

**NEM PRESA, NEM MORTA: A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO
COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS
À LUZ DA ADPF 442**

**NEVER PRESSED OR DEAD: THE CRIMINALIZATION OF
ABORTION AS A VIOLATION OF HUMAN AND FUNDAMENTAL
RIGHTS IN THE LIGHT OF ADPF 442**

Marina Schuwarten Furbino de Pinho¹

Faculdade Estácio de Vitória-ES / Brasil

Ronaldo Figueiredo Brito²

Universidade Estácio de Sá – UNESA

Sátina P. Marcondes Pimenta³

Faculdade Estácio de Vitória-ES / Brasil

Resumo

O aborto no Brasil, salvo raras exceções, é considerado crime contra a vida, mas indaga-se: contra a vida de quem? O presente artigo científico visa explorar a hipótese da ADPF 442 de que a criminalização do aborto viola direitos e preceitos fundamentais, bem como está em dissonância com obrigações internacionais que o Estado brasileiro assumiu, com base em evidências de que o abortamento é um evento normal e recorrente na vida da mulher brasileira, o que significa que a proibição legal não vem sendo eficaz ao coibir a prática e tutelar a vida do embrião, portanto, não sendo o melhor enfrentamento à questão. A metodologia proposta para isto foi a pesquisa exploratória baseada em revisão bibliográfica, analisando pormenorizadamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, Pesquisa Nacional de Aborto 2010 e 2016, artigos científicos, doutrinas e a própria legislação brasileira. Conclui-se que o tema deve ser tratado como questão de saúde pública à luz dos direitos fundamentais da mulher, bem como sob a ótica dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a descriminalização do aborto não é apenas possível, mas estritamente necessária.

Palavras-chave: Aborto; Direitos humanos; Direitos sexuais e reprodutivos; Preceitos Fundamentais; Tratados internacionais.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio de Vitória – ES. E-mail: marinaschuwartenf@gmail.com.

² Mestre em Direito na linha de pesquisa Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela Gama Filho e Especialista em penal e processo penal. E-mail: figueiredobrito@live.com

³ Advogada, pós-graduada em Direito Público e em Saúde e Intervenção Psicossocial; Mestre em Administração com ênfase em Gestão de Pessoas (Fucape Business School). E-mail: satinapm@gmail.com

Abstract

Abortion in Brazil, with rare exceptions, is considered a crime against life, but it is asked: against whose life? This scientific article aims to explore the hypothesis of ADPF 442 that the criminalization of abortion violates fundamental rights and precepts, as well as being in dissonance with international obligations that the Brazilian State has assumed, based on evidence that abortion is a normal and recurrent in the life of Brazilian women, which means that the legal prohibition has not been effective in restraining the practice and protecting the life of the embryo, therefore, it is not the best way to face the issue. The proposed methodology for this was exploratory research based on a bibliographic review, analyzing in detail the Statement of Noncompliance with Fundamental Precept No. 442, National Abortion Survey 2010 and 2016, scientific articles, doctrines and Brazilian legislation itself. It concludes that the issue should be treated as a public health issue in the light of the fundamental rights of women, as well as from the perspective of international human rights treaties. Thus, decriminalization of abortion is not only possible, but strictly necessary.

Keywords: Abortion; Human rights; Sexual and reproductive rights; Fundamental Precepts; International treaties.

1 INTRODUÇÃO

A interrupção voluntária da gravidez – ou simplesmente aborto – é, historicamente, alvo de discussão no cenário mundial por todas as questões que o tema arraiga. No Brasil, é considerado crime contra a vida e está tipificado no Código Penal de 1940 nos artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro, exceto raras exceções.

Contudo, a prática do aborto é um evento recorrente na realidade da mulher brasileira, logo, a proibição legal não vem cumprindo seu papel de inibir a prática, não sendo o melhor enfrentamento ao problema, visto que leva mulheres à práticas ilegais e inseguras, as quais resultam em mortes que poderiam ser evitadas.

Ao cercear o direito ao aborto legal e seguro, o Brasil está violando os direitos humanos da mulher e preceitos fundamentais, à luz da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Conseqüentemente, quebrando tratados internacionais de direitos humanos do qual é signatário. Limitando basicamente o destino das mulheres em gravidez compulsória, morte ou prisão.

Muita discussão permeia o tema, mas ainda carece de mais estudos em âmbito nacional. Prova disso é que no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES há apenas 87 trabalhos na área do Direito que abordam a temática. O texto jurídico

mais atualizado e de maior relevância é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), que é de 2017. Portanto, a necessidade da produção científica acerca do tema é imprescindível, visto que ainda há divergências acerca do melhor enfrentamento do problema.

Para compreender a lógica da possibilidade que há descumprimento de direitos humanos da mulher e preceitos fundamentais, bem como tratados internacionais ao proibir mulheres de abortar, este trabalho tem como fundamento uma pesquisa exploratória baseada em revisões bibliográficas em fontes primárias e secundárias, utilizando-se de pesquisas, doutrinas, matérias jornalísticas, tratados internacionais, artigos científicos, a própria legislação brasileira, e especialmente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 e a Pesquisa Nacional de Aborto 2010/2016.

O presente trabalho de conclusão de curso inicia-se com um capítulo para um breve conceito de aborto e análise da Pesquisa Nacional de Aborto 2010/2016, que traz em seus dados a magnitude do aborto no Brasil, após, passa-se a elucidar direitos humanos e preceitos fundamentais; depois a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, abordando a Emenda Constitucional 45/04; cita as normativas internacionais vinculantes e não vinculantes e, por fim, explora afundo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, que contextualiza os outros pontos abordados no trabalho.

Assim, será possível observar o deslinde da hipótese da criminalização do aborto violar direitos e preceitos fundamentais, bem como o descumprimento de obrigações internacionais à luz da ADPF 442.

2. MAGNITUDE DO ABORTO NO BRASIL

2.1 DEFINIÇÃO

O conceito de aborto para a Organização Mundial de Saúde (OMS) é a interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, isto é, antes de o feto se tornar viável para vida extrauterina. Já a definição do termo viabilidade varia

de país para país, podendo também variar o tempo gestacional mínimo entre 20 a 28 semanas, e de peso fetal mínimo de 400 a 1.000 gramas.

Cabe mencionar que embrião é o desenvolvimento celular de um óvulo fecundado por um espermatozoide até 8 semanas após a fertilização. Feto é o termo usado para designar esse desenvolvimento celular a partir de 8 semanas de gravidez até o nascimento ou aborto (ZEGERS-HOCHSCHILD *et al*, 2009).

O aborto é um tema extremamente atual e se faz necessário ampliar o debate jurídico e discutir sua situação no Brasil, por mais que seja delicado por todas correntes morais e legais que são intrínsecas à temática.

As raras hipóteses em que o aborto é autorizado pela legislação brasileira são: aborto necessário (quando há risco de vida para a mãe), aborto no caso de gravidez resultante de estupro e aborto em casos de feto com anencefalia (entendimento consolidado pela ADPF 54). Contudo, a maioria dos abortos não são oriundos das exceções legitimadas, como será demonstrado mais adiante.

Logo, é imprescindível que haja uma análise da criminalização e suas consequências, sobretudo na vida das mulheres, pois a tipificação em si não inibe a prática. Conforme Maria Berenice Dias (2010):

Urge que assuma o Estado sua função de preservar a vida e a dignidade do cidadão - no caso, das cidadãs -, pois a clandestinidade em que o abortamento é realizado, transformando mulheres e adolescentes em criminosas, com certeza não tem tido o efeito esperado, de coibir ou impedir que sejam realizados.

2.2 PESQUISA NACIONAL DE ABORTO 2010 E 2016

O aborto é uma prática recorrente e que precisa ser reconhecida, embora não haja dados oficiais em razão da sua ilegalidade. Porém, é possível encontrar um recorte verossímil dessa realidade na Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), realizada em 2010 e 2016, pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS). O objetivo da PNA (2010, p. 961) é:

oferecer dados sobre aborto no Brasil, a fim de subsidiar ações de saúde pública para as mulheres em idade reprodutiva e fornecer informações necessárias para o desenho de novas sondagens do tipo e parâmetros para estimativas indiretas.

Ambas as pesquisas têm como base de metodologia um levantamento domiciliar que mistura duas técnicas sequenciais: a de urna e a entrevistas face-a-face. Foram entrevistadas 2.002 mulheres alfabetizadas com idade entre 18 e 39 anos em domicílios aleatórios do Brasil urbano.

Os resultados da pesquisa demonstram, em seus dados, que passar por um aborto é um evento frequente na vida da mulher brasileira, sem distinção de raça, classe social, escolaridade ou religião. No entanto, os níveis são mais altos quando falamos de mulheres pretas, pardas e indígenas, com escolaridade baixa e residentes nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Importante salientar que os números da pesquisa se referem a mulheres que já abortaram e não ao número de abortos; pois se fosse o caso de contabilizar os abortos, este número seria superior, não apenas pelo fato de uma mulher poder abortar mais de uma vez na vida, mas também porque mulheres analfabetas e de áreas rurais não foram abrangidas na pesquisa em questão.

Das mulheres entrevistadas na PNA 2010, 15% já fez um aborto, na PNA 2016, 13%. A pequena variação está dentro da margem de erro. Entre 35 a 39 anos, a taxa é de 18% e sobe para quase 19% quando tratamos de mulheres entre 38 e 39 anos, observando, assim, que as mulheres de maior faixa etária possuem maiores taxas de aborto. Metade das mulheres usaram medicamento como forma de realização do aborto, sendo o principal Misoprostol (conhecido popularmente como Citotec). Os números comprovam que quase uma em cada cinco mulheres fez, pelo menos, um aborto na vida. Em 2015, quase meio milhão de abortos ocorreram⁴.

⁴ Considerando os dados da PNAD 2014, o total de mulheres alfabetizadas na faixa etária de 18 a 39 anos na data de 27 de setembro de 2014 no Brasil urbano era o equivalente a 30.845.065, sendo correspondente a 83% das mulheres do Brasil. Ao multiplicar este número pelas taxas de aborto oriundas na PNA 2016 (mais exatamente, 12,54% alguma vez e 1,35% em 2015), o número de mulheres alfabetizadas e residentes na área urbana, com 18 a 39 anos que, no ano de 2014, já fez aborto uma vez seria de cerca de 3,9 milhões. Assim, por aproximação, o número dessas mulheres que fez aborto em 2014 seria de 416 mil.

É possível extrair da pesquisa o perfil da mulher que aborta, uma vez que são coletadas características das entrevistadas. Observando tais particularidades, constata-se que, contradizendo o estereótipo, é o perfil de uma mulher comum: de todas as idades, casadas ou solteiras, que são mães hoje, de todas as religiões, que trabalham ou não, de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis de escolaridade e regiões do país.

2.3 COMPARATIVO ENTRE 2010 E 2016

A PNA foi realizada no ano de 2010 e 2016, com a mesma metodologia e público-alvo. Ademais, não foi identificada mudança brusca entre os dados de ambas, e isso comprova que os resultados são desenhos verossímeis, o aborto é uma prática que faz parte da vida reprodutiva das mulheres e não algo momentâneo; também comprova “que a estrutura de determinantes sociais do aborto é estável, isto é, que os determinantes são características da população que pouco se alteram” (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 656).

Portanto, comparando as duas pesquisas, a constância dos resultados indica que o aborto é um fenômeno presente e normal na vida reprodutiva das mulheres brasileiras. Além disso, a maioria dos abortos não diz respeito às hipóteses legitimadas, e conseqüentemente, não tem o devido acompanhamento médico. Sendo assim, o aborto torna-se um problema de saúde pública nacional, e não de segurança ou justiça, como é tratado atualmente, sob a perspectiva moral e religiosa. Segundo Maria Berenice Dias “a questão deixou de ser penal. Tornou-se uma grande questão social pois a clandestinidade em que é realizado põe em risco a vida de milhões de mulheres” (2009). A mesma autora, neste mesmo sentido, afirma que:

Dizer que um ato é um crime não coíbe sua prática, não podendo o Estado deixar de cumprir sua função de controlar a sociedade e assegurar a vida de todos. Ao optar pela preservação da vida de um embrião, deixou de garantir a vida das mulheres, limitando-se simplesmente a ignorar que a interrupção da gravidez indesejada continua a ser realizada. Portanto, ter criminalizado sua prática não bastou para impedir que continue a ser levado a efeito, mas em condições adversas, face à falta de controle estatal.

Ademais, neste contexto evidenciado pela PNA, corroborando o que já foi exposto e confirmando a importância da questão para a saúde pública do Brasil, o Ministério da Saúde elaborou uma cartilha, na qual reúne 20 anos de estudos a respeito da temática, na qual elucida que (2009, p. 13):

Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro. O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública”. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas.

Logo, a criminalização apresenta efeitos nocivos, pois, como já dito anteriormente, a proibição legal não vem cumprindo com o papel de inibir a prática, como o texto da ADPF 442 (2017, p. 57) explica:

A criminalização do aborto não é medida adequada nem necessária para alcançar tal finalidade, já que não coíbe a prática nem promove meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto, que exigem educação sexual integral, acesso a métodos contraceptivos adequados, combate à violência sexual e fortalecimento da igualdade de gênero.

Isto é, não está sendo capaz de reduzir os números de abortos praticados, impedindo que mulheres tenham acesso a fazer o procedimento de forma segura, a um planejamento familiar e a outros direitos.

3. DIREITOS HUMANOS E PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Como dito anteriormente, o aborto não deve ser tratado meramente como uma questão penal, ou seja, é necessário explorar outras perspectivas deste fato social. É o que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propõe, ao entender que a criminalização do aborto fere preceitos fundamentais, além de violar obrigações internacionais de direitos humanos. Neste capítulo haverá a melhor elucidação de parte dessas perspectivas.

3.1 DIREITOS HUMANOS E O CONTEXTO HISTÓRICO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Inicialmente, insta salientar que, como leciona Hannah Arendt: “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução” (1979). Desta forma, devemos encarar os direitos humanos como em constante progresso e compreender que há uma pluralidade de significados, onde será exposta a concepção contemporânea e sua linearidade temporal no âmbito internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948. Essa declaração tem como escopo garantir os direitos básicos de qualquer indivíduo, respeitando dois princípios fundamentais: universalidade e indivisibilidade, como preconiza em seu artigo 2^o. Introduzindo, assim, uma concepção contemporânea de tais direitos.

Este documento cabe como objeção à todas mazelas vividas pela humanidade na Segunda Guerra Mundial, principalmente pelo nazismo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU), definitivamente é o ponto inicial para a proteção internacional dos direitos humanos, onde este passa a ser tratado internacionalmente e não como mero assunto interno em cada país. Logo, a obrigação de respeitar os direitos humanos e fazer o necessário para protegê-los, vincula os Estados à comunidade internacional, aceitando, assim, intervenções e controle desta mesma comunidade (TAIAR, 2009).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos basicamente se divide em duas fases (PIOVESAN, 2005). Na primeira, há a busca pela igualdade formal, havendo grande preocupação sob a ótica da proteção geral, trazendo apreensão com as diferenças, uma vez que elas embasaram a violação de vários

⁵ Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição

direitos fundamentais durante a Segunda Guerra Mundial. Porém, tratar os indivíduos de forma abstrata começa a ser insuficiente, sendo necessária a especificação de cada um para que possamos compreender suas particularidades e, assim, conseguir determinar respostas específicas para violações que também são específicas, porque “determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada” (PIOVESAN, 2005). Com isso, surge a segunda fase e a busca pela igualdade material, respeitando o direito à diferença,

Neste contexto, Norberto Bobbio diz que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (1988, p. 19). Logo, os Estados não só tem a obrigação de assegurar que não haja violações aos direitos, bem como devem ser responsáveis pela prevenção e eventuais reparações, gerando uma prestação estatal a fim de que os direitos humanos sejam respeitados.

3.2 DIREITOS HUMANOS DA MULHER

A mulher sempre teve seu corpo, sexualidade e reprodução controlados pela sociedade, pela igreja, pelo Estado (CORREA; ÁVILA, 2003). Com o passar do tempo, as violações dessas individualidades específicas sem paralelos masculinos foram se tornando pautas do movimento feminista (MATTAR, 2008). Laura Davis afirma que “sem direitos humanos "exclusivos" de seu gênero, ficaram muito tempo sem regulação estatal direitos humanos fundamentais das mulheres, como é o caso dos reprodutivos” (2008), isto posto, é necessário que haja uma estrutura específica de direitos.

Assim, com alguns avanços, os direitos das mulheres foram sendo incorporados pelos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, mesmo com a necessidade de reinterpretação dos mesmos, vez que é indispensável uma outra perspectiva para as necessidades específicas das mulheres (BUTEGWA, 1995).

Não há direitos humanos sem que haja a estrita observância dos direitos das mulheres, visto que essas são metade da população mundial, de forma que se elas não exercem os direitos mais fundamentais em iguais condições, não há que se falar em direitos humanos. Conclui-se que os direitos humanos da mulher são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, como a Declaração e Programa de Ação da 2ª Conferência Internacional de Direitos Humanos destaca (VIENA, 1993). Afinal, “sem as mulheres os direitos não são humanos”⁶.

Segundo a autora Flávia Piovesan, há três questões centrais que o movimento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres se baseou: “a) a discriminação contra a mulher; b) a violência contra a mulher e c) os direitos sexuais e reprodutivos” (2004). Irá ser destrinchado o item c, principalmente sob a ótica da questão abortiva.

3.2.1 Direitos sexuais e reprodutivos

Os papéis sociais exercidos eram (e de certa forma ainda são) delimitados por características biológicas, sendo a inteligência ligada ao masculino e a sensibilidade ao feminino. Assim, se consolida a função reprodutiva historicamente atribuída à mulher, onde na "mulher feita para ser mãe (ter um útero significa parir) via-se uma correspondência perfeita entre atributos físicos e funções sociais" (GIFFIN, 1991, p.191). Deste modo, o exercício da sexualidade da mulher limitava-se a finalidade reprodutiva, então, a demanda por tais direitos está intimamente ligada à necessidade das mulheres terem controle sob os próprios corpos (MATTAR, 2012b)

O aborto visto como crime enseja a violação dos direitos sexuais e reprodutivos (ADPF 442, 2017), mas estes devem ser tratados de forma autônoma, para melhor compreensão, como se verá a seguir.

⁶ Lema da campanha internacional em prol de uma Declaração Universal de Direitos Humanos sob a perspectiva de gênero, lançada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), em 1998.

O direito de exercer livremente sua sexualidade (seja ela qual for), com quem deseja expressá-la, sem constrangimento ou discriminação entende-se como direitos sexuais. Por sua vez, os direitos reprodutivos sustentam-se na capacidade de cada um poder organizar sua vida reprodutiva, podendo escolher ou não ter filhos, quantos, com quem, ter acesso a educação sexual, a um planejamento familiar, a métodos contraceptivos e a tratamentos de fertilidade (ÁVILA, 2003).

A necessidade de se tratar essas duas categorias de forma autônoma se deve ao fato que há uma interdependência entre ambas, pois uma está intimamente vinculado à outra, mas, apesar desta interdependência, deve ser possível relacioná-los com o restante das categorias do direito e da vida social. Desta forma, a desvinculação entre ambos é necessária para que sua compreensão seja ampliada, mas sem impedir a conexão entre eles.

3.2.2 Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos

Para estudá-los de forma pormenorizada, é indispensável entender o panorama que levou os direitos sexuais e reprodutivos a serem equiparados aos direitos humanos.

Em 1975, no México, aconteceu a primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, e a partir de reivindicações do movimento de mulheres, no ano de 1979 é aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que atualmente conta com 165 Estados-partes (incluindo o Brasil). Tal convenção teve como objetivo eliminar a discriminação e assegurar a liberdade da mulher. Para isso, não bastaria apenas a obrigação negativa, no sentido de impedir que a discriminação ocorra com mera norma repressiva; é preciso que haja obrigação positiva, de modo que o Estado promova ações afirmativas (como políticas públicas) que assegurem e promovam de fato essa equidade entre os gêneros (MATTAR, 2012a).

O art. 1^o⁷ da Convenção traz o conceito do que seria a discriminação contra a mulher, ou seja, qualquer situação que venha a impedir a mulher a exercer livremente seus direitos e garantias fundamentais em igual condições. O art. 12^o⁸ já faz menção ao que agora conceituamos como direitos reprodutivos, pois busca a igualdade entre gêneros na saúde, vida reprodutiva e no planejamento familiar.

Contudo, a Convenção adotou o sistema de relatórios, onde caberia aos Estados enviarem relatórios sobre a implementação das medidas sob a vertente repressiva (eliminar a discriminação) e a vertente promocional (assegurar o acesso aos direitos), que eram enviados ao Comitê, conhecido como CEDAW⁹. Acontece que a sistemática de monitoramento dos relatórios é falha no sentido de garantir que os Estados estejam cumprindo com o que se comprometeram internacionalmente a fazer (PIOVESAN, 2004).

Então, em 1999 foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, incluindo dois mecanismos para melhor monitoramento e fiscalização internacional dos direitos humanos das mulheres (PIOVESAN, 2004):

- a) o mecanismo da petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e b) um procedimento investigativo, que habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres.

Assim, fora estabelecido as primeiras noções internacionais acerca dos direitos reprodutivos, os quais foram ratificados em duas declarações com grande valor jurídico, em específico: o Plano de Ação da Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim

⁷ Artigo 1^o - Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

⁸ Artigo 12 - 1. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.

⁹ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.

de 1995. Na primeira, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos; já na segunda, confirmaram tal reconhecimento.

Por conseguinte, a Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo trouxe também em seu teor os direitos sexuais, quando defende que mulheres têm o direito de controle sob sua sexualidade e à saúde tanto sexual quanto reprodutiva, podendo decidir livremente sobre o exercício da maternidade.

Nesse sentir, o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo (Egito, 1994) preconiza que “os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais” e a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995) em seu parágrafo 96 diz que “os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência”.

Por fim, é certo que há outras linearidades temporais acerca do surgimento e construção conceitual e conferências, convenções e tratados que versaram acerca dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos das mulheres no âmbito internacional, os quais a ADPF 442 menciona em seu teor, inclusive os quais o Brasil é signatário, que também serão explanados em capítulo posterior.

3.3 PRECEITOS FUNDAMENTAIS

O legislador brasileiro não trouxe o conceito do que é preceito fundamental no texto normativo, logo, “não há uma categoria genérica e diretamente denominada como ‘preceitos’, encontrável nas várias classificações tipológicas apresentadas pelos mais diversos autores” (TAVARES, 2001, p. 116). Desta forma, se fez necessário recorrer a interpretações.

O Ministro Gilmar Mendes (2016, p. 1327) afirmou que em relação as interconexões e interdependências dos princípios e regras

Talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

Já o Ministro Eros Roberto Grau, em seu voto na ADPF 33, foi claro ao manifestar que “preceito é princípio e regra; ou seja, preceito ou norma é gênero, espécies são princípios e regras”.

Também não há um rol taxativo de quais são os preceitos fundamentais. Nesse sentir, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, afirmando que “compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”. No entanto, apesar de já ter reconhecido algumas normas constitucionais como preceitos, não decidiu ainda acerca de um conceito ou rol.

Há um certo conjunto de normas que necessariamente integram o domínio dos preceitos fundamentais (BARROSO, 2006), um exemplo são os direitos fundamentais, “o que incluiria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e ss.)” e “todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º)” (BARROSO, 2006, p. 250). O texto da ADPF 442 explica melhor essa situação, defendendo que a “interpretação extensiva sobre os preceitos cabíveis de arguição é condizente com a previsão constitucional de proteção a lesões a direitos fundamentais por meio de ADPF”, já que a Constituição não elenca um rol taxativo.

3.3.1 A criminalização do aborto como violação de direitos humanos das mulheres e preceitos fundamentais

Conforme já explicitado, o direito ao aborto livre e seguro está intimamente ligado aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres (direito humano), dentre outros. Por conseguinte, também resta demonstrado que “a criminalização do aborto é absolutamente incompatível com a garantia de assistência plena à saúde e à vida das mulheres” (TORRES, 2018).

Além disso, a ADPF 442 fundamenta parte da sua tese na violação de preceitos fundamentais, quais sejam: da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º). Tais violações serão melhores analisadas mais à frente em capítulo específico.

O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas redigiu recentemente um documento, no qual reconhece que o acesso à saúde sexual e reprodutiva – e conseqüentemente ao aborto – é um direito humano. E em suas palavras “instamos os Estados a garantir que suas leis, políticas e práticas sejam baseadas em suas obrigações de direitos humanos e no reconhecimento da dignidade e da autonomia das mulheres” (ONU, 2017).

Neste diapasão, impedir que mulheres tenham acesso ao aborto livre e seguro também fere obrigações internacionais que o Brasil assumiu, como defendeu José Henrique Rodrigues Torres (juiz titular da 1ª Vara do Júri de Campinas – SP, professor universitário e pesquisador) em sua exposição na audiência pública da ADPF 442. Destarte, haverá maior aprofundamento em tais obrigações internacionais e como se comportam face ao direito interno.

4. INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em suma, há três fases no procedimento de internalização dos acordos internacionais que fazem parte do modelo tradicional, quais sejam: fase de negociação, fase da aprovação parlamentar e fase da ratificação.

A fase da negociação é referente ao momento no qual se negociam os tratados internacionais em nome do Estado Brasileiro, sendo capacitado para isso o Presidente da República e o Ministro das Relações Exteriores, além dos

“representantes acreditados pelo Estado brasileiro em conferências e Organizações Internacionais (plenipotenciários) e Chefes de Missões Diplomáticas (embaixadores)” (RAMINA, 2006, p. 38).

Já a fase da aprovação parlamentar, diz respeito a aplicação do art. 49, I da Constituição Federal¹⁰, a fim de concretizar a vontade do Estado brasileiro em ser signatário daquele tratado, conjugando a vontade do Executivo e o Legislativo, ou seja, o representante que negociou e o representante do legislativo (Congresso Nacional), o qual aprovará por meio de decreto legislativo. Sendo importante ressaltar que tal decreto não tem o condão de criar, suprimir ou adicionar termos e/ou condições, e sim apenas acatar e aprovar os direitos e deveres constantes no tratado internacional em questão.

Ademais, a fase de ratificação, como o próprio nome já sugere, nada mais é que a reafirmação do tratado internacional negociado e já aprovado pelo Congresso, dando publicidade ao mesmo. Nas palavras de (MELLO, 2000, p. 228):

A promulgação do tratado internacional se dá com a troca ou o depósito dos instrumentos internacionais de ratificação. Os efeitos desta promulgação dizem respeito à execução do tratado internacional no ordenamento jurídico interno e à constatação da regularidade do processo legislativo: ora, o Poder Executivo deve constatar a existência de um tratado obrigatório, que vincule o Estado.

Assim, após superadas as fases de incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico brasileiro, este passará a produzir efeitos no âmbito jurídico interno, assim como internacionalmente.

Entretanto, salienta-se que há também quem defenda o modelo de introdução automática (como Flávia Piovesan), onde os tratados teriam aplicabilidade mediata e status de matéria constitucional. Embora haja entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de adotar o primeiro método de incorporação, este deve ser afastado quando se tratar de tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que o art. 5º, §1º da Constituição Federal prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, portanto, a partir da

¹⁰ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

ratificação já surtiria efeitos. Além disso, a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe um novo panorama acerca do assunto, conforme exposto a seguir.

4.1 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, um novo texto para o §3º do art. 5º da Constituição Federal¹¹ da foi adotado, onde os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos passaram a ter aplicação imediata, sem a necessidade da promulgação executiva do seu texto, diferentemente de tratados comuns (MAZZUOLI, 2008). Isso se deve ao fato de que tratados internacionais de direitos humanos trazem em seu conteúdo direitos e garantias fundamentais, as quais a Carta Magna confere aplicação imediata, por força do §1º do art. 5º, CF, sendo certo que o §2º do mesmo artigo prevê que tais direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os oriundos de tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Outrossim, a legislação infraconstitucional deve harmonizar-se não somente com a Constituição Federal, como também com os tratados de direitos humanos que o mesmo ratificou. É como entende Flávia Piovesan (2013, p. 111):

Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, [...] a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, §2º.

Portanto, ao não promover políticas públicas e ações afirmativas para que os direitos humanos da mulher (incluindo os sexuais e reprodutivos) sejam garantidos, o Brasil está flagrantemente em desconformidade com os tratados e convenções do qual é signatário, bem como está indo de encontro às recomendações da Organização das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde sobre o assunto.

¹¹ [§ 3º](#) Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

5. NORMATIVAS INTERNACIONAIS NÃO VINCULANTES

Existem alguns precedentes que não são tratados internacionais de direitos humanos, portanto não são vinculantes, mas que devem ser estritamente observados, como por exemplo, recomendações da Organização das Nações Unidas e apontamentos da Organização Mundial da Saúde, bem como jurisprudências e interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O aborto inseguro é, globalmente, a terceira maior causa de morte materna e a OMS estima que, a cada ano, um (01) milhão de abortos clandestinos sejam realizados no Brasil, resultando na morte de uma (01) mulher a cada dois (02) dias, com maior risco para mulheres negras, corroborando com a PNA.

A OMS publicou a segunda edição de *Abortamento seguro: Orientação Técnica e de Políticas para Sistemas de Saúde* (2013, p. 88), e esclareceu que:

Os direitos humanos, da forma como estão consagrados nos tratados internacionais e regionais e nas constituições nacionais, e o trabalho dos órgãos de controle da aplicação dos tratados das Nações Unidas, incluindo seus comentários ou recomendações gerais e as observações conclusivas aos Estados, bem como as decisões de tribunais regionais e nacionais conformam um sistema de referência para prestação de contas no que diz respeito aos direitos humanos nos âmbitos internacional, regional e nacional. Oferecem orientações claras aos Estados (no caso das observações conclusivas, aos Estados individuais) sobre as providências a serem tomadas para garantir o respeito, a proteção e o cumprimento dos direitos humanos.

