

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
JULIANA BRAGA TEIXEIRA

REFLEXÕES ACERCA DA LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
NO BRASIL

Juiz de Fora
2018

JULIANA BRAGA TEIXEIRA

REFLEXÕES ACERCA DA LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL

Artigo Científico apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora como
requisito parcial para obtenção do
título de Bacharela em Direito sob
orientação da Prof.^a Joana Machado

Juiz de Fora

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

JULIANA BRAGA TEIXEIRA

**REFLEXÕES ACERCA DA LUTA PELA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Profª Me Orientadora Joana Souza Machado

Mestranda Vanessa Lopes

Mestranda Iuli do Carmo Melo

Juiz de Fora, 30 de novembro de 2018

“¿No es acaso
este cuerpo
mi única posesión?

Conquistar
es un gesto
político
y poseer
no es tener.

Somos
territorio en disputa”

Aldana Albani -Territorios en disputa,
Poetas por El Aborto Legal – Martes Verde

RESUMO

O presente trabalho busca compreender a forma como o embate acerca da descriminalização do procedimento de interrupção voluntária da gravidez é realizado no Legislativo e Judiciário brasileiro. Adotando como referencial teórico a obra “O Poder Simbólico” de Pierre Bourdieu e partindo de uma visão ampla de Direitos Reprodutivos, investigam-se os principais Projetos de Lei circulantes no Legislativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e a legislação internacional. A primeira conclusão alcançada é a de que enquanto no Poder Judiciário o debate favorável à descriminalização avança, no Poder Legislativo o cenário encontrado é o oposto. Conclui-se ainda que as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal não podem ser vistas como alheias às discussões políticas, morais e religiosas.

Palavras-chave: Aborto. Pierre Bourdieu. Direitos Reprodutivos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work seeks to comprehend the way in which the dispute over the decriminalisation of the procedure of voluntary termination of pregnancy is carried out in both the Brazilian Legislature and Judiciary. Adopting Pierre Bourdieu’s “Symbolic Power” as the theoretical framework and assuming a wide scope of “Reproductive Rights”, not only the main bills being passed in the Legislature but also the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court concerning the matter and, also, international legislation are investigated here. The first conclusion that has been come up with pointed out that whilst in the Judiciary the debate favourable to the decriminalisation keeps going further, in the Legislature, the opposite scenery can be found. The research also concluded that the decisions that stem from the Supreme Court can’t be faced as unconnected from the political, moral and religious discussion.

Keywords: Abortion. Pierre Bourdieu. Reproductive Rights. Supreme Court.

SUMÁRIO:

Introdução	7
1. Direitos Reprodutivos e Legislação sobre aborto no Brasil.....	8
2. Judiciário x Legislativo.....	12
2.1 Campo Judicial: andamento da discussão sobre o aborto no judiciário brasileiro.....	12
2.1.1 Descriminalização pela via judicial: ADPF 54 – fetos anencéfalos.....	13
2.1.2 Habeas Corpus 124.306/RJ	14
2.1.3 ADPF 442	15
2.2 Campo Político: andamento da discussão sobre o aborto no Legislativo brasileiro.....	16
2.2.1 - Projeto de Lei 5069/13.....	16
2.2.2 – PEC 181/2015	17
3. Descriminalização em outros países.....	17
3.1 – Portugal.....	18
3.2 – Colômbia.....	19
4. As limitações da via judicial.....	20
Considerações finais.....	21
Referências.....	23

INTRODUÇÃO

Abordar a temática do aborto dentro de uma perspectiva de Direitos Humanos é tarefa árdua, tanto pela polêmica e conflito que a simples menção ao termo causa, quanto pela complexidade de se abordar o tema - que fatalmente abarca diversos campos para além do jurídico. Impossível, por exemplo, discorrer sobre a interrupção voluntária da gravidez sem adentrar, ao menos de forma tangencial, em seu aspecto moral, sociológico e político.

O tema abordado foi escolhido justamente devido à necessidade de se pautar as problemáticas envolvidas na criminalização e os possíveis caminhos para uma futura descriminalização do procedimento, discussão muitas vezes negligenciada devido às controvérsias existentes.

Neste contexto, tendo em vista que diversos aspectos poderiam ser abordados, de maneira a delimitar o objeto do presente artigo, foram adotados como enfoque os aspectos jurídicos da criminalização do procedimento, bem como uma noção de Direitos Reprodutivos ampla. Por meio de revisão de literatura, o artigo dialoga com pesquisas que já demonstraram a ineficácia da criminalização do procedimento, e que essa via fere diversos direitos das mulheres. O artigo busca refletir, a partir desse diálogo, acerca dos caminhos pelos quais o debate pela descriminalização já percorreu, percorre e percorrerá dentro do Legislativo e Judiciário brasileiro.

Embora fosse talvez ideal adotar, especialmente na abordagem de direitos das mulheres, como referencial teórico uma epistemologia que rompesse com a normatividade intelectual masculina, o presente trabalho se vale, para o fim a que se propõe, da reflexão de Bourdieu sobre o Poder Simbólico. Isso porque os direitos reprodutivos não compõem o objeto central de pesquisa e sim a forma como são capturados pelo campo judicial e o campo da política no embate sobre a descriminalização do aborto. Nesse sentido, ilumina bastante a contribuição que Bourdieu fornece ao analisar as interações entre campos, especialmente o jurídico, marcado pela mistura entre discricionariedade e técnica. Sob essa perspectiva, no campo jurídico concorre-se pelo monopólio do poder de dizer o Direito (BOURDIEU, 1989).

Com o objetivo de realizar a reflexão proposta, será adotada como metodologia, além da revisão bibliográfica acima colocada, a pesquisa jurisprudencial dos trâmites relativos à descriminalização do aborto no Supremo Tribunal Federal, bem como serão consultados os projetos circulantes no Legislativo, além da legislação e jurisprudência internacional.

No primeiro capítulo, procura-se apresentar a definição de Direitos Reprodutivos que será adotada e a construção histórica destes direitos no cenário internacional, seguida pela história recente destes no Brasil. Apresentam-se os dados presentes na Pesquisa Nacional do Aborto, realizada primeiramente em 2010 e revisada em 2016, contendo os números obtidos acerca dos abortamentos voluntários realizados no país e o perfil das mulheres que realizam o procedimento de forma ilegal.

Em um segundo capítulo, investiga-se como caminha a questão no Supremo Tribunal Federal, a partir de uma análise das decisões proferidas na ADPF 54 – que descriminalizou judicialmente o procedimento em casos de anencefalia do feto - e na decisão proferida pela primeira turma do STF no Habeas Corpus 124.306/RJ que, embora possua apenas efeitos individuais, trata-se de importante precedente. Por fim, será analisada a ADPF 442, que atualmente se encontra em tramitação na corte superior, proposta pelo PSOL, em que se questiona a constitucionalidade da norma que penaliza a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana.

Em seguida, passa-se a analisar como se encontra a discussão no Legislativo, abordando primeiro o Projeto de Lei 5069/13, que busca alterar o Código Penal ao inserir novo tipo penal, aumentando o controle punitivo sobre o tema e, posteriormente, a Proposta de Emenda Constitucional 181/2015 conhecida como “PEC do Cavalo de Tróia”, que ameaça as hipóteses hoje consideradas legais de aborto ao buscar alterar a Constituição e garantir a proteção desde a concepção do embrião.

No terceiro capítulo, serão abordados os caminhos que levaram à descriminalização em outros países, tendo como exemplo Portugal e Colômbia, que possuem legislações menos rígidas que a brasileira, atingidas através de dois caminhos diferentes.

De forma a concatenar as reflexões realizadas, no quarto e último capítulo do presente artigo será testada a hipótese de que, não obstante tratar-se de caminho válido para realização da discussão, o poder Judiciário não deve ser visto como instância salvadora e alheia às discussões políticas, morais e religiosas.

1. DIREITOS REPRODUTIVOS E LEGISLAÇÃO SOBRE O ABORTO NO BRASIL

Antes de aprofundar o estudo acerca da descriminalização do procedimento de interrupção voluntária da gravidez no Brasil, faz-se necessário colocar qual a conceituação de Direitos Reprodutivos será adotada como referencial neste trabalho.

Segundo a pesquisadora Míriam Ventura, os Direitos Reprodutivos são constituídos por

princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. Sendo, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza (VENTURA, 2009).

Neste sentido, esse conjunto de direitos abrange diversos outros relativos à saúde sexual e reprodutiva, à liberdade e não discriminação, à autonomia e autodeterminação para a escolha da maternidade, bem como o direito à informação e acesso a métodos contraceptivos e políticas públicas antes da concepção, durante a gravidez e após, no exercício da maternidade e paternidade.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada na cidade do Cairo, no ano de 1994, foi talvez o mais importante marco histórico de discussão sobre o tema no cenário internacional. Durante a CIPD, que reuniu 179 países, o debate acerca dos Direitos Reprodutivos de forma abrangente, isto é, deixando de lado a abordagem puramente relativa ao controle do crescimento populacional e planejamento econômico, elevou-se a nível global pela primeira vez e, a partir de então, passou-se a considerar tais direitos como imprescindíveis para o alcance da igualdade de gênero. De forma pioneira, foram definidos aspectos fundamentais sobre os direitos reprodutivos em um documento normativo internacional. O quarto princípio exarado no documento diz de forma expressa que:

O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. (NAÇÕES UNIDAS, 1994, princípio 4).

