

CURSO DE DIREITO

Francisca Nunes de Souza

(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Capão da Canoa

2018

Francisca Nunes de Souza

(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Ana Helena K. Hoefel Pamplona

Capão da Canoa
2018

*Aos meus filhos, João Vitor e João Pedro, ao meu amado
companheiro Afonso Celso pela força, incentivo e fé em minha capacidade, quando
nem eu mesma acreditava em conseguir a elaboração deste trabalho, a minha mãe
por todo carinho e apoio e ao meu pai, in memoriam, com todo meu amor e gratidão.*

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho não teria sido possível sem o apoio da minha família que sempre esteve, incondicionalmente ao meu lado, me incentivando e me apoiando. Pela paciência que todos vocês sempre tiveram comigo.

A minha orientadora, Profa. Me. Ana Helena K. Hoefel Pamplona, pela paciência e fé em minha capacidade de realizar este trabalho, pela sua imensa contribuição intelectual, sugestões e orientação para que este trabalho fosse escrito.

Também agradeço a coordenadora do curso Profa. Karina Meneghetti Brendler, pelo apoio, compreensão, muitos livros emprestados e principalmente, pela sua alegria de viver e ensinar que é contagiante.

Agradeço a todos os professores que tive o privilégio de me acompanharem na minha graduação, em especial a Profa. Elis Cristina Uhry Lauxen, que tanto contribuiu para a realização deste trabalho.

As minhas fieis escudeiras e inseparáveis amigas, Samira Karsten e Fernanda Valente, por não me deixarem desistir e pelo apoio.

O aborto não é, como dizem, simplesmente um assassinato. É um roubo... Nem pode haver roubo maior. Porque, ao malogrado nascituro, rouba-se-lhe este mundo, o céu, as estrelas, o universo, tudo. O aborto é o roubo infinito.

Mário Quintana

RESUMO

Este trabalho tem como tema a descriminalização do aborto no Brasil, visto este ser um assunto extremamente polêmico, por envolver não só questões de vida e morte, mas também, questões morais, sociais, políticas e religiosas. A criminalização não impede que milhares de mulheres pratiquem o crime, todos os dias, mais impede que essas mulheres procurem ajuda e informação de saúde e em decorrência disso, quando não morrem, ficam com sequelas, como a infertilidade. Por essas razões, pretende-se com este trabalho, averiguar a possível descriminalização do aborto no Brasil, sob a ótica dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. Tendo em vista não serem direitos absolutos, não existindo hierarquia entre os mesmos, analisar-se-á a relativização e aplicação desses direitos, que ocorre quando há colisão entre os mesmos. No caso do aborto ocorre colisão entre o direito à vida do feto e vários direitos fundamentais da mulher, como o direito à autonomia da vontade, à liberdade sexual e reprodutiva da mulher, que diante de uma gravidez indesejada é obrigada a leva-la adiante. Para se alcançar tal objetivo pretende-se especificamente analisar as principais características dos direitos fundamentais, suas dimensões e titularidade, identificar quando ocorre colisão entre os mesmos e a aplicação do princípio da ponderação para a solução de conflitos, bem como, o direito à vida e o direito à liberdade. Serão analisados, também, os tipos de aborto permitidos pelo ordenamento pátrio jurídico, bem como, as razões de legitimação; identificar os casos de abortos materialmente existentes e suas consequências; determinar as características das mulheres que praticam o aborto e arrolar os pontos positivos e negativos da legalização do aborto em contraponto com os direitos fundamentais envolvidos. Para realizar este trabalho foi utilizada pesquisa legislativa, documental e bibliográfica através do método de abordagem indutivo buscar-se-á induzir a partir de questões fáticas e doutrinárias, enquanto fenômenos empíricos, perspectivas teóricas mais abrangentes.

Palavras-chave: Aborto, Descriminalização do aborto, Direito à Vida, Direitos Fundamentais, Feto.

ABSTRACT

This work has as its theme the decriminalization of abortion in Brazil, since this is an extremely controversial issue, because it involves not only matters of life and death, but also moral, social, political and religious. Criminalization does not prevent thousands of women from committing crime every day, but it prevents these women from seeking help and health information and as a result, when they do not die, they get physical after-effects such as infertility. For these reasons, it is intended with this work, to investigate the possible decriminalization of abortion in Brazil, from the point of view of fundamental rights, guaranteed by the Constitution. In view of not being absolute rights, there being no hierarchy between them, we will analyze the relativization and application of these rights, which occurs when there is a collision between them. In the case of abortion, there is a collision between the right to life of the fetus and several fundamental rights of women, such as the right to autonomy of the will, to the sexual and reproductive freedom of women, who are forced to carry it out in the face of an unwanted pregnancy. In order to achieve this objective, it is specifically intended to analyze the main characteristics of fundamental rights, their dimensions and ownership, to identify when a collision occurs between them and the application of the principle of consideration for the solution of conflicts, as well as the right to life and right to freedom. It will also analyze the types of abortion allowed by the legal order of the country, as well as the reasons for legitimization; identify cases of materially existing abortions and their consequences; to determine the characteristics of women who practice abortion and to list the positive and negative aspects of legalizing abortion as a counterpoint to the fundamental rights involved. To perform this work was used legislative, documentary and bibliographic research through the method of inductive approach will seek to induce from theoretical and doctrinal issues, as empirical phenomena, theoretical perspectives more comprehensive.

Keywords: Abortion, Decriminalization of abortion, Right to Life, Fundamental Rights, Fetus.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 Características dos Direitos Fundamentais	12
2.2 Dimensões dos direitos fundamentais	15
2.3 Titularidade dos direitos fundamentais	17
2.4 Colisão dos direitos fundamentais	18
2.5 Princípio da ponderação para a solução de conflito	20
2.6 Direito à vida	21
2.7 Direito à liberdade	24
3 ABORTO	27
3.1 Conceito de aborto	28
3.2 Tipos de aborto	29
3.3 Aborto legal	30
3.3.1 Aborto terapêutico ou necessário	31
3.3.2 Aborto sentimental	32
3.3.3 Aborto de feto anencéfalo	33
3.4 Aborto criminoso	35
4 A (IM)POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR O ABORTO	38
4.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal	41
4.2 Entendimentos favoráveis e desfavoráveis a descriminalização do aborto	46
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A questão do aborto no Brasil, sem controvérsia, é um assunto extremamente polêmico, visto que envolvem não só questões de vida e morte, mas também, questões morais, sociais, políticas e religiosas. Apesar de criminalizado não impede que todos os dias milhares de mulheres e adolescentes pratiquem o aborto no Brasil. O aborto é um dos maiores índices de mortalidade materna, visto que metade das mulheres que praticam o aborto precisa ser internada no Sistema Único de Saúde (SUS) para finalizar o procedimento.

O aborto é praticado por mulheres de todas as camadas sociais e de todos os perfis. Como se vê, criminalizar não impede a prática do crime, mas impede que essas mulheres busquem acompanhamento e informação de saúde necessária para que realizem o aborto de forma segura.

Por isso a descriminalização do aborto tem sido objeto de muitas discussões no cenário nacional para que a legislação brasileira seja revista no sentido de que se deve analisar o problema do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, no entanto, encontram oposição dos grupos religiosos e conservadores, no Congresso Nacional.

Em julgado recente, de 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por não criminalizar a interrupção da gestação no primeiro trimestre, visto que, a criminalização fere um conjunto de direitos fundamentais da mulher, como os direitos sexuais, reprodutivos e autonomia da mulher, uma vez que a Constituição Federal tem como preceito fundamental a dignidade da pessoa humana e todo ser humano deve ser tratado com respeito e como fim em si mesmo.

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF54) trouxe destaque ao tema ao decidir que não deve ser considerada como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo. Tal decisão baseou-se especificamente em razão das situações desumanas e desnecessárias que as mulheres sofrem quando precisam realizar aborto no Brasil.

Antes da ADPF54, as mulheres grávidas de fetos anencéfalos (falta de calota craniana) tinham que recorrer à justiça para pedir autorização judicial para realizarem o aborto, pois nesse tipo de gravidez os bebês quando têm a chance de

nascer com vida, morrem logo após o nascimento. Parece cruel impor a uma mulher levar a gravidez até ao final, porque o Código Penal, não tinha como prever tal situação e não evoluiu com a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro só permite à interrupção da gravidez em três casos: quando a gravidez apresentar risco de morte para a mulher; quando a gravidez resultar de estupro e quando tratar-se de feto anencéfalo, podendo, inclusive, ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nos demais casos é crime e a gestante que induzir o aborto poderá ser presa por até três anos, enquanto o médico que realizar o procedimento poderá ser condenado a até quatro anos de prisão.

Assim posto, o presente trabalho tem por objetivo analisar se há possibilidade de descriminalizar o aborto com fundamento nos direitos fundamentais assegurados pela carta magna, haja vista, sua relativização e dos mesmos assegurarem a existência do ser humano, não só sua existência, mas uma existência digna.

A relevância deste trabalho está em verificar, através da análise dos direitos fundamentais e a análise dos tipos de abortos permitidos no Brasil, e os criminosos, se a criminalização do aborto fere os direitos fundamentais da mulher e se a descriminalização não causará aumento nos casos de aborto e ainda, se poderá diminuir o número da mortalidade materna, se esse for ser realizado através do SUS. É só com a discussão do problema e com políticas públicas de saúde da mulher se poderá resolver um problema tão recorrente na vida de milhares de brasileiras.

Para alcançar o objetivo geral desta pesquisa no primeiro capítulo abordar-se-á os direitos fundamentais, que são todos aqueles direitos que estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, e a limitação do poder estatal, por isso se faz necessário analisar suas principais características, suas dimensões, quem são titulares desses direitos, bem como, os conflitos que ocorrem entre os mesmos e o Princípio da ponderação, que é através da aplicação do princípio da ponderação que o magistrado decidirá qual direito irá prevalecer. Para finalizar esse capítulo analisar-se-á o direito à vida e o direito à liberdade que é o direito do sujeito se determinar e decidir.

No segundo capítulo, será abordado o aborto, como seu conceito e os tipos de aborto permitidos pelo Código Penal Brasileiro, o aborto de feto anencéfalo, bem como, os tipos de aborto criminosos.

No terceiro e último capítulo será abordado o aborto no cenário social, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e as discussões favoráveis e desfavoráveis ao aborto.

Para realizar este trabalho foi utilizada pesquisa legislativa, documental e bibliográfica através do método de abordagem indutivo buscar-se-á induzir a partir de questões fáticas e doutrinárias, enquanto fenômenos empíricos, perspectivas teóricas mais abrangentes.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo abordar-se-á os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, como suas características, dimensões e titularidade, bem como, a ocorrência de colisão entre os mesmos e a técnica da ponderação para a solução desses conflitos.

Os direitos fundamentais são instrumentos jurídicos para a proteção do indivíduo perante a atuação estatal. Eles asseguram o mínimo necessário para que o indivíduo seja respeitado e tenha condições de uma existência digna no seio social.

São todos aqueles direitos que estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e a limitação do poder estatal, por isso, esses direitos são destinados a todas as pessoas pelo simples fato de sua condição humana. George Marmelstein (2013, p.17) assim conceitua os direitos fundamentais:

Normas jurídicas, intimamente ligadas a ideia de dignidade da pessoa e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Já para Alexandre Moraes (2011, p. 20) os direitos fundamentais são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade pode ser definido como direitos fundamentais.

Podem ainda, assim ser definidos:

Considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes (PINHO, 2002. p.65).

Pode-se concluir pelos conceitos acima exposto que a dignidade da pessoa humana é a base axiológica desses direitos, por esse motivo todos devem ser respeitados independentemente de sua condição social, raça, cor e sexo. No entanto, não são quaisquer valores que são considerados direitos fundamentais,

mas sim, aqueles que estão positivados na constituição de cada país, ainda que de forma implícita.

Para identificar os direitos fundamentais, imperioso identificar suas principais características, as quais serão abordadas no próximo título.

2.1 Características dos direitos fundamentais

De acordo com os ensinamentos de George Marmelstein (2013, p. 245), por volta do século XVIII, as primeiras declarações de direitos fundamentais eram muito mais orientações éticas do que propriamente imperativos de conduta. “Sua função era equivalente ao de uma carta de boas intenções dirigidas ao legislador e ao administrador sem impor qualquer sanção jurídica para o seu descumprimento”.

Ainda, segundo o autor, os direitos fundamentais passaram por um longo processo evolutivo para que deixassem de serem meros conselhos morais facultativos para se tornarem verdadeiras normas jurídicas (2013, p. 246).

A partir desse momento, os direitos fundamentais adquiriram algumas características que os tornaram normas especiais em relação ao demais direitos.

Nesse sentido, pode-se asseverar, que:

De simples recomendações éticas, eles se tornaram verdadeiras normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capaz de se irradiar por todos os ramos do direito. (MARMELESTEIN, 2013, p. 246).

Importante realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais (MORAES, 2011, p. 21).

O rol de características dos direitos fundamentais é um tema de grande divergência entre os doutrinadores. Desta forma, será utilizada a classificação adotada pela doutrina dominante.

As características dos direitos fundamentais que serão abordados nesse trabalho são: historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, universalidade, indisponibilidade e a imprescritibilidade.

Se entender o caráter dos direitos fundamentais, mister se faz conhecer o contexto histórico em que nasceram, pois nasceram da evolução histórica do homem, através das lutas políticas e religiosas, visando restringir os abusos da opressão dos poderes dominantes. Nesse sentido, afirma Paulo Gustavo Branco (2011, p. 163): “[...] os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”.

São históricos, pois surgiram com o cristianismo, passando pelas diversas revoluções e permanecem nos tempos atuais, explicando o caráter da historicidade que os direitos podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou se modifiquem no tempo.

Nesse sentido nos ensina Norberto Bobbio (1992, p. 5):

Que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Vale ressaltar, que nem sempre o que é fundamental em uma época quer dizer que será em outra, por exemplo, na França, na época da revolução, os direitos fundamentais eram a liberdade, igualdade e fraternidade e na atualidade o conceito de direitos fundamentais abrange até mesmo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Outra característica que se pode citar é a da inalienabilidade, os direitos fundamentais não podem ser vendidos. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais, mas são de interesse da própria coletividade. Por isso não se pode vender um órgão, mesmo com a concordância do doador-vendedor (MENDES; BRANCO 2011, p. 164). Nesse caso excetua-se o direito à propriedade, visto que este pode ser alienado.

Para Paulo Gustavo G. Branco (2011, p. 164) a característica da inalienabilidade traz uma consequência importante, “a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não está sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir”.

Nesse sentido, pode-se se asseverar que:

São direitos intransferíveis, inegáveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis (Silva, 2001, p. 185).

Assim, pode-se concluir que embora os direitos fundamentais sejam direitos subjetivos eles são, também, direitos que interessam a todos, de maneira geral, daí não poder ser alienados.

A irrenunciabilidade é a característica que impede que o seu titular abra mão do seu direito, isto é, os direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas não podem ser renunciados. Decorre dessa característica discussões importantes na doutrina sobre a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto (MORAES, 2011, p. 22).

Os direitos fundamentais possuem também caráter universal, no entanto não é possível afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade desses direitos. Pode-se afirmar que nem todos os direitos se ligam a toda e qualquer pessoa, dentre os direitos fundamentais há direitos de todos os homens, como o direito à vida, mas há também aqueles direitos que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns, como é o caso do direito ao trabalho (MENDES; BRANCO, 2011, p. 162).

Não se pode dizer que os direitos fundamentais são absolutos, visto que, estes podem sofrer limitações quando enfrentam outros valores constitucionais.

No que tange a característica absoluta, faz-se necessário esclarecer que os direitos fundamentais sofrem limitações, não sendo, pois, absolutos. Os direitos fundamentais sofrem limitações quando enfrentam outros valores de ordem constitucional (MENDES; BRANCO, 2011, p. 162).

Outra característica que merece destaque é a da indisponibilidade, visto que esta funda-se na dignidade da pessoa humana e está vinculada à potencialidade do homem de se determinar e de ser livre (MENDES; BRANCO, 2011, p. 165).

Pode dizer-se também que os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, não deixam de ser exigidos pelo simples fato de não serem usados. Para José Afonso (2001, p. 185):

Prescrição é um instituto jurídico que somente, atingindo, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Uma vez que a prescrição só atinge a exigibilidade de direitos de caráter patrimonial, não atinge os direitos personalíssimos, como os direitos fundamentais. O não exercício desses direitos não pode fundamentar a perda de exigibilidade pela prescrição. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são permanentes, pois não prescrevem com o decurso do tempo.

Também se faz necessário a análise da evolução dos direitos fundamentais, visto que estes se modificam com o passar do tempo. É o que se chama de dimensões dos direitos fundamentais, ao que será abordado no título seguinte.

2.2 Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais nasceram gradativamente, de acordo com os anseios de cada época. Sendo reconhecidos pelas primeiras constituições, e desde então, passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito a seu conteúdo como a sua titularidade, eficácia e efetivação (SARLET, 2009, p. 45).

Desde então, todas as constituições modernas passaram a reservar um capítulo específico para positivizar os direitos do homem, chamado literalmