

ESTUDO COMPARADO SOBRE O ABORTO ENTRE A LEGISLAÇÃO: BRASILEIRA E ALEMÃ SOB O ENFOQUE DA SAÚDE PÚBLICA

FREIMULLER, Ana Paula¹
MOREIRA JUNIOR, Yegor²

RESUMO:

A metodologia utilizada para a construção deste artigo efetiva-se na pesquisa bibliográfica e documental, com dados obtidos em livros, artigos, leis, diversos sites, revistas acadêmicas e científicas, documentos oficiais e julgados. O presente artigo apresenta uma discussão sobre o aborto legal e seu reflexo na saúde pública garantida pelo Estado. No Brasil, apesar de o aborto ser crime, a prática é evidente, considerando-se os números assustadores de mulheres que morrem por decorrência de complicações no procedimento. Outro caso notório são as pesquisas alarmantes que apontam a extrema desigualdade relacionadas ao aborto, haja vista que os maiores efeitos de sua criminalização afetam os menos favorecidos. Para o desenvolvimento deste artigo, faz-se necessária uma pequena análise dos avanços já alcançados e os que ainda virão. Para tanto, procuramos entender como a Alemanha trata o aborto e verificar até que ponto o Brasil pode se embasar no exemplo do país comparado. Não será levado em conta a polêmica legalização do aborto, mas sim tencionamos somente fazer um estudo comparado e a sua eventual legalização. Ainda será analisado quais motivos e argumentos foram utilizados pela Alemanha para a legalização do aborto. Por fim, será resumido todo o assunto tratado no presente artigo comparando os dois países e concluindo os demais pontos.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde da mulher, Aborto, Saúde Pública, Direito Constitucional, Direito do Nascituro

A COMPARATIVE STUDY ON ABORTION AMONG THE LEGISLATION: BRAZILIAN AND GERMAN UNDER THE FOCUS OF PUBLIC HEALTH

ABSTRACT:

The methodology used for the construction of this article is the bibliographic and documentary research, with data obtained in books, articles, laws, various websites, academic and scientific journals, official documents and judgments. This article presents a discussion about legal abortion and his reflection on public health guaranteed by the State. In Brazil, although abortion is a crime, the practice is evident, considering the frightening numbers of women who die as a result of complications in the procedure. Another notorious case is the alarming research that points to the extreme inequality related to abortion, given that the greater effects of its criminalization affect the less favored. For the development of this article, it is necessary a small analysis of the advances already achieved and those that will still come. To do so, we try to understand how Germany treats abortion and to verify the extent to which Brazil can be based on the example of the compared country. The controversial legalization of abortion will not be taken into account, but we only intend to make a comparative study and its eventual legalization. Finally, it will be analyzed the reasons and arguments used by Germany for the legalization of abortion. Finally, the whole subject will be summarized in this article comparing the two countries and concluding the other points.

KEYWORDS: Women`s Health, Abortion, Public Health, Constitucional Law, Birthright

¹Acadêmica de Direito do Centro Universitário FAG do 9º período, freimulleranapaula@gmail.com

²Professor de Direito no Centro Universitário FAG, yegormoreira@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho será o estudo comparado sobre o aborto entre a legislação brasileira e alemã sob o enfoque da saúde pública e será abordada na perspectiva constitucional fazendo uma análise comparando o ordenamento jurídico dos dois países. A escolha da Alemanha deu-se por tratar-se de um país que passou por inúmeros debates sobre a licitude do abortamento voluntário em sua legislação.

Ao analisar as posições assumidas pela Corte Alemã, é evidente que possui nítida correspondência com o direito brasileiro, haja vista que a Alemanha, como o Brasil, possui uma Constituição que prioriza os direitos fundamentais e ainda a sua possibilidade constitucional pela ausência de proibição constitucional

Será estudado ainda a relação dos direitos conflitantes entre o direito da mulher e direito do nascituro, voltando o olhar para o aborto como sendo uma questão de saúde pública e analisando as políticas públicas e quais suas consequências para a população brasileira.

2 BREVE HISTÓRICO

A prática do aborto voluntário é criminalizado no Brasil, porém nem sempre foi assim, em outros momentos da história o aborto era de livre escolha da gestante.

Como ensina Bitencourt:

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Criminalizava na verdade o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja, o autoaborto. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado (2013, p. 164).

A Constituição Federal, não foi explícita ao tratar do assunto, coube à legislação infraconstitucional a tarefa de conceituar o aborto.

É de suma importância o entendimento do conceito de aborto, que segundo Bitencourt (2013, p. 167) é “a ação de provocar o aborto, tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção”.

É considerado crime no ordenamento brasileiro sob pena de reclusão, cuja pena é determinada pelo artigo 124 do Código Penal o qual prevê que: é crime provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque, cominando para tal delito uma pena de detenção de um a três anos (BRASIL, 1940).

O artigo 126 do mesmo Codex determina que para o ato do aborto com o consentimento da gestante a pena é fixada de um a quatro anos de reclusão (BRASIL, 1940).

Por sua vez, o artigo 128 do Código Penal permite duas exceções: quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro.

Chamados de aborto legal, apesar de sua expressa previsão, demorou bastante tempo para ser praticado, como explica Jéssica da Mata:

A despeito das disposições do Código Penal de 1940, os serviços de aborto legal no Brasil só foram regulamentados a nível nacional em 1998 com a disposição do oferecimento desse serviço por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), atendimento esse que, ainda, é bastante escasso. O responsável pela edição de normas técnicas que tratam de regulamentação do aborto legal no Brasil é o Ministério da Saúde, desde o que diz respeito ao atendimento médico até o oferecimento do serviço pelo SUS e por instituições particulares (DENEM et al, 2015, p 22).

Outra perspectiva interessante é o atendimento oferecido pelo SUS em caso de aborto, que vem causando muito desconforto às gestantes vítimas de abuso sexual. Apesar de sua legalidade, as mulheres sofrem uma grande restrição aos seus direitos constitucionais o que as leva muitas vezes a procurar clínicas clandestinas, muitas vezes inseguras, como veremos a seguir.

Entende o Ministério da Saúde que não há necessidade de decisão judicial afirmando a ocorrência de qualquer crime contra a dignidade da mulher para a prática do abortamento legal, ético ou humanitário (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, 2016 p. 152).

A Organização Mundial de Saúde esclarece que “O aborto inseguro ocorre quando a gravidez é interrompida por pessoas sem as habilidades e informações necessárias ou em um ambiente que não se encaixa nos padrões médicos mínimos necessários, ou em ambos os casos.” (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

2.1 DIREITO DA MULHER VS. DIREITO DO NASCITURO

Antes de analisarmos o mérito da saúde pública e sua relação com o aborto, iremos abordar quais são os principais direitos constitucionais que entram em conflito quando o assunto é aborto. A grande confusão do debate sobre a legalização do aborto gira em torno dos direitos constitucionais da mulher em face aos direitos assegurados ao nascituro.

Nesses casos deve ser invocado o princípio da proporcionalidade, que procura decidir qual dos direitos prevalece sobre o outro. Vale nesse momento observar um ponto bem importante da ementa do Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro, proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso orientando que:

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (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.

A prática do aborto recai principalmente sobre o direito à vida, direito fundamental e explícito na Constituição Federal de 1988, que destaca em seu Artigo 5º caput que todos indivíduos são iguais perante à lei, sem qualquer distinção, além de considerar o direito à vida inviolável.

Primeiramente, em relação aos direitos do nascituro precisa-se chegar a um consenso se o feto e o embrião seriam pessoas, como veremos a seguir. Neste sentido para Marmelstein (2014, p. 90) “A proteção à vida não se limita ao ser humano formado”, e segue explicando que a vida do nascituro merece proteção, mas defende que não com a mesma veemência em comparação com o direito à vida dos seres humanos vivos.

No entanto, aponta que por razões de sequência biológica, social e moral, deve ser levado em conta que o grau de custódia aumenta com a evolução do nascituro (MARMELSTEIN, 2014).

Em síntese, o autor define que a vida é protegida desde a sua concepção conforme previsão no artigo 2º do Código Civil: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe à salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em consequência disso a vida intra uterina tem seu direito protegido pelo direito fundamental à vida, segundo o Pacto de San José da Costa Rica, por tal razão o Código Penal Brasileiro criminaliza o aborto (MARMELSTEIN, 2014).

Alexandre de Moraes por sua vez defende que a Constituição, "protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais Direitos Fundamentais, de maneira não absoluta" (MORAIS, 2016, p. 47).

A questão do início da vida é um assunto de ampla discussão doutrinária e não podemos dizer que está pacificada. Ainda esclarece o autor que o direito à vida trata-se do mais fundamental de todos os direitos, pois constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os outros direitos.

E continua esclarecendo sobre a questão do início da vida:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez (MORAIS, 2016, p. 48).

Ao considerar todos esses argumentos sobre quando se inicia a vida e o seu direito analisaremos agora quais os direitos da mulher com relação ao aborto. São vários direitos da mulher sendo violados com a criminalização do aborto, tais como o direito à dignidade, privacidade, autonomia, liberdade e saúde.

De forma brilhante assinala a Ministra Carmén Lúcia, atual presidente do STF:

Quando se põe em debate o aborto, o que se afere, num primeiro lance de discussões, é se o embrião e o feto seriam pessoas, porque, a se responder afirmativamente, eles titularizariam o primeiro de todos como é o direito à vida digna, a qual, como antes lembrado, é intangível e inviolável. Mas não se há de ignorar que a vida é o direito que se exerce com o outro, no espaço das relações entre sujeitos, não se podendo anular portanto, a condição de pessoa-mulher que, em sua dignidade, é livre para exercer a escolha da maternidade ou não (ROCHA, 2004).

A ONU é bem clara em seu entendimento, pesando o princípio da proporcionalidade como podemos observar em sua nota pública:

Segundo os especialistas, a criminalização do aborto perpetua estigmas e a discriminação de gênero, violando a dignidade e a integridade corporal das mulheres e submetendo-as "aos propósitos políticos, culturais, religiosos e econômicos de outras pessoas". "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", acrescentou a declaração (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Visto isso se torna impossível negar que vários direitos da mulher são sacrificados em face a criminalização do aborto e que nos encontramos em um cenário de injustiças em relação aos direitos da mulher.

2.2 ABORTO E SAÚDE PÚBLICA

Mesmo com a criminalização do aborto pelo Código Penal a prática da interrupção da gravidez em resumo continua crescendo progressivamente no nosso país, levando muitas mulheres, a maioria delas pobres e negras, à clínicas clandestinas, com resultados desastrosos, entre eles a morte (DENEM et al, 2016).

Em 1988 a Constituição Federal reconheceu a saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, tratando-se de um direito de todos e dever do Estado, consoante o artigo 196. Por sua vez o Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010, garantiu, em seu artigo 1º, alínea “g”, considerar o aborto como um assunto de saúde pública, e ainda o acesso aos serviços de saúde, assim definido pelo Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH3 que estabelece a necessidade de implementação de mecanismos de monitoramento dos serviços de atendimento ao aborto legalmente autorizado, garantindo seu cumprimento e facilidade de acesso (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Diniz (2015, p. 569) defende que a necessidade do aborto é uma questão de saúde pública, considerando os aspectos de qualidade de vida e saúde das mulheres.

Segundo dados da pesquisa:

As restrições legislativas e obstáculos encontrados pelas mulheres, inclusive para a realização do aborto legal, fazem com que muitas realizem abortos inseguros, levando às preocupantes estatísticas de que a cada dois dias uma brasileira morre por aborto inseguro (DENEM et al, 2016, p. 22).

Dessa forma, a autora defende que o aborto é questão de saúde pública, pois, é fato que as mulheres praticam o aborto e que essa prática não cessará, portanto deve ser garantido a elas o acesso a procedimentos seguros, que não prejudiquem seus direitos reprodutivos ou que sejam submetidas a alguma forma de tortura (DENEM, et al, 2016).

Outro aspecto importante é tratado pelo Ministério Público quando sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública” e que deve ser enfrentado com seriedade e entender que trata-se de uma questão de cuidados com a saúde da mulher e seus direitos não devendo ser visto como um ato leviano e imoral (DINIZ et al, 2005).

A médica obstetra Esther Vilela, coordenadora da área técnica de saúde da mulher do Ministério da Saúde afirma que “a grande questão da morte materna é o grau de evitabilidade”, no caso, em torno de 92% dessas gestantes que morreram por complicações maternas não precisariam ter morrido (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Contudo, em razão de o aborto envolver questões morais ou religiosas, e sendo objeto de alta reprovação social, torna-se difícil alcançar um resultado exato, pois muitas mulheres, por medo, omitem a verdade (MENEZES, 2009).

Conforme pesquisas feitas por Greice Menezes e Estela M. L. Aquino (2009), são principalmente, mulheres jovens, negras, de situação social desfavorável, residentes em áreas periféricas as que mais morrem em decorrência de abortos inseguros.

A Pesquisa Nacional do Aborto apresentou números alarmantes sobre a magnitude do aborto no Brasil: uma em cada cinco mulheres aos 40 anos já fez, pelo menos, um aborto – isso significa que 4,7 milhões de mulheres já abortaram. A Pesquisa Nacional do Aborto 2016 foi coordenada por Debora Diniz, antropóloga e Marcelo Medeiros, sociólogo (DINIZ et al, 2016).

Outro resultado impressionante são dados do Ministério da Saúde que afirma que "diariamente 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações do aborto. Números do Ministério da Saúde mostram que só internações por complicações em razão da interrupção da gravidez chegaram a 123.312 em 2016" (ESTADÃO, 2016).

Outras pesquisas feitas pela Direção Executiva Nacional dos Estudantes de Medicina (DENEM, 2016) descobriram que as mulheres, que frequentam o ensino superior, abortam com mais frequência do que as mulheres que estão fora da faculdade, porém a maioria das mulheres universitárias tem suporte de clínicas clandestinas, onde o procedimento é bem mais seguro. Por outro lado, a pesquisa aponta que as mulheres jovens, que não frequentam a faculdade e que vivem em periferias abortam menos, porém tem o número maior de mortes por abortos inseguros.

Mais uma curiosidade sobre a cor da pele dessas mulheres: as gestantes negras têm um risco três vezes maior de morte devido à complicações durante o aborto do que a gestante branca, ainda quando há qualquer prestação hospitalar (DINIZ, 2016).

Diniz (2016, p. 36) afirma que: "Hoje, realizar o aborto clandestino de forma segura é muito simples, basta pagar por isso. Na nossa sociedade do capital, são as mulheres pobres que querem abortar que morrem, ora em casa, ora negligenciadas no sistema de saúde". Sendo assim, deve o

aborto ser reconhecido como uma maneira de perpetuar a desigualdade no sentido social ou de gênero. A grande diferença entre o aborto clandestino e o aborto seguro, é que o clandestino não é necessariamente inseguro.

Afirma Diniz (2016) que as principais pesquisas trazem à luz, que a criminalização do aborto acarreta danos graves à saúde das mulheres, e pouco controla essa prática além de gerar desigualdade social irreparável que acarretou o maior risco para mulheres pobres que não possuem recursos médicos para um abortamento seguro.

Incluem nas ações previstas pela saúde pública a contracepção desde 1980 porém a sua implementação não assegura a sua efetividade (PEREIRA, 2015).

Como exemplo pode-se citar a contracepção de emergência, que tem sua eficácia reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina mediante Resolução CFM Nº 1.811/2006, porém a sua divulgação é muito pequena e não alcança todas as brasileiras.

Neste sentido explica Goes que:

é urgente que avaliemos os fatores que realmente levam a uma gravidez indesejada, entendendo que ela não é fruto da irresponsabilidade ou da lascívia da mulher, mas sim de políticas públicas débeis que esbarram nos limites de uma sociedade patriarcal e misógina. O abortamento, nesse contexto, surge como o último recurso dessas mulheres no sentido de poderem escolher sobre seus próprios corpos e destinos. (DENEM et al, 2016, p. 10)

E ainda defende que o Estado deveria se responsabilizar e garantir que a mulher possa abortar de maneira segura (DENEM, 2016).

Entre a relação do Estado e a sociedade surgem as políticas sociais de caráter público, que procuram resolver interesses e demandas de ambas as partes, sendo que o Estado procura a manutenção da ordem, e em contrapartida, as classes sociais e os seus direitos (DINIZ, 2016).

A pesquisa feita pelo Ministério da Saúde concluiu que:

Apenas entre 9,5% e 29,2% de todas as mulheres que abortam não tinham filhos, um dado que leva muitos estudos a inferir que o aborto é um instrumento de planejamento reprodutivo importante para as mulheres com filhos quando os métodos contraceptivos falham ou não são utilizados adequadamente (DINIZ et al, p. 566).

Em resumo, é bem claro reconhecer quais são as mulheres mais atingidas com proibição do aborto no Brasil. Conforme os dados apresentados acima, fica nítido o fato de que a maioria das mulheres são pobres e negras, com menor grau de escolaridade resultando em um distanciamento maior de igualdade social. Com a legalização do aborto essa desigualdade, presente na sociedade

brasileira desde os tempos da escravidão, teria a capacidade de minimizar essas diferenças, pois todas teriam acesso a um procedimento digno e seguro.

2.3 AVANÇOS

Há muitos anos que se discute sobre a descriminalização do aborto em casos comprovados por diagnóstico médico de gravidez de feto anencéfalo e também sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para a realização de pesquisas e terapias.

O STF, na Ação de Inconstitucionalidade ADIN, nº 3510, decidiu pela legitimidade da realização de pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, atendidas as condições estipuladas no artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (PAULO e ALEXANDRINO, 2013).

Para tal decisão foram feitas algumas exigências, as quais Marmelstein explica detalhadamente:

A referida Lei, no artigo 5º, permitiu, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-troncoembrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I- sejam embriões inviáveis; ou II- sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (MARMELESTEIN, 2014. p. 94).

Para o melhor entendimento sobre a prática de pesquisas com embriões explicita o artigo 3º no seu inciso XI, da referida Lei, que consideram-se células-troncoembrionárias as “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

Entre as divisões sobre o início da vida, o STF decidiu que é necessário estar vivo para o ganho de uma personalidade jurídica e defende que a Constituição de 1988 protege a vida extra-uterina e não a vida embrionária e sustenta que o embrião referido não tem capacidade alguma de nascer, pois “faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação” (MARMELESTEIN, 2014, p. 96).

De acordo com o STF essas pesquisas não ofendem o direito à vida, tampouco violam a dignidade humana garantida pela constituição aderindo à corrente natalista para tal conclusão.

Nesse julgado fica claro o entendimento dos ministros sobre o início da vida, permitem uma indagação sobre uma possível expansão, questionando se não poderia se aplicar ao aborto essa corrente adotada.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF, 54, o Supremo Tribunal Federal entendeu, pela maioria, que seria possível o aborto voluntário em casos de anencefalia fetal.

Explica Marmelstein que:

Naquele julgamento, reconheceu-se o direito da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado (MARMELESTEIN, 2014. p. 95).

Pode ser entendido por anencefalia a malformação do tubo neural, caracterizada pela ausência do encéfalo e da calota craniana.

Para melhor entendimento do feto anencéfalo Azevedo explica que:

a palavra anencefalia significa ausência total ou parcial do encéfalo. Anencefalia é um defeito congênito que esse desenvolve bem no início da vida intrauterina. Ocorre um defeito no fechamento do tuboneural que impossibilita a vida. Muitos fetos morrem intrauterino ou durante o parto. Os que sobrevivem após o parto possuem uma expectativa de vida de poucas horas ou dias, ou raramente poucos meses (SALIM eAZEVEDO, p.98).

Como descrito por Bitencourt (2013), a gestante tem a faculdade de, se assim desejar, interromper a gravidez sem ser condenada, pois entende-se a obrigação de abrigar dentro de si um tormento considerado desumano e com consequências terríveis para a saúde emocional e psíquica da mulher grávida de um feto anencéfalo.

Nesse sentido continua Bitencourt (2013), que prevaleceu entre os ministros de nossa corte(a decisão foi por maioria), o entendimento de que, na ponderação entre os direitos da mulher gestante - sobretudo o direito à dignidade e à saúde (incluída a integridade psíquica) deveriam prevalecer.

Essa decisão ratificou os direitos das mulheres ao passo que o entendimento de vários ministros tendem a entender que obrigar a gestante a insistir em uma gravidez de feto anencéfalo agrediria a sua dignidade, além do seu direito de dispor sobre o seu próprio corpo e ainda seu direito de autodeterminação e liberdade (MARMELESTEIN, 2014).

É questionável se este entendimento sobre a tortura de estar grávida de um feto, doente ou saudável não seria a mesma crueldade, afinal uma gravidez indesejada pode ser considerada equivalente.

Outro caso que dividiu a opinião da sociedade brasileira e muito curioso, foi o Habeas Corpus 124.306/Rio de Janeiro, julgado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Marco Aurelio Mello. Trata-se de um caso ocorrido na cidade de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, no qual foi denunciado pelo Ministério Público a suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e ainda formação de quadrilha.

A decisão histórica da 1º Turma do STF reconheceu o aborto como um direito fundamental da mulher, desde que exercido até a 12º semana da gravidez, cuja decisão foi firmada pelos três ministros: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber sendo que os outros dois não se declararam sobre o assunto (MARMELSTEIN, 2016).

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso enfatiza bem os fundamentos constitucionais abordados na decisão, os quais possibilitam o reconhecimento do aborto sendo um direito fundamental da gestante. Vejamos os principais pontos da ementa a seguir:

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 tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (HC 124.306/Rio de Janeiro).

É possível identificar diversos fundamentos constitucionais que reconhecem o aborto durante o primeiro trimestre da gestação como um direito fundamental.

Em resumo o ministro utilizou-se dos direitos fundamentais da mulher, como o da autonomia da mulher, o da integridade física e psíquica e ainda argumentou a inobservância do princípio da proporcionalidade, pois segundo ele destaca, até o terceiro mês de gestação, o corte cerebral ainda não está formada, não havendo, portanto expectativa de vida extra-uterina.

Vale mencionar que essa decisão não tem efeito *erga-omnes*, ela vale apenas para esse caso, pois não é dotada de repercussão geral. Esse é o julgado que mais se aproxima ao julgado da Alemanha que ao final será estudado com maior ênfase.

O Brasil sofreu um surto de ZikaVirus, ocasionado pelo mosquito *aedes aegypti*, com maior intensidade no período de 2015 até 2016, que provocou em alguns casos microcefalia.

No sentido da ADPF 54, mencionada acima, foi proposta uma ação perante o STF que versa sobre a legalização do aborto nos casos de grávidas infectadas pelo Zika Virus (BRASIL, 2015).

Por enquanto, a manifestação do procurador Geral da República, Rodrigo Janot, foi favorável à ação, que sustenta em seu parecer que o julgamento da ADPF 54, em 2012, deve valer, na mesma medida dos casos de infecção pelo Zika Vírus, procurando proteger a saúde psíquica da mulher (MARMELSTEIN, 2014).

Em outro aspecto, defende que a grávida está amparada pelo Estado de necessidade garantido pelo Código Penal, e ainda sustenta que a gestante praticaria a conduta da interrupção da gravidez para proteger direito próprio, cujo sacrifício não seria razoável exigir.

Até o presente momento a ação está nas mãos da relatora Ministra Carmén Lúcia e caso seja julgada procedente, esta ADI representará um novo passo no caminho da legalização do aborto e um novo sentido favorecendo os direitos constitucionais da mulher.

A partir destes julgamentos em torno do aborto e a força do seu debate, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), associado ao Anis (Instituto de Bioética), motivaram a ajuizar uma ação de ADPF 442, que pede a declaração da não recepção parcial das artigos 124 e 126 do Código Penal – quais incriminam a prática do aborto pela própria gestante e provocado por terceiro com o consentimento da mulher grávida, com a ressalva do procedimento ser praticado até a 12ª semana da gestação.

As razões da ação conforme o partido, são os direitos da mulher violados pelo Código Penal de 1940.

Outro pedido do Partido Político é uma liminar para suspender imediatamente as prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos e decisões judiciais (PSOL50, 2017).

Novamente, ao analisar estas ações nota-se uma tendência recorrente de defender os diversos direitos da mulher garantidos pela Constituição Federal.

2.4 ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

Neste tópico, será verificado a evolução histórica da descriminalização do aborto na Alemanha, por tratar-se de um país que passou por inúmeros debates sobre a licitude do abortamento voluntário em sua legislação e que por fim optaram pela legalização da prática.

Na Alemanha nem sempre o aborto voluntário era permitido, que correu por um longo percurso e teve seu início ainda antes da queda do muro de Berlim, qual dividia o país.

Houve uma evolução pela iniciativa de mulheres, partidos políticos e discussões tanto jurídicas quanto médicas para se chegar a tal conclusão.

Em 2 de julho de 1920, 81 membros do Partido Social Democrata Independente da Alemanha (USPD) apresentaram um pedido para revogar os parágrafos 218, 219 e 220 do Código Penal, com a alegação de que o pedido deles não seria pela liberação do aborto, mas pela isenção de pena, justificando a prática do aborto por todos serem absolutamente donos de seu corpo (BUSCH,2015).

Explica Marmelstein (2014) que na Alemanha ocidental o aborto foi judicializado e cita como exemplo o caso do Aborto I (Schwangerschaftsabbruch I) proferido em 1975, no qual o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) entendeu que o poder público deveria proteger a vida do feto, que resultaria na insuficiência da proteção ao dever jurídico, resultando na inconstitucionalidade da lei aprovada pelo parlamento.

De acordo com os critérios biológicos de prudência, a partir do 14º dia de gestação, aproximadamente, se dá a nidação do óvulo no útero materno (MAUER, 2009).

Mauer (2009) por sua vez, explica que, dessa maneira o Tribunal alemão reconheceu a relevância do direito à privacidade da gestante, mas afirmou que, numa ponderação, este direito deveria ceder diante ao direito à vida do feto.

A Corte entendeu que o legislador tinha a obrigação de proteger o direito à vida do feto, pois trata-se um bem jurídico de extrema relevância e a descriminalização não poderia ser reconhecida, a não ser em certas situações especiais, como risco à vida ou à saúde da mulher grávida, má-formação fetal, situação social dramática da família e gravidez resultante de violência sexual (MAUER, 2009).

Pela maioria, o Tribunal decidiu a inconstitucionalidade da descriminalização do aborto. Com a unificação da Alemanha, surgiu a necessidade de edição de uma nova legislação sobre o

assunto, procurando um consenso tendo em vista que na antiga Alemanha Oriental o aborto era liberado no primeiro trimestre de gestação (MAUER, 2009).

Explica Sandra Mauer (2009) que em 1992 foi promulgada uma nova lei na Alemanha, que permitia, mais uma vez, a prática do aborto nos primeiros três meses de gravidez, porém antes da realização da interrupção da gravidez a gestante deveria passar por um serviço de aconselhamento, que tentaria fazer com que mudasse de idéia, e além disso deveria aguardar ainda um período de três dias para poder fazer o procedimento.

A principal característica da alteração legislativa estava no fato de que visava evitar o aborto por meio de vários mecanismos não repressivos, criando dessa maneira medidas de caráter educativo, de planejamento familiar e benefícios assistenciais. Destarte mais uma vez, a legislação foi contestada na Corte Constitucional, qual considerou inconstitucional a legalização do aborto na fase inicial da gestação, a não ser em casos especiais, em que a continuidade da gravidez representasse um ônus excessivo para a gestante (MAUER, 2009).

Tal decisão foi emitida em 1993, conhecida como Aborto II, que estabeleceu a ressalva que a proteção ao feto não precisaria ser realizada somente pelos meios repressivos do Direito Penal e possibilitaria a busca por meio de outras medidas de caráter assistencial e administrativo. Uma nova lei foi editada em 1995 para adequar-se à decisão da Corte Constitucional prevendo, além das hipóteses de aborto legal referidas na decisão, descriminalizou a interrupção de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação (MAUER, 2009).

Essa lei estabeleceu um procedimento obrigatório, de aconselhamento, que pretendia convencer a gestante a desistir do abortamento e caso ela decidisse pela interrupção da gravidez um intervalo de no mínimo 3 dias deveria ser respeitado para, somente então, submeter-se à interrupção da gestação indesejada (MAUER, 2009).

Entre outros argumentos, defende a professora Gindulis (2003) que a vida de um embrião é validado desde sua existência, porém o direito de escolha da mulher fica subordinado e parcialmente sacrificado.

Vale mencionar que dados de 2017 registraram 101.209 abortos, sendo a maioria deles feito por mulheres entre 18 e 30 anos (DESTATIS, 2018).

No ano de 2001 o registro de abortos foi de 134.964, considerando assim uma diminuição, levando em conta ainda o “turismo de aborto” feito por alguns países vizinhos, nos quais a prática continua proibida, somando 7% (FAZ, 2018).

Com isso, a situação na Alemanha, podemos perceber que a legislação do aborto dependeu do poder legislativo para ser alterada. O entendimento do sistema jurídico alemão, passou por extremas reformas, passando por períodos liberais, e em contraste, com a época nazista.

Ao analisar as posições assumidas pela Corte, é evidente que possui nítida correspondência com o direito brasileiro, haja vista que a Alemanha, como o Brasil, possui uma Constituição que prioriza os direitos fundamentais e ainda a sua possibilidade constitucional pela ausência de proibição constitucional.