No ano seguinte, em 1995, foi realizada em Pequim a Conferência Mundial Sobre Mulheres em que foi dado mais um passo na discussão a nível mundial, vez que ficou decidido nessa ocasião que os Estados deveriam “eliminar leis e medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos ilegais”, (GALLI; ROCHA, 2014).

No entanto, setores religiosos ofereceram enorme resistência aos avanços que estavam sendo acordados e o debate acerca destes direitos, embora avançado em alguns países, sofreu diversos retrocessos pelo mundo.

Sediada no Brasil, o documento oficial resultante da Conferência Rio+20 trata-se de um exemplo deste recuo. A pressão oferecida pelos setores conservadores resultou na retirada do documento final da expressão direitos reprodutivos, termo que vinha sendo adotado desde a Conferência do Cairo em acordos internacionais, o que foi considerado um flagrante retrocesso pelos movimentos feministas.

As normas que estruturam a sociedade e a interpretação destas normas são marcadas pela interação entre os sistemas simbólicos – como a religião, e não são alheias aos acontecimentos exteriores, ao contrário, possuem forte influência dos mecanismos de dominação.

É possível perceber que ao longo das décadas o termo esteve em disputa, sofrendo forte influência a nível global dos momentos econômicos e políticos. Em 1994/1995, por exemplo, os ânimos dos principais articuladores mundiais após o término da guerra fria estavam mais propícios ao debate, enquanto em 2012 – ano de realização da Rio+20 - o cenário internacional, ainda não totalmente recuperado da crise financeira mundial, não encontrou solo propício para o fomento da discussão.

No Brasil, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é um marco para os Direitos Reprodutivos. Em seus diversos artigos, ela reconhece uma grande quantidade de direitos e garantias fundamentais, atribuindo-lhes aplicação imediata, independente de aprovação de lei infraconstitucional (art.5º §1º CF/88), além de prever a aplicação de princípios e normas de direitos humanos reconhecidos na esfera internacional sem a necessidade de estarem expressos em seus artigos.

Tendo em vista a enorme gama de direitos reconhecidos pela Constituição e elevados ao status de direitos inerentes a qualidade de ser humano, ao se adotar um referencial em que os Direitos Reprodutivos ultrapassam o mero acesso aos métodos contraceptivos, englobando o direito da mulher de controlar sua própria fecundidade, bem como ter acesso a um tratamento digno relativamente a sua saúde física e mental, a rígida criminalização do aborto, traduzida em números alarmantes de abortamentos inseguros realizados e complicações decorrentes destes, mostra-se em conflito com a proteção destes direitos.

De acordo com o Código Penal Brasileiro de 1940, a prática de aborto induzido é considerada crime contra a vida, tipificada em seus artigos 124 a 126, salvo duas exceções previstas no art. 128 do mesmo dispositivo: em casos de estupro e risco de vida para a gestante. Além das exceções presentes no corpo legal, possível também a realização do procedimento no caso de anencefalia do feto, descriminalização que se deu pela via judicial, decorrente do posicionamento do STF na ADPF 54,

proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

Segundo o Código Penal/1940:

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Na vigência do Código penal anterior, de 1890, o procedimento já era considerado crime, em seus art.300 e 300:

Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 - Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.

Não obstante a histórica criminalização do procedimento no país, dados da Pesquisa Nacional do Aborto², realizada primeiramente em 2010 e repetida em 2016, financiada pelo Ministério da Saúde, apontam que, aos 40 anos de idade, uma em cada 5 mulheres já realizou pelo menos um aborto induzido. A pesquisa demonstra ainda que metade destas mulheres (48%) precisou ser internada para tratar das complicações advindas da realização do procedimento. Segundo o estudo, apenas em 2015, cerca de 503 mil mulheres teriam praticado aborto no Brasil.

Uma das importantes conclusões obtidas com os resultados da pesquisa foi a de que o aborto é praticado por mulheres de todas as faixas etárias e classes sociais, independente do estado civil e da religião, com números se mantendo praticamente inalterados da pesquisa realizada em 2010 para 2016.

De acordo com o artigo, o aborto pode estar associado a um evento reprodutivo individual, mas a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social.

Os dados revelam ainda que a criminalização, além de se mostrar não efetiva – tendo em vista o elevado número de procedimentos realizados, a despeito da proibição – mostra-se um grave problema de saúde pública, dadas as altas taxas de complicações decorrentes do abortamento realizado de forma insegura, agravado pelos preconceitos e medo de punição gerado pelo fato de o ato ser crime, o que prejudica o atendimento e tratamento destas mulheres após a realização do procedimento.

Em que pese mulheres de todos os nichos pratiquem abortos ilegais, a homogeneidade não se observa nas circunstâncias e consequências da prática: procedimentos realizados em locais inadequados e a falta de assistência médica (mental e física) atingem de forma muito mais forte as mulheres de baixa renda, as mulheres negras, estando estas muito mais propensas aos riscos advindos da prática do abortamento inseguro.

O problema se estende mesmo em se tratando de hipóteses de aborto legal, em que, devido em parte ao estigma da criminalização, e também ao racismo institucional, o Estado não presta a assistência necessária, psicológica e física, pelo que muitas mulheres recorrem ao aborto ilegal mesmo possuindo direito a realizar o procedimento. A mulher é tratada de forma violenta pelo sistema - aqui incluso o sistema de saúde, judicial e sociedade, que exerce a violência simbólica em que a mulher sente culpa, vergonha e inferioridade mesmo quando vítima de estupro ou gestando um feto com anencefalia comprovada.

2. JUDICIÁRIO x LEGISLATIVO

A polêmica discussão acerca da descriminalização do aborto no Brasil encontra diferentes cenários no Poder Legislativo e no Poder Judiciário.

No Supremo Tribunal Federal, instância máxima decisória do poder Judiciário, tramitam demandas individuais e coletivas em que se pleiteia a ampliação das hipóteses legais em que o aborto induzido não seria considerado crime.

Na esfera Legislativa, diversos projetos – entre propostas de emendas constitucionais e projetos de lei - sobre o tema circulam. No entanto, ao contrário do que ocorre no poder Judiciário, ou talvez em reação ao que ocorre no campo judicial, as propostas no Legislativo, em sua maioria, caminham no

sentido de restringir ainda mais a já rígida legislação sobre o tema no país.

Com o intuito de analisar os caminhos percorridos nas duas vias, serão abordadas neste capítulo as mais polêmicas e relevantes discussões recentes que ocorrem ou ocorreram nos dois poderes acerca da criminalização do procedimento.

2.1 - Campo judicial: andamento da discussão no Judiciário Brasileiro

2.1.1 – Descriminalização pela via judicial : ADPF 54 – Anencéfalos

Conforme exposto no capítulo anterior, dentre as hipóteses em que o abortamento induzido é permitido, destaca-se a dos fetos anencéfalos, vez que se trata de um caso de descriminalização pela via judicial, ocorrida no bojo dos autos da ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

Na ocasião, por maioria de votos (8x2), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos seja conduta típica. No corpo da fundamentação do voto do Relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, ele exarou o seguinte entendimento: “Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.”

Em relação aos votos contrários, cabe um parêntese relevante para a discussão aqui proposta: o voto do ministro Lewandowski se deu no sentido de que a competência para criar tal exceção é exclusiva do Congresso Nacional. Em suas palavras:

[...] considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.

O ministro entendeu que o Supremo Tribunal Federal não seria competente para criar tal exceção a regra prevista no Código Penal, sustentando tratar-se de uma violação da separação dos três poderes e, sob esta justificativa, votou pela improcedência do pedido.

Ainda que o entendimento exarado do acórdão proferido esteja em vigor, há diversas dificuldades para a sua efetividade: em primeiro lugar, o procedimento exige rapidez, e, devido à necessidade de dois pareceres médicos, conjuntamente com ultrassom detalhada, bem como a possibilidade de o médico alegar objeção de consciência, e se recusar a realizar o procedimento, como ocorre em diversos casos devido ao forte desacordo moral presente na questão do aborto, as gestantes que não possuem condições financeiras favoráveis ficam desamparadas, mormente em cidades menores em que os médicos são escassos no Sistema de Saúde.

Outro motivo é a forma como se deu a descriminalização e nesse ponto adentramos em um dos problemas acarretados pela via adotada não necessariamente estar em consonância com os outros poderes. Para a garantia da efetiva realização do procedimento e de atendimento adequado após a realização, é necessário um esforço da administração, sobre a qual o judiciário não possui direto poder. Além disso, apesar de o Conselho Federal de Medicina ter regulamentado o procedimento um mês depois da decisão, este ainda carece de políticas específicas.

2.1.2 – HABEAS CORPUS 124.306/RJ

Em novembro de 2016, ao julgar o Habeas Corpus nº124.306/RJ, impetrado para afastar a prisão preventiva de dois denunciados pelo Ministério Público do Rio de Janeiro pela prática do crime previsto no art.126 do Código Penal vigente, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal votou pela concessão da liberdade aos acusados.

Não se limitando a dizer que os requisitos para a prisão preventiva não se encontravam presentes, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista e emitiu voto pela concessão do HC, com base no argumento de que a criminalização viola Direitos Fundamentais da mulher. O importantíssimo voto atingiu maioria na votação. Confira-se fragmento:

[...] A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: 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. [...]

[...] A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Apesar de possuir efeitos apenas interpartes, trata-se de posicionamento histórico, que abriu precedente favorável à descriminalização e inflamou a discussão acerca do assunto. Desta decisão também é possível compreender as posições dos ministros, ao menos em parte.

2.1.3 – ADPF 442

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 foi proposta pelo PSOL, com o objetivo de questionar a constitucionalidade da criminalização do aborto induzido consentido prevista nos artigos 124 a 126 do Código Penal de 1940, durante o primeiro trimestre da gravidez e se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

O autor da ADPF trouxe no corpo de sua inicial os números da Pesquisa Nacional do Aborto já abordados no Capítulo Um, bem como outros dados do Sistema de Saúde e pareceres de especialistas.

De modo a iniciar o debate, o Supremo Tribunal Federal realizou dois dias de audiências públicas em agosto do corrente ano (2018) em que foram ouvidos cerca de 60 expositores contrários e a favor da descriminalização (ao todo, foram recebidos mais de 180 pedidos de habilitação segundo a relatora).

Não se sabe ainda quando a questão será colocada em pauta, mas a polêmica já movimentou o STF. Um dos argumentos contrários, além da controvérsia religiosa acerca do início da vida, é a discussão ser realizada pelo Judiciário e não pelo Legislativo.

Durante a audiência pública, o senador Magno Malta (PR-ES), representante da Frente

Parlamentar em Defesa da Vida e da Família, dissertou que a Corte exorbita sua competência ao julgar a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 442), chamando de ativismo judicial o julgamento. Em suas palavras: “Ela [Rosa Weber, relatora da ação] tinha logo dizer que não tinha competência, mandar para o arquivo e remeter para o Parlamento”.

Já a pesquisadora Débora Diniz, da Universidade Federal de Brasília, que falou pela ANIS – Instituto de Bioética, declarou sobre o conflito de competências que os poderes democráticos são igualmente legítimos para discussões de direitos fundamentais, e essa Corte é o espaço de revisão de direitos fundamentais ameaçados. Além disso, quem apresentou essa ação foi o PSOL, um partido político, que faz a conexão entre os dois poderes.

A polêmica discussão ainda não possui data para ser colocada em pauta, o que pode demorar muitos anos, mas já reacendeu o debate no país e provocou respostas de membros do Legislativo. À imprensa, após a audiência, o senador Magno Malta prometeu apresentar propostas naquele poder para reverter a possível decisão.

2.2 – Campo Político: andamento da discussão sobre o aborto no Legislativo brasileiro

2.2.1- Projeto de Lei 5069/13

Aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto de lei de autoria do deputado Eduardo Cunha se encontra pronto para ser colocado em pauta.

O Projeto de Lei 5069, datado de 2013 – ano seguinte após o julgamento da ADPF 54 – trata-se de uma resposta conservadora do Legislativo à decisão despenalizadora ocorrida no Judiciário, o que pode ser interpretado como backlash, um contra-ataque na guerra não declarada às mulheres (COUTO, 2017).

Conhecido por poder possivelmente criminalizar o uso da pílula do dia seguinte, e dificultar informações sobre o aborto legal às gestantes, o projeto de lei possui a proposta de acrescentar o art.127 A no Código Penal, que passaria a possuir a seguinte redação, segundo o texto aprovado na comissão:

Anúncio de meio abortivo ou induzimento ao aborto

Art. 127-A. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, induzir ou instigar gestante a usar substância ou objeto abortivo, instruir ou orientar gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para que o pratique, ainda que sob o pretexto de redução de danos:

Pena: detenção, de quatro a oito anos.

§ 1º. Se o agente é funcionário da saúde pública, ou exerce a profissão de médico, farmacêutico ou enfermeiro:

Pena: prisão, de cinco a dez anos.

2º. As penas aumentam-se de um terço, se é menor de idade a gestante a que se induziu ou instigou o uso de substância ou objeto abortivo, ou que recebeu instrução, orientação ou auxílio para a prática do aborto.

As organizações feministas e os partidos contrários à Lei realizaram diversas manifestações contra a aprovação do referido projeto que segue preparado para entrar em pauta, em contramão aos debates realizados no judiciário.

2.2.2 – PEC 181/2015 – Cavalo de Tróia

Conhecida por ser considerada um “Cavalo de Tróia” às feministas, a Proposta de Emenda Constitucional número 181/2015, de autoria do então senador Aécio Neves, inicialmente parecia tratar-se de aumento na licença maternidade para mães cujas crianças nascessem prematuramente, por meio de uma alteração no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

No entanto, foi inserida no texto aprovado pela Comissão Especial do Senado, em 2017, após a ADPF ser proposta pelo PSOL, longo parecer que discorre acerca da ingerência e ativismo judicial que interfeririam na atribuição legislativa de definir onde se inicia o direito a vida. No corpo deste parecer, aprovado na Comissão, foi inserido o seguinte substitutivo:

Art. 2º Dê-se a seguinte redação ao inciso III do art. 1º da Constituição Federal:

Art.1º.....
 III- dignidade da pessoa humana, desde a concepção; (...)

Dê-se a seguinte redação ao caput do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Desta forma, caso aprovada, a PEC pode inclusive comprometer a aplicação do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal acerca dos fetos anencéfalos, bem como “enterrar” a ADPF 442, freando novas discussões individuais na Corte Suprema.

3. DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAÍSES

A discussão em torno da descriminalização do procedimento de interrupção voluntária da gravidez, o embate entre setores conservadores e os movimentos feministas, bem como a divergência entre profissionais da saúde e até mesmo o confronto entre o legislativo e o judiciário sobre o tema, ocorre em diversos locais pelo mundo.

Muitos países possuem legislações mais restritivas, em que o aborto induzido não é permitido em nenhuma hipótese. No entanto, diversos países possuem legislações em que a realização do procedimento por desejo da mulher se tornou possível após anos de reivindicações.

Dentro do grupo de países em que existem menores restrições ao aborto na Europa, a maioria descriminalizou o procedimento por meio do Parlamento. Já nos Estados Unidos, Canadá e Colômbia, foi por meio do poder Judiciário que o procedimento deixou de ser crime.

Neste capítulo, será analisada a maneira como se deu a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez em dois países que adotaram procedimentos diferentes: Portugal e Colômbia. A escolha dos países se deu pela proximidade, seja geográfica como no caso da Colômbia ou histórica no caso de Portugal, país que possui o mesmo idioma oficial que o Brasil, o que influencia a diversas brasileiras que possuem condições financeiras a realizarem o procedimento nestes países. Outro fator que levou à escolha é que o procedimento de descriminalização se deu de maneira distinta nos dois países, o que se torna relevante para a reflexão acerca dos diferentes caminhos para a descriminalização no Brasil.

3.1 – Portugal

Em Portugal, o aborto com o consentimento da gestante é permitido até a 10^a semana da gestação³.

Em 2007, o procedimento foi descriminalizado por meio de uma consulta popular, convocada

pela Assembleia da República – o Legislativo português, por meio da qual os cidadãos portugueses responderam a seguinte pergunta: “Concorda com a despenalização da interrupção da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”

A maioria da população votou a favor (59%) e, embora o resultado não tenha sido vinculante, foi levado à Assembléia, que aprovou a despenalização do aborto, o que foi sancionado pelo então Presidente. Desde então, é possível realizar o procedimento na rede pública de saúde até a décima semana da gestação, a pedido da gestante, que recebe tratamento psicológico, aconselhamento acerca da contracepção e métodos contraceptivos de longa duração de forma gratuita.

Pesquisas realizadas no ano de 2017 – dez anos após a descriminalização - mostram que, devido ao acompanhamento e aconselhamento realizado (a porcentagem de mulheres que opta por um contraceptivo de longa duração após a realização do procedimento ultrapassa os 95%), o número de abortos se encontra em queda a 5 anos consecutivos, demonstrando a eficácia da medida. Tamanho o sucesso da norma despenalizadora, que a taxa de interrupção voluntária da gravidez em Portugal passou a ser a menor da Europa. O país, que chegou a ter o aborto inseguro como terceira causa de morte materna, hoje registra taxa de morte de quase zero resultante do procedimento.

Francisco Jorge, diretor geral da saúde em Portugal durante 12 anos – inclusive os períodos anteriores, durante e posteriores à consulta popular – afirmou que no início existia pressão por parte de grupos contrários, no entanto, que já não se fala mais no assunto e lançou como uma pergunta retórica: “Alguém se convence de que, se a lei não existisse, as interrupções não existiam?”.

No entanto, o cenário nem sempre foi assim. As mulheres portuguesas passaram por longo caminho até o afastamento da norma penal criminalizadora. Em 1998, foi realizado um referendo parecido em que o “não” ganhou por 50,9%, e o procedimento seguiu criminalizado até 2007, quando foi novamente realizada a consulta popular.

