



O ABORTO NO BRASIL E A ADPF 442

ABORTION IN BRAZIL AND ADPF 442

Gláucio Tavares Costa

Mestrando em Direito pela Universidad Europea del Atlántico. Graduado em Farmácia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Analista judiciário do Tribunal de Justiça potiguar.
e-mail: glauciocosta9099@gmail.com

José Herval Sampaio Júnior

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.
e-mail: hervaljunior@tjrn.jus.br

RESUMO: A prática do aborto no Brasil é reprimida por tipos penais editados no ano de 1940. Hodiernamente, as normas de criminalização do abortamento foram submetidas ao exame de constitucionalidade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 - ADPF nº 442, ação de controle concentrado de constitucionalidade que, ao entrar na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal - STF, provocou debates exaltados sobre a possível discriminação do aborto. O presente estudo visa a examinar os argumentos mais relevantes sobre a temática, considerando inclusive opiniões calcadas no senso comum e o papel do Congresso Nacional em tratar do assunto. Para tanto, o estudo foi realizado com base em pesquisas bibliográficas, assim como na análise de decisões prolatadas na ADPF nº 442, por meio das quais se conclui que o abortamento é um fato social trágico que acontece independentemente do julgamento das pessoas ou da proibição veiculada na norma positiva e que o efeito prático da criminalização do aborto é aumento do abortamento clandestino.

Palavras-chave: aborto; criminalização; constitucionalidade.

ABSTRACT: *The practice of abortion in Brazil is repressed by criminal offenses enacted in 1940. Currently, the rules criminalizing abortion were subjected to constitutionality examination in the Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept No. 442 (ADPF No. 442), action of concentrated control of constitutionality that, upon entering the judgment agenda of the Federal Supreme Court (STF), provoked heated debates about the possible discrimination of abortion. The present study aims to examine the most relevant arguments on the topic, including opinions based on common sense and the role of the National Congress in dealing with the issue. To this end, the study was carried out based on bibliographical research, as well as the analysis of decisions made in ADPF no. 442, through which it is concluded that abortion is a tragic social fact that happens regardless of people's judgment or prohibition, conveyed in the positive norm and that the practical effect of criminalizing abortion is an increase in clandestine abortion.*

Keywords: *abortion; criminalization; constitutionality.*

Submetido em: 10/04/2024 - Aprovado em: 28/08/2024

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 O ABORTO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; 3 O VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NA ADPF 442; 4 A REPRESSÃO PENAL À PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL; 5 A PROIBIÇÃO CAUSA MAIS ABORTAMENTOS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os debates sobre a descriminalização do aborto voltaram à pauta no mês de setembro do ano passado, ensejando exaltadas discussões, eis que o Supremo Tribunal Federal (STF) inseriu no rol de julgamentos em sessão virtual do dia 22/09/2023 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 (ADPF 442). No encontro virtual daquela data, a ministra Rosa Weber, na época presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), antes de se aposentar, votou pela descriminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), nas primeiras 12 semanas de gestação.

Entretanto, o julgamento foi suspenso por pedido de destaque do ministro Luís Roberto Barroso e, com isso, em razão de muita pressão política da ala conservadora do Congresso Nacional e da sociedade civil, a ação foi novamente engavetada, não havendo previsão de data para a sua resolução.

2 O ABORTO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O aborto (de *ab-ortus*) consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto, ao passo que arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, prevista no artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição de 1988, proposta exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo é evitar, ou reparar, lesão a preceito fundamental estabelecido pela Constituição, resultante de ato do poder público, ou então questionar a constitucionalidade de alguma norma que, supostamente, desrespeite tal preceito.

A referida ação constitucional nº 442 foi apresentada em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, com suporte técnico da Anis – Instituto de Bioética, na qual se objetiva que o aborto realizado por vontade da gestante deixe de ser crime até a 12ª semana de gestação. Questiona-se a constitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam o aborto, mesmo se feito com consentimento da gestante. Na prática, eventual declaração de inconstitucionalidade das mencionadas normas penais corresponde a descriminalização do aborto realizado até a 12ª semana de gestação.

Trata-se, efetivamente, instigar a jurisdição constitucional a interpretar as normas dos tipos penais dos artigos 124 e 126 do Código Penal, conforme os preceitos constitucionais, uma vez que, na ótica do PSOL, “a criminalização do aborto viola os direitos à dignidade, à cidadania, à não-discriminação, à vida, à igualdade, à liberdade, direito de não sofrer tortura ou tratamento desumano, degradante ou cruel, direito à saúde e ao planejamento familiar” (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2023), gama de direitos assegurados tanto pela Constituição, bem como por tratados internacionais sobre Direitos Humanos, admitidos pelo Brasil.

3 O VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NA ADPF 442

Consoante registrado na página de notícias do Supremo Tribunal Federal, no voto emitido na ADPF 442, a ministra Rosa Weber ponderou que as normas tipificadas nos arts. 124 e 126 do Código Penal são incompatíveis com a atual Constituição Federal. A magistrada considerou desproporcional impingir uma pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão para a gestante, nas hipóteses em que a própria mulher provoca o aborto em si mesma ou consente que outrem proceda o abortamento.

A matéria jornalística¹ publicada no site da Corte Constitucional no dia 22/09/2023 registra que:

A ministra ressalta que o debate jurídico sobre aborto é “sensível e de extrema delicadeza”, pois suscita “convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica.” Apesar dessas conotações discursivas, porém, Rosa Weber considera que a criminalização do aborto voluntário, com sanção penal à mulher e ao profissional da medicina, “versa questão de direitos, do direito à vida e sua correlação com o direito à saúde e os direitos das mulheres...”

Um dos pontos destacados pela ministra é que a falta de consenso sobre o momento do início da vida é fato notório, tanto na ciência quanto no campo da filosofia, da religião e da ética. Para Rosa Weber, o argumento do direito à vida desde a concepção como fundamento para a proibição total da interrupção da gestação, como defendem alguns setores, “não encontra suporte jurídico no desenho constitucional brasileiro”.

Ela lembra que a discussão sobre direito à vida e suas formas de proteção não é nova no Supremo: ela esteve presente tanto no julgamento da Lei de Biossegurança (ADI 3510), sobre o uso de embriões humanos para pesquisas com células-tronco, quanto no da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54). Nesse julgamento também foi debatida a liberdade reprodutiva e a autonomia da mulher na tomada de decisões...

O Estado, portanto, segundo a ministra, tem legítimo interesse (e deveres) na proteção da vida humana configurada no embrião e no nascituro conforme a legislação civil, por exemplo. Todavia, essa proteção encontra limites no Estado

¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso. Notícias do STF, 22/09/2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1#:~:text=Ela%20C3%A9%20a%20relatora%20da,22\)%2C%20em%20sess%C3%A3o%20virtual](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1#:~:text=Ela%20C3%A9%20a%20relatora%20da,22)%2C%20em%20sess%C3%A3o%20virtual). Acesso em: 26 de novembro de 2023.

constitucional, e a tutela desse bem não pode inviabilizar, a priori, o exercício de outros direitos fundamentais também protegidos pela legislação nacional e tratados internacionais de direitos humanos, incluindo-se os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres...

A ministra destacou que, em diferentes países onde o aborto foi descriminalizado, houve redução do número de procedimentos, associada à ampliação do uso de métodos contraceptivos. Após citar vários dados e casos julgados em outros países, ela concluiu que há uma tendência contemporânea do constitucionalismo internacional de considerar o problema da saúde sexual e reprodutiva das mulheres como uma questão de saúde pública e de direitos humanos. A principal nota é a interdependência dos direitos - à liberdade e à vida digna em toda sua plenitude, física, mental, psicológica e social (Notícias do STF, 2023).

A ministra Rosa Weber assinalou na presença de valores constitucionais em conflito, o julgador deve ter em mira o princípio constitucional da proporcionalidade, ao reprimir com encarceramento a prática do aborto.

Sobre a missão do STF para tratar sobre a questão da descriminalização do abortamento, a ministra Rosa Weber explicou que muito embora o Congresso Nacional ostente a competência de editar normas sobre a temática, o Poder Judiciário tem a incumbência, constitucionalmente estabelecida, de se pronunciar sobre toda matéria que represente lesão ou ameaça a direitos.

4 A REPRESSÃO PENAL À PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL

Aborto é crime no Brasil, no entanto, “a legislação permite que o aborto seja realizado apenas em casos de estupro, com risco à vida da mãe ou anencefalia” (Magalhães, [s.d]).

As normas incriminadoras do aborto são previstas nos artigos 124 a 127 do Código Penal²:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 de julho de 2023.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

No Brasil, “admite-se duas espécies de aborto legal: o terapêutico ou necessário e o sentimental ou humanitário” (Morais, 2008). A legislação penal brasileira estabelece, por outro lado, as normas que permitem, extraordinariamente, o aborto:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Poder Judiciário tem permitido a realização do aborto em alguns casos de feto anencéfalo (feto sem cérebro), sendo que, desde 1993, de acordo com Pretel (2021), foram concedidos mais de 350 alvarás para a realização de aborto de crianças mal formadas.

Por ser uma prática ilegal, há escassez de dados sobre o tema no Brasil. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), são realizados cerca de 25 milhões de abortos inseguros por ano em todo o mundo, não sendo no Brasil diferente, pelo contrário, acredita-se que essa prática é muito comum e pouco coibida em termos formais (Jota, 2022).

A Pesquisa Nacional do Aborto de 2016, realizada pelo Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e pela Universidade de Brasília (UnB) é um dos principais documentos sobre o tema no país, e mostrou que, em 2015, 503 mil mulheres fizeram um aborto no Brasil, uma média de 1.300 mulheres abortando por dia, 57 por hora (Jota, 2022).

Interessante dado quantitativo sobre a prática de aborto no Brasil é referenciado no artigo “ADPF 442: descriminalizar para não matar”(Curzi e Ferreira, 2023), publicado no Conjur em 22/09/2023, que menciona:

Segundo apontado por pesquisa da UnB (Universidade de Brasília) e pela Anis, a maioria das pessoas que optam por interromper a gravidez no Brasil hoje é casada, já possui filhos e professa uma religião. E estima-se que 1 milhão de procedimentos são feitos por ano no Brasil” (Curzi e Ferreira, 2023).

No Brasil, a opinião pública sobre o aborto mostra que a maioria dos brasileiros é contra a descriminalização da prática.

Pesquisa Datafolha de janeiro de 2019 mostrou que 41% acredita que a interrupção voluntária da gravidez deveria ser totalmente proibida, enquanto 34% respondeu que a regra deve continuar como é atualmente. Para 16%, deveria ser permitido em mais situações (Jota, 2022).

Em 2015, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 29 no Senado Federal, que busca inserir na Constituição a expressão “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção” como garantia fundamental. Ela foi arquivada em 2018, mas em fevereiro de 2019 foi desarquivada e voltou a tramitar e chegou a ser debatida na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Casa. Entretanto, não chegou a avançar: está parada desde maio de 2020 aguardando um novo relator (Jota, 2022).

Iniciado o julgamento da ADPF 442 no Congresso Nacional, a ignorância sobre o tema têm sido utilizada por políticos populistas como instrumento de exaltação das massas, especialmente de pessoas engajadas em discursos marcados pela moral religiosa judaico-cristã, contra o debate sobre a possível descriminalização do aborto. Nesse eito, as vozes tidas como conservadoras levantaram-se, apontando quem entende ser favorável à descriminalização do aborto, como assassinos de criancinhas, o que é absurdo dentro da discussão técnica ora trazida.

Com todo respeito a quem pensa em contrário – e o debate desse tema e de muitos outros polêmicos é salutar numa democracia – não podendo se virar o olhar sob as lentes da polarização, pois o assunto é técnico e deve ser inclusive aprofundando no Congresso Nacional, espaço correto para discussão de temas como o ora discutido.

O debate público sobre o assunto é acalorado e campo fértil para muitos oportunistas e hipócritas aproveitarem-se da ignorância das pessoas, daí a defesa de que o tema deve ser discutido muito além do Supremo Tribunal Federal, que por força da referida ação cumpre seu mister constitucional, contudo a arena correta para o debate, sem sombra de dúvidas, é o Congresso, mesmo que hoje essas discussões estejam muito polarizadas.

5 A PROIBIÇÃO CAUSA MAIS ABORTAMENTOS

Na verdade, apesar de contraditório, a criminalização/proibição do aborto provoca, na prática, mais abortamentos, posto que repele meninas e mulheres grávidas do sistema de saúde e assistência social, onde poderiam encontrar apoio para desistirem do aborto. Ao revés, tais mulheres em condições de vulnerabilidade são compelidas à insegurança da clandestinidade, ocasionando invariavelmente mutilações e mortes das mulheres sujeita a abortos à míngua de informação, de instrução, de atendimento médico adequado.

Por esta razão, a Organização Mundial de Saúde recomenda a descriminalização do aborto como política fundamental de saúde pública (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2023). De fato, a não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo.

Caso descriminalizado o aborto:

o Brasil se juntará à Argentina, à Colômbia, ao México, ao Reino Unido, à França, à Alemanha, à Espanha, à Austrália e a muitos outros países nos quais a interrupção de uma gestação não desejada pode ser feita legalmente e com segurança, no sistema de saúde. Esta aprovação poderia ainda reduzir o índice de mortalidade materna no país, visto que, segundo o Ministério da Saúde, a cada 2 dias uma brasileira morre em decorrência de um aborto inseguro (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2023).

Nessa moldura, é de se concluir que o abortamento é um fato social trágico que acontece independentemente do julgamento das pessoas ou da proibição veiculada na lei positiva e que a medida de descriminalização do aborto não consiste em ser contra a vida, consoante apregoadado por discursos moralistas, que se alimentam da ignorância de muitas pessoas sobre a temática. Ao contrário, a descriminalização do aborto consiste em permitir o acesso às mulheres vulneráveis ao sistema de saúde pública, preservando a vida e a saúde das mulheres, além de possibilitar que o aparato do Estado, por intermédio do sistema de saúde e de assistência social, possa garantir a saúde das mulheres e eventualmente dissuadir dada gestante ao abortamento, propiciando o nascimento de uma vida, que na situação atual de criminalização encontra-se fadada ao aborto clandestino.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 de setembro de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso. Notícias do STF, 22/09/2023. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1#:~:text=El%20a%20C3%A9%20a%20relatora%20da,22\)%2C%20em%20sess%C3%A3o%20virtual](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1#:~:text=El%20a%20C3%A9%20a%20relatora%20da,22)%2C%20em%20sess%C3%A3o%20virtual). Acesso em: 26 de novembro de 2023.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. STF vai julgar ação que pede descriminalização do aborto no Brasil até a 12ª semana de gestação. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/stf-vai-julgar-acao-que-pede-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil-ate-a-12a-semana-de-gestacao/>. Acesso em: 21 de setembro de 2023.

CURZI, Yasmin e FERREIRA, Giullia M. Thomaz. ADPF 442: descriminalizar para não matar. Consultor Jurídico, 22/09/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-22/curzie-ferreira-adpf-442-descriminalizar-nao-matar/>. Acesso em: 26 de novembro de 2023.

JOTA. Aborto no Brasil: a legislação sobre interrupção de gravidez e os dados oficiais, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/aborto-no-brasil-a-legislacao-sobre-interruptao-de-gravidez-e-os-dados-oficiais-17052022>. Acesso em: 08 de julho de 2023.

MAGALHÃES, Lana. Aborto no Brasil. Toda Matéria. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/aborto-no-brasil/>. Acesso em: 08 de julho de 2023.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. Saúde da Mulher. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6. Acesso em: 08 de julho de 2023.

PRETEL, Mariana. Breves Considerações sobre o Aborto no Brasil. OAB 148ª Subseção de Santo Anastácio. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos-publicados-no-jornal-noticias-paulistas/breves-consideracoes-sobre-o-aborto-no-brasil>. Acesso em: 08 de julho de 2023.