É evidente a proximidade entre os julgados acima estudados, quando se observa as peculiaridades da legalização do aborto nesse país.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, após todo o desenvolvimento argumentativo e informativo sobre o aborto e seus reflexos na saúde pública, verifica-se que a sua legalização poderia sanar a violação aos direitos da mulher além de diminuir a desigualdade social presente no país. O Brasil já obteve alguns avanços, considerando uma aproximação, entre os argumentos utilizados pelos julgados recentes e os argumentos aplicados pela Alemanha para a legalização do aborto. Entretanto, são necessárias várias mudanças ainda, para reduziros índices alarmantes de aborto no Brasil e assim também diminuir a mortalidade materna em decorrência do abortamento. Apesar dessas mudanças ocorridas no Brasil, percebe-se que as mulheres têm seus direitos restritos sobre seu próprio corpo e que isto viola os direitos humanos, tornando-se um problema de saúde pública, qual o Estado precisa resolver.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Dos crimes contra a pessoa**. 13. ed. Sao Paulo: Editora Saraiva, 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal

BRASIL. **Lei N° 7.209**, de 11.7.1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências

BRASIL. **Lei N° 10.406**, de 10.01.2002. Institui o Código Civil

BRASIL – **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Processo: ADI/3510. Relator: MINISTRO CARLOS BRITTO. Disponível– <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso: 12/09/2017

BRASIL – **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Processo: ADPF 54 / DF. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. Disponível– <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso: 12/09/2017

BRASIL -**SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL**. Processo: HC 124.306 / Rio de Janeiro. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. Disponível - <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso: 15 de abril de 2018

BUSCH, Ulrike Daphne Hahn. **Abtreibung - Diskurse und Tendenzen**. 1. ed. Bielfeld: Transcript Verlag, 2015

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM N° 1.811/2006**. Publicadano D.O.U de 17 de janeiro de 2007

DESTATIS. **Schwangerschaftsabbruch**. Disponível em: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Schwangerschaftsabbrueche.html> Acesso: 16 de maio de 2018

FAZ. **Zahl der Schwangerschaftsabbrüche im Jahr 2017 gestiegen**. Disponível em <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/zahl-der-schwangerschaftsabbrueche-im-jahr-2017-gestiegen-15480182.html>. Acesso: 16 de maio de 2018

GINDULIS, Edith. **Der Konflikt um die Abtreibung**. 1. ed. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2003

GOES, Emanuelle et al. **Caderno de textos DENEM Aborto**. Disponível em: <https://www.denem.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Caderno-de-textos-DENEM-Aborto-CoCult.pdf>. Acesso: 11 de abril de 2018

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014

MAUER, Sandra. **Die Frau als besonderes Schutzobjekt strafrechtlicher Normen: ein Rechtsvergleich zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland**. 1. ed. Berlin: Verlag Logos, 2009

MENEZES, Greici e Estela L. M. Aquino. **Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400002 Acesso: 17 de maio de 2018.

DE MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016

ONU BR. **Aborto seguro é direito de todas as mulheres, dizem especialistas da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/aborto-seguro-e-direito-de-todas-as-mulheres-dizem-especialistas-da-onu/> Acesso: 20 de abril de 2018.

LIMA, Daniela Kedna Ferreira. **Política pública de saúde: o aborto e suas implicações**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vUcjWUaQE8kJ:https://revistas.ifg.edu.br/tecnia/article/download/66/30+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso: 11 de abril de 2018

PEREIRA, Madeiro Alberto e DINIZ, Debora. **Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional**. <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=12&sid=e53d4beb-8238-4df0-9877-ecdd3689dfba%40sessionmgr101>. Acesso 21 de setembro de 2017

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **ADPF 54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso: 13 de maio de 2018

SALIM, Alexandre e Marcelo André de Azevedo. **Direito Penal - Parte Especial - Dos Crimes contra a Pessoa aos Crimes contra a família**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

PSOL. **Procuradoria dos Direitos do Cidadão encaminha a Janot parecer a favor da ação do PSOL sobre aborto**. Disponível em: <https://www.psol50.org.br/procuradoria-dos-direitos-do-cidadao-encaminha-a-janot-parecer-a-favor-da-acao-do-psol-sobre-aborto/>. Acesso: 13 de maio de 2018