Foram necessárias décadas de luta pelos movimentos feministas no país, que possuía uma das legislações mais rígidas da Europa até 2007. Propostas de lei tratando sobre a descriminalização do aborto no país remontam 1984, com avanços e estagnadas no legislativo até se chegar à legislação que atualmente vigora no país.

Necessário destacar que a descriminalização veio acompanhada do projeto de interrupção voluntária da gravidez, conhecido como IVG, regulamentado e construído conjuntamente com a Lei. Assim, a lei já nasceu com parâmetros para sua implementação.

3.2– Colômbia:

No ano anterior ao referendo português, em 2006, a Corte Constitucional da Colômbia, instância maior do Judiciário do país, em decisão histórica, descriminalizou o procedimento em casos de estupro, má formação do feto e quando há risco à saúde física e mental da mulher⁴. Na prática, a decisão fez com que o procedimento deixasse de ser crime quando a mulher não deseja a gestação, tendo em vista que o flagelo mental de se gestar não o desejando caracteriza risco à saúde mental.

É verdade que a Lei Colombiana não parece à primeira vista muito diferente da brasileira, mas a expressão “risco à saúde física e mental”, em substitutivo de risco à vida, presente em nossa legislação, faz com que exista essa enorme diferença entre o tratamento dado.

Tendo em vista que a descriminalização do procedimento se deu pela via judicial, a decisão não passou automaticamente a ser regulamentada: foi necessária a regulamentação, garantindo o acesso ao procedimento por meio do Estado, considerando que acordos internacionais assinados que continham a indicação de que onde o aborto não fosse crime, deveria se equipar os sistemas de saúde para que possam realizá-lo. No entanto, tendo em vista as polêmicas envolvidas no tratamento do tema e a via em que ocorreu a descriminalização, a falta de parâmetros fixados e políticas públicas voltadas para informar e viabilizar efetivamente o acesso ao procedimento faz com que o país ainda possua números alarmantes de procedimentos realizados de forma clandestina e com que subsistam as dúvidas acerca do limite máximo de semanas de gestação em que seria possível realizar o procedimento.

4. AS LIMITAÇÕES DA VIA JUDICIAL:

A via judicial é vista muitas vezes como imune às questões morais que atingem o Legislativo e o Executivo, sendo costumeiramente enxergada como a via “salvadora”, em que os problemas serão resolvidos.

No entanto, faz-se necessário estar alerta para a necessidade de se olhar para além da estrutura interna do Direito, uma vez que o sistema de normas jurídicas, incluindo aqui as jurisprudências, é fruto da disputa de poderes. A fundamentação construída de uma decisão pode mascarar em sua rebuscada linguagem jurídica as verdadeiras razões para a consagração daquela visão de mundo a que ali se alcançou, e ainda assim possuir a legitimação necessária para se fazer ser cumprida.

Nas palavras de Bourdieu, o Direito consagra a ordem estabelecida, ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão de Estado, garantida pelo Estado (BOURDIEU 1989, p.236). Por meio de uma decisão fundamentada linguagem jurídica rebuscada que nem sempre sinaliza as influências externas recebidas, corre-se o risco de se manter como verdades absolutas aquilo que nada mais é que a mistura de discricionariedade com técnica.

Não se trata aqui de negar a importância da via judicial. Da análise dos dados colhidos expostos ao longo da pesquisa, nota-se que existem experiências bem-sucedidas de descriminalização do procedimento nascidas nesta via, bem como o referencial aqui adotado, conforme restou demonstrado, é o de que a discussão é relativa à proteção de Direitos Humanos, tarefa constitucionalmente também atribuída ao STF. Trata-se apenas de reconhecer que “o centro da gravidade do desenvolvimento do direito (...), na nossa época, como em todo o tempo, não deve ser procurado nem na legislação, nem na doutrina, nem na jurisprudência, mas sim na sociedade ela própria” (EHRlich apud BOURDIEU,1989,p.241).

É necessário que a discussão pela descriminalização não se enfraqueça após uma eventual negativa do STF, o que pode acontecer devido ao caráter de obrigatoriedade do cumprimento das decisões emanadas nesta via e de os movimentos no Brasil se encontrarem no momento realizando suas apostas no campo judicial. Na hipótese de o Supremo Tribunal afastar a incidência da norma penalizadora, é preciso preparar-se para a possível resposta legislativa, que, se os resultados da presente pesquisa se concretizarem, virá – vide os projetos que tramitam, demonstrados no Capítulo 2 - principalmente tendo em vista a composição do Congresso a partir de 2019 e o conflito entre os poderes que tal decisão geraria.

Neste sentido, importante que o Supremo Tribunal Federal tenha realizado os dois dias de audiências públicas e ouvido cerca de 60 especialistas, contrários e a favor, tendo em vista que em outros países de experiência bem-sucedida de descriminalização, também ocorreu uma interação com diversos setores da sociedade.

Não é possível esquecer que a partir do ano de 2019 a Presidência da República será ocupada por um novo representante, o que, considerando o caráter político do órgão, deve influenciar no julgamento – e não apenas devido à influência indireta, mas também pela possibilidade de nomeação de novos ministros, devido à eminente saída dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que invariavelmente terão que se aposentar compulsoriamente nos próximos 04 anos.

Cumprido ressaltar, ainda, que na hipótese de a descriminalização ser realizada por dentro do

Judiciário, tendo em vista a necessidade de recursos e regulamentação, sua efetivação ainda necessitará da cooperação dos outros poderes. Os exemplos de direito comparado trazidos, apesar de válidos, devem ser analisados com cautela, conjuntamente aos momentos políticos dentro dos referidos países.

O debate pela descriminalização na Argentina, por exemplo, embora a proposta tenha sido rejeitada no Senado⁵, reacendeu as discussões, tornando o aborto pauta política, não somente naquele país, mas produzindo reflexos em toda a América Latina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O presente artigo realizou breves reflexões acerca do panorama da criminalização do procedimento de aborto voluntário no Brasil, traçando um perfil de como caminha a discussão no Judiciário e no Legislativo.

Constatou-se que o debate se encontra travado em direções opostas nos dois poderes, sendo que dentro do Poder Judiciário, ao menos até certo ponto, estão sendo realizadas discussões progressistas sobre o tema, enquanto o Legislativo tem demonstrado reações conservadoras aos avanços ocorridos naquele poder. A partir da análise dos dados colhidos, observa-se que na hipótese de o procedimento de fato ser descriminalizado pelo Supremo Tribunal Federal, possivelmente o Legislativo reagiria por meio de Projetos de Lei ou Propostas de Emendas Constitucionais.

Verificou-se, ainda, a partir do conceito de campo jurídico de Bourdieu, que o referido julgamento possivelmente sofrerá influência de outros campos, não sendo possível meramente a partir de uma análise jurisprudencial determinar o resultado do julgamento da ADPF 442, que pode levar muitos anos. Para além destas reflexões, observou-se que o debate sobre o tema em países que já descriminalizaram o procedimento foi marcado por avanços e retrocessos, sendo certo que existe ainda um longo caminho a se percorrer relativamente aos Direitos Reprodutivos no Brasil.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz –14ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 5069/2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1061163&filename=PL+5069/2013> Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL, Congresso Nacional. **Proposta de Emenda Constitucional 181/2015**. Altera a redação do Inciso XVIII do art.7º da Constituição Federal para dispor sobre licença-maternidade em caso de parto prematuro.

Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6FEBF3BF5768A2F564C3FE23335B8C2F.proposicoesWebExterno1?codteor=1586817&filename=Parecer-PEC18115-16-08-2017> Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**.Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=aborto&processo=54>>. Acesso em: 10. Out. 2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 124.306**. Relator Ministro Marco Aurélio.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 20. Out. 2018.

_____. Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum Saraiva. São Paulo, 2017

_____. Código Penal Revogado. Decreto-lei no 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm> Acesso em: 07 de out. 2018

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença C-355/06**. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>> Acesso em: 09 Ago. 2018

COUTO, CELY. Backlash: desvendando o contra-ataque antifeminista. Geledes. 2007. Disponível em:
<https://www.geledes.org.br/backlash-desvendando-o-contra-ataque-antifeminista/> Acesso em: 07 de out. 2018

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro ,v. 22,n. 2,p. 653-660, Feb. 2017 . Available from
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017000200653&lng=en&nrm=iso>. Access on 05 Out. 2018.

MONTEIRO, Rosa. (2012). **A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos**. 0.1139. *Análise Social*. 2182-2999.

MUNIZ, Mariana. **Audiência sobre aborto opõe STF e Legislativo e gera críticas sobre ativismo judicial**. Disponível em: <<https://www.jota.info/jotinhas/audiencia-aborto-stf-legislativo-ativismo-judicial-06082018>>. Acesso em: 07 de out. 2018.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Fundo de Populações. Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. 1994**. Disponível em:
<<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em: 05 Out. 2018.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração de Pequim adotada pela quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz**. 1995. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pekin.htm>>

PSOL. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 442**, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>> Acesso em 10 Out. 2018

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil** 3^a ed. Brasília: UNFPA; 2009.