reconhecimento do direito à interrupção da gravidez sem a necessidade de apresentar autorização judicial quando o feto for anencéfalo. O Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a questão não pode ser tratada através de orientações religiosas face à laicidade do Estado brasileiro. Ademais, afirmou que o aborto é um crime contra a vida em potencial, mas a antecipação terapêutica do parto não é crime, pois o feto anencéfalo é um natimorto cerebral. Concluiu que o sofrimento impingido à mulher é tão grande que pode ser classificado como tortura.⁵¹

A decisão autorizativa foi tomada por maioria de votos. Cabe ressaltar que os membros do Supremo Tribunal Federal do sexo feminino – Min. Rosa Weber e Min. Cármen Lúcia – votaram de forma favorável à autodeterminação das mulheres.⁵²

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

Em 09 de agosto de 2016 a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o HC nº 124.306 de origem do Rio de Janeiro. O caso trata de pessoas que mantinham uma clínica de aborto e que foram presas em flagrante, com posterior decretação de prisão preventiva.⁵³

O Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, teceu argumentação no sentido de ser incompatível com diversos direitos fundamentais a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação. A coação do Estado para manter gravidezes indesejadas viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, além de sua autonomia em realizar escolhas existenciais e poder controlar o próprio corpo. Ademais, a integridade física e psíquica da gestante deve ser levada em conta nos efeitos da gravidez.⁵⁴

Também, foi observado que o custo-benefício da criminalização não é vantajoso, pois não reduz os números de abortamento e leva muitas mulheres pobres a práticas inseguras, consequentemente, aos casos de automutilação, lesões graves e morte.⁵⁵

A proposição defendida no acórdão se coaduna com a ideia de que até a formação do sistema nervoso central, o que ocorre após o terceiro mês de gestação, não há vida. Além disso, durante o primeiro trimestre da gestação o embrião não pode subsistir fora do útero, autonomamente. Dessa forma, não haveria violação ao direito à vida, mesmo que em potencial.⁵⁶

O Min. Luís Roberto Barroso, a Min. Rosa Weber e o Min. Edson Fachin entenderam que os tipos penais do aborto (art. 124 e art. 126 do CP) são inconstitucionais no que tange à interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação, por isso a prisão é inconcebível neste caso. O Min. Marco Aurélio ficou vencido.⁵⁷

Em 11 de outubro de 2017 o Ministro Ricardo Lewandowski julgou de forma monocrática o HC nº 147.521 com origem de São Paulo. O caso tratava de um aborto praticado aproximadamente no segundo mês de gestação por meio da ingestão de CYTOTEC. O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a conduta da paciente se enquadra no tipo penal do artigo 124 do Código Penal. Dessa forma, denegou a ordem de habeas corpus, mesmo já havendo desde 2016 decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o primeiro trimestre.⁵⁸

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de dar sua palavra final sobre a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que em 08 de março de 2017 foi autuada a ADPF nº 442 de origem do Distrito Federal com relatoria da Ministra Rosa Weber. O pleito principal é a declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, a fim de permitir a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana. Ressalte-se que por ordem do acaso tal demanda foi distribuída a uma Ministra mulher, o que sem dúvidas fortalece a luta feminista. Além disso, a Ministra Rosa Weber tem se posicionado de forma favorável à legalização do aborto até o primeiro trimestre da gestação, como visto na análise dos casos julgados acima.⁵⁹

CONCLUSÃO

Na ótica internacional, o Brasil é considerado um dos países mais severos no tratamento do tema da interrupção voluntária da gravidez, visto que criminaliza a conduta, com exceção de duas ressalvas legais e uma jurisprudencial, quando: a gravidez propicie risco de vida para a gestante, a mulher tiver sido vítima de estupro e o feto for diagnosticado com anencefalia. Dessa forma, o Estado brasileiro não permite o aborto no caso de comprometimento da saúde da mulher, ou mesmo se a gestante passa por dificuldades socioeconômicas.

A primeira análise feita foi quanto à compatibilidade dos princípios penais da intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos com a criminalização do aborto. O estudo revelou que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez é desnecessária para a solução de um problema de saúde pública, além de conduzir diversas mulheres para o aborto inseguro.

Também, como visto, a escolha do bem jurídico não pode ser influenciada por crenças religiosas, uma vez que se vive em um Estado laico. No entanto, pesquisas mostram que a religião ainda exerce forte influência na produção legislativa brasileira. É de se ressaltar a existência de propostas legislativas ainda mais rigorosas e punitivas. Atualmente, no cenário político em que vivemos, com um Congresso Nacional bastante conservador, é difícil acreditar na aprovação de um projeto de lei concedendo o direito de escolha à mulher em levar a termo ou não a gestação.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

A evolução no tratamento da matéria deve vir, então, por meio do Poder Judiciário. Porém, para chegar ao ponto de discutir o tema da interrupção voluntária da gravidez dentro do Poder judicante foi necessário percorrer um longo caminho de lutas travadas pelo movimento feminista, que teve início com a redemocratização do Brasil.

O feminismo desbravou o labirinto da sociedade patriarcal. Uma das descobertas foi o controle da mulher por variadas formas de submissão. A proibição do aborto faz parte dessa composição, haja vista ter sido construído sob os valores do pecado e da punição. Negados os direitos sexuais e reprodutivos às mulheres, estas recorrem a práticas inseguras de abortamento que levam ao comprometimento da vida e da saúde física e psicológica.

Apesar disso, o movimento feminista alcançou conquistas, como o processo de feminização da magistratura brasileira, com a entrada das mulheres em instituições antes dominadas por homens. Não obstante as mulheres representarem apenas 30% dos membros da magistratura, esse percentual já revela um avanço, visto que possibilita a introdução de temas estritamente femininos no debate público.

Toda essa construção possibilitou que, durante o século XXI, o Supremo Tribunal Federal tomasse importantes decisões sobre a matéria. Destaque-se o julgamento da ADPF nº 54, que fomentou o debate sobre o aborto e trouxe argumentos sólidos para a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez quando o feto for diagnosticado com anencefalia.

Outra decisão de suma importância foi tomada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 124.306. Os ministros decidiram pela inconstitucionalidade dos dispositivos penais incriminadores da conduta de interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês de gestação. A fundamentação foi talhada sob os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, indicando a desvantagem do custo-benefício de manter a criminalização do aborto. Além disso, foi realizada sistemática análise sobre o início da vida e optou-se por seguir a medicina no que tange à definição da formação do sistema nervoso central, o que só ocorre após os três primeiros meses de gestação do feto.

Os novos horizontes para essa questão podem vir com o julgamento da ADPF nº 442, pois o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de atuar como um instrumento de transformação social, se decidir pela não recepção parcial dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal. Assim, o direito de escolha da mulher seria reconhecido, permitindo pelo menos o aborto até o primeiro trimestre de gestação. Portanto, deve ser alimentada a esperança de um Brasil com maior respeito à autodeterminação, à liberdade de escolha e à saúde da mulher.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

_____. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3.510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 442*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124.306*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147.521*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5256929>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.025-6*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRUSCHINI, Maria Cristina A. *Elas Chegaram Para Ficar*. Fundação Carlos Chagas. *Difusão de Ideias*, out. 2007. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/conteudos especiais/difusaoideias/pdf/materia_elas_chegaram_ppar_ficar.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CAMPOS, Veridiana Parahyba. *Feminização da Magistratura: relatos de algumas experiências e perspectivas das juízas pioneiras no Brasil*. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 285-304, jul.-set. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALCANTE, Alcilene (Org.); XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/308/CDDDBR_Em_defesa_vida_Aborto_direitos_humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 set. 2018.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The world's abortion laws*: 2019. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/map/>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, suppl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002>. Acesso em: 24 set. 2018.

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. *Magistratura e Gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, e-cardernos ces, v. 24, dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio [et al]. *Princípios constitucionais penais à luz da constituição e dos tratados internacionais*. São Paulo: LivroeNet, 2015. [e-book].

LUNA, Naara. *Aborto no congresso nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico*. Rev. Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 14, mai. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522014000200083&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 24 set. 2018.

MAYORGA, Claudia; MAGALHÃES, Manuela de Sousa. *Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto?* In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

NUNES, Maria das Dores [et al]. *Histórias de aborto provocado entre adolescentes em Teresina, Piauí, Brasil*. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 8, p. 2311-2318, ago. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S141381232013000800015&lng=es&nrm=1&tlng=en>. Acesso em: 24 set. 2018.

PAZ, Jorge; ARÉVALO, Carla. *Pobreza na Infância e na Adolescência*. UNICEF, ago. 2018.

RUBIO-MARÍN, Ruth. *Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 356-379, jan.-abr. 2017.

SANTIAGO, Ricardo Cabral. *Saúde da Mulher e Aborto*. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. *Rev. Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 43-82, abr., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43619>>. Acesso em: 24 set. 2018.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. *Rev. Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 4, nº 2, dez. 1994.

VILLELA, Wilza; OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de; SILVA, Rosalina Carvalho da. Aborto e Saúde Mental. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). *Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.