E completou que:

Os órgãos de controle da aplicação dos tratados das Nações Unidas, os tribunais regionais e nacionais têm prestado mais atenção à questão do abortamento ao longo das últimas décadas. Progressivamente, eles têm instado os Estados a prestar serviços e informações integrais sobre saúde sexual e reprodutiva às mulheres e adolescentes, a eliminar barreiras reguladoras e administrativas que impedem o acesso da mulher aos serviços de abortamento seguro, bem como a oferecer tratamento para as complicações decorrentes de abortamento. Se não o fizerem, os Estados poderão estar descumprindo seus tratados e suas obrigações constitucionais de respeitar, proteger e cumprir o direito à vida, o direito a não ser discriminado, o direito ao melhor padrão de saúde possível, o direito a não sofrer tratamento cruel, inumano e degradante, e os direitos à privacidade, à confidencialidade, à informação e à educação.

Segundo estudo da OMS, globalmente, ocorrem anualmente mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% do total). O mesmo estudo expôs que a restrição

ou proibição do acesso não reduz o número de abortos. Além disso, quando os abortos são feitos de acordo com as diretrizes e padrões da OMS, o risco de complicações severas ou de morte é insignificante.

Especialistas de direitos humanos da ONU cobraram em 2018 a descriminalização do aborto em todo o mundo, sendo imprescindível que os países demonstrem seu compromisso com a eliminação da discriminação contra as mulheres em sua legislação e com o avanço dos direitos sexuais e reprodutivos, de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos.

Com a observância de tais recomendações, seria atendido o comentário geral número 22 do Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), que também solicita a garantia do acesso a serviços de aborto seguro e cuidados pós-aborto de qualidade para mulheres e meninas, de forma a evitar a mortalidade materna, bem como atingiria a meta 3.7 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de acesso universal à saúde sexual e reprodutiva.

Ademais, o relatório do Conselho de Direitos Humanos (2015, p.17-18) diz:

A criminalização cria e perpetua estigma; restringe sua habilidade de [mulheres] de fazer uso pleno dos bens, serviços e informações disponíveis sobre a sua saúde sexual e reprodutiva; impede a sua plena participação na sociedade; além de distorcer percepções entre profissionais de saúde, o que, conseqüentemente, pode inibir o acesso das mulheres a serviços de saúde. Leis penais e outras restrições legais desempoderam as mulheres, que podem ser impedidas de tomarem providências em prol de sua saúde, a fim de evitar responsabilização penal, além do medo da estigmatização. Ao restringir o acesso a bens, informações e serviços de saúde, tais leis também podem ter um efeito discriminatório, no sentido de que afetam de forma desproporcional aquelas pessoas que têm necessidade de tais recursos – neste caso, as mulheres. Como resultado, mulheres e meninas são punidas duplamente por estas leis: tanto quando elas cumprem estas leis, e ficam, portanto, sujeitas a condições precárias de saúde física e mental; tanto quando elas desrespeitam essas leis, e ficam sujeitas ao encarceramento.

Portanto, fica claro a posição da ONU e as recomendações da OMS frente à criminalização do aborto, considerando que o aborto inseguro é uma das maiores causas de mortalidade materna e que fere direitos das mulheres, bem como tratados internacionais.

Por outro lado, um dos argumentos mais populares usados contra a descriminalização do aborto à luz dos tratados internacionais é o art. 4.1¹² do Pacto San Jose da Costa Rica combinado com o art. 2º do Código Civil¹³. Contudo, é necessário que haja a análise da interpretação do dispositivo e dos termos usados nele para que seja possível o enriquecimento do debate científico.

O órgão jurisdicional competente para realizar a interpretação supramencionada é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e esta tem o entendimento expresso de que “o direito à vida, protegido desde a concepção, busca proteger os direitos da mulher grávida, não os direitos do embrião” (CIDH, 2012, p?), de que busca proteger os direitos da mulher grávida e ainda afirmou que o direito do embrião ou feto não poderá ser um direito absoluto ou usado como supressão de outros direitos, até mesmo porque o embrião ou feto não pode ser considerado como pessoa, uma vez que não tem chances de sobreviver sozinhos (CIDH, 2012).

E nesse mesmo sentido, há uma jurisprudência internacional sobre o tema, que foi mencionada por Juana Magdalena Kweitel na audiência pública da ADPF 442, e que vale ser citada no presente trabalho: o Caso 2141 de 1981, mundialmente conhecido como Baby Boy, cujo qual a Suprema Corte do Estado de Massachusetts analisou e autorizou uma situação abortiva. A Corte Interamericana de Direitos Humanos extraiu do caso em questão a Resolução 23 (CIDH, 1981), na qual firmou o entendimento “no sentido de que o direito ao aborto não viola o artigo 1º, da Declaração Americana de Direitos do Homem, nem o artigo 4º, inciso I, do Pacto de São José da Costa Rica” (LOREA, 2006).

Então, pela interpretação oficial do artigo em questão, é possível afirmar que o dispositivo não impossibilita que os países signatários optem pela descriminalização do aborto.

¹² “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

¹³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

6. NORMATIVAS INTERNACIONAIS VINCULANTES

Em contrapartida, há normativas no âmbito internacional que são vinculantes, em regra. Cabe mencionar que o Brasil é signatário de vários tratados que versam especificadamente sobre direitos humanos das mulheres, e especialmente direitos sexuais e reprodutivos, como por exemplo o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994), a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995), e o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013). E, conforme a ADPF 442 (2017, p.11-12)

Direitos sexuais e reprodutivos também são reconhecidos por órgãos de monitoramento de tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, como o Comitê CEDAW, que monitora a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), e o Comitê DESC, que acompanha o seguimento ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

Considerando o princípio *pacta sunt servanda* (do latim “os pactos devem ser cumpridos) e a impossibilidade do direito interno ser usado como desculpa para descumprimento de tratados internacionais, segundo art. 27 do Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (promulgada no Brasil em 2009), ao manter os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, o Brasil está deixando de observá-los, considerando que “norma preexistente ao tratado e com ele incompatível perde automaticamente a eficácia” (PIOVESAN, 2013, p. 83).

O descumprimento das obrigações internacionais mencionadas anteriormente corroboram a tese da ADPF 442, a qual será melhor elucidada no próximo capítulo.

7. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O texto jurídico mais atualizado e de maior relevância é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tem como relatora a Ministra Rosa Weber, que convocou Audiência Pública em agosto de 2018 com vários *amicus curiae*, onde estes expuseram argumentos prós e contras à

descriminalização, através de sustentações orais. A audiência pública estendeu-se ao longo de dois dias e teve diversas horas de explanação, sendo ouvidos, no total, 60 especialistas do Brasil e também do exterior, dentre os quais estão pesquisadores, juristas (advogados, juízes, professores), representantes de organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos, entidades religiosas e profissionais da área da saúde. A amplificação do debate com pluralidade de perspectivas é de suma importância para o amadurecimento da causa.

Atualmente, a ADPF 442 ainda encontra-se em tramitação no STF, tendo como último andamento a conclusão dos autos à Relatora, após juntada de petições diversas.

Pois bem. É necessário entender que há a possibilidade de questionar parte da legislação nacional que esteja ferindo preceitos fundamentais, nas palavras do Ministro Celso de Mello (1996), pode-se:

Arguir perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática.

O PSOL é legitimado para ajuizar a ação em questão, pois está no rol do art. 103 da Constituição Federal, também de acordo com o art. 2º da Lei 9.882/1999.

Em suma, a ADPF 442 requer em seus pedidos que o STF declare a não recepção de forma parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, de forma que o aborto até a 12ª semana de gestação seja descriminalizado.

A tese da ação consiste em questionar a razoabilidade e a constitucionalidade do aborto, visto que as motivações para a criminalização da prática abortiva na década de 40 atualmente não se sustentam, uma vez que violam uma série de direitos e princípios fundamentais garantidos no texto constitucional, como será aclarado a seguir.

Segundo a tese, a criminalização do aborto viola o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), porque impede que mulheres tenham

autonomia sobre seu próprio corpo e poder de decisão acerca do mesmo, assim, “não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida” (ADPF 442, 2017, p. 8). Além disso, a dignidade da pessoa humana foi princípio que fundamentou o enfrentamento da questão abortiva em diferentes cortes constitucionais internacionais, entre elas França, 1975; Canadá, 1988; Alemanha, 1993; África do Sul, 2004; Colômbia, 2006; Cidade do México (Distrito Federal do México), 2008 (ADPF 442, 2017, p. 31), à luz dos direitos humanos, com a autonomia, igualdade e vida (SIEGEL, 2012).

Apesar de todas as mulheres estarem sujeitas à prática abortiva, essa afeta de forma desproporcional as mulheres negras e indígenas, pobres e de baixa escolaridade (como já dito de acordo com a PNA 2010 e 2016), assim, fere gravemente o princípio da cidadania (CF, art. 1º, inciso II), sem qualquer forma de discriminação (CF, art. 3º, inciso IV).

E devido à seletividade penal, as mulheres são mais suscetíveis à ação punitiva do Estado, assim, viola o objetivo republicano de promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, inciso IV).

Viola o direito à saúde (CF. art. 6º), à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), como a ADPF (2017, p. 9) esclarece:

Nos últimos anos, mecanismos internacionais de monitoramento da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), da qual o Brasil é signatário, têm afirmado que, para além dos casos de dores e sofrimento agudos impostos por pessoas no exercício de autoridade pública para obtenção de informações ou para fins de castigo, também constitui tortura a negação de serviços de saúde reprodutiva, como o aborto, em que profissionais de saúde em situação de autoridade sobre mulheres impõem-lhes sofrimento em razão de discriminação, na medida em que a decisão por não seguir uma gestação contraria a expectativa de maternidade compulsória associada às mulheres

Portanto, viola também o direito à vida, combinado com a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, porque submete mulheres “à clandestinidade de

procedimentos ilegais e inseguros” (ADPF 442, 2017, p. 10). O aborto inseguro gera danos à integridade física e mental das mulheres, bem como leva a morte que seriam evitáveis, sendo a terceira maior causa de mortalidade materna (OMS, 2013).

Viola o direito ao planejamento familiar quando “uma mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial” (ADPF 442, 2017, p. 10), não conferindo autonomia para as mulheres tomarem decisões acerca de sua própria fecundidade e sexualidade sem risco de coerção ou violência, portanto, violando também o direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, caput) e aos direitos sexuais e reprodutivos, que já foram objetos de um capítulo no presente artigo e são direitos humanos, violando conseqüentemente os compromissos internacionais também já apresentados em capítulo anterior.

São violados também o princípio da igualdade de gênero, decorrente do direito fundamental à igualdade (CF, art. 5º, *caput*) e do objetivo fundamental da República de não discriminação baseada em sexo (CF, art. 3º, inciso IV), vez que expõe mulheres à situações perigosas para sua saúde e também para sua vida, quando estas tomam decisões reprodutivas de forma desproporcional aos homens, visto que eles “não são submetidos à criminalização e a conseqüências da coerção penal nas condições de exercício de seus direitos a uma vida digna e cidadã” (ADPF 442, 2017, p. 12).

Além das claras menções às violações de direitos e preceitos fundamentais, as quais este artigo se ateve aos principais, ao longo da peça também é possível analisar a linha do tempo no cenário mundial, onde alguns países considerados desenvolvidos procederam com o entendimento de que a Suprema Corte era competente para analisar o aborto sob a ótica constitucional, como é o caso da Alemanha e Estados Unidos. Esta forma de direito comparado é importante, pois demonstra a relevância do debate e atenção ao tema. Também é possível observar algumas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal na forma de votos de ministros que a peça traz para demonstrar as mudanças na questão do aborto e suas interpretações legais em âmbito nacional, como o de Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus 124.306:

O bem jurídico protegido (vida potencial do feto) é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

É certo que tivemos alguns avanços, os quais são demonstrados na ADPF 442, como a decisão que permitiu que mães decidissem sobre interromper (ou não) suas gestações quando grávidas de fetos anencefálicos (ADPF 54). A anencefalia em fetos é um evento raro na medicina, portanto a influência causada, falando de forma numérica, não foi tão impactante, mas foi um significativo passo dado ao encontro dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher brasileira por conta do amadurecimento jurisprudencial da Corte em questão.

Há desproporcionalidade na criminalização do aborto, posto que este não é o meio mais adequado e racional para inibir a prática e seus efeitos. A justificativa frente a manutenção da tipificação penal recai em um discurso baseado no valor intrínseco do humano no embrião. Atenção para o que Undugarra (2014, p. 77) diz sobre:

Os tribunais tendem a assumir premissas intuitivamente sem justificá-las, em particular supor que a penalização é um método efetivo para proteger a vida do nascituro, e outras suposições sustentadas em estereótipos de gênero que subestimam os efeitos da penalização na vida das mulheres.

E é como o texto da ADPF 442 também entende: “a criminalização do aborto não é medida suficiente, tampouco razoável para coibir sua prática, e não é eficiente para garantir o objetivo a que se justifica”.

A ADPF 442 após fundamentados argumentos conclui que os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto “não suportam os testes da técnica da proporcionalidade, pois a imputação do conflito se origina em critérios extrajurídicos para defender objetivos constitucionais ilegítimos e violadores dos direitos das mulheres” (2017, p. 56).

8 CONCLUSÃO

Conforme exaustivamente dito, o aborto é retrato da realidade da mulher brasileira, independente de raça, religião e classe social. A proibição legal não é o enfrentamento ideal do problema, uma vez que não inibe a prática, apenas encarcera e mata mulheres ao cercear o direito ao aborto livre e seguro.

O objetivo do trabalho é explorar a hipótese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 de que a criminalização do aborto viola vários preceitos fundamentais, bem como direitos humanos, com base em evidências de que a proibição legal não coíbe a prática, não sendo o melhor enfrentamento do problema.

Portanto, conclui-se que, em âmbito nacional, é preciso reconhecer a prática abortiva e tratar o aborto como uma questão de saúde pública, respeitando os preceitos e direitos fundamentais da mulher, bem como os tratados de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, e desta forma, reconhecer o direito constitucional à interrupção da gestação à luz da ADPF 442.

Por fim, sobre essa temática, cabe a possibilidade de novas pesquisas, a fim de fomentar a produção científica e atualizar o debate jurídico acerca do tema, que ainda carece de discussão. Explorando, assim, a viabilidade do acesso ao aborto seguro e legal e os possíveis impactos positivos à sociedade e principalmente às mulheres de um determinado país.

REFERÊNCIAS

AVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. **Cad. Saúde Pública [online]**. 2003, vol. 19, suppl.2, pp.S465-S469

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 25 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília, 428 p., 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 11 fev. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.407**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de março de 1996. Diário da Justiça, p. 86, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14702386/medida-cautelar-na-acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-1407-df>>. Acesso em: 4 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 1 QO/ RJ**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 03/02/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 07-11-2003 PP-00082; EMENT VOL-02131-01 PP-00001. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso: 03/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 167 MC-REF / DF**. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 01/10/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010; EMENT VOL-02391-03 PP-00631. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 26/11/2016).

BUTEGWA, F. **International Human Rights Law and Practice: Implication for Women**. In: SCHULER, M.A. (ed.). *From Basic Needs to Basic Rights*. Washington D.C.: Women, Law and Development International, p. 27-39, 1995.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución n. 23/81: caso n. 2141. 1981**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>. Acesso em: 9 maio. 2019.

CONJUR. **Adpf 442**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., & FATHALLA, Mahmoud. **Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos**. Trad. Andrea Romani, Renata Perroni e equipe. Rio de Janeiro: Edições Cepia, pp. 14-172004.

CORREA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos Sexuais e Reprodutivos - Pauta Global e Percursos Brasileiros. In: BERQUÓ, Elza. (org.). **Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, p. 17-78, 2003.

CORREA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. **Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista**. *Physis: Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/physis/1996.v6n1-2/147-177/pt>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_286\)aborto_uma_questao_social.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_286)aborto_uma_questao_social.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental ao aborto**. *Conteudo Juridico*, Brasilia-DF: 09 fev. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23057&seo=1>>. Acesso em: 11 maio 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, p. 653-660, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Cien Saude Colet** 2010; 15(Supl. 1):959-966.

GIFFIN, Karen Mary. Nosso corpo nos pertence: a dialética do biológico e do social. **Cad. Saude Publica**, v.7, n.2, p.190-200, 1991.

LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos**, v. 12, n. 26, p. 185-201, 2006.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, [s.l.], v. 16, n. 40, p.107-120, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832012000100009&lang=pt>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MATTAR, Laura Davis. **Os Direitos Reprodutivos das Mulheres**. Ed. Saraiva: São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/ilp/anexos/1160/YY2013MM6DD4HH10MM35SS5-Mattar_Direitos%20reprodutivos%20das%20mulheres.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur, Rev. Int. Direitos Human.**, [s.l.], v. 5,

n. 8, p.23-35, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452008000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo parágrafo 3º do art. 5 da Constituição .e sua eficácia. **Revista Ajuris**, Porto Alegre ajuris v. 32. n. 98, 2005. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/280>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/aborto-seguro-e-direito-de-todas-as-mulheres-dizem-especialistas-da-onu/>. 2017. Acesso em: 10 maio. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/>. 2018. Acesso em: 10 maio. 2019

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Gutmacher Institute and World Health Organization. Facts on Induced Abortion Worldwide**, 2012. Disponível em <https://www.who.int/en/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>. Acesso em 10 maio. 2019

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesqui.** vol.35 no.124 São Paulo Jan./Apr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004> . Acesso em: 10 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. **Revista de Doutrina** 4ª Região, v. 2, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLANALTO. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**. Ijuí: Ed.Unijuí, 2006.

SIEGEL, Reva B. **Dignity and sexuality: claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage**. I.CON, v. 10, n. 2, p. 355-379, 2012. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_DignitySexuality.pdf Acesso em: 11 fev. 2019.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, v. 321, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de argüição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, José Henrique Rodrigues. http://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/#_ftn26. Acesso em: 25 abr. 2019

ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.* International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and the World Health Organization revised glossary of ART terminology, 2009. **Fertility and Sterility**, v. 92, n. 5, nov. 2009. Disponível em: <[https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)03688-7/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)03688-7/pdf)>. Acesso em 02 jun. 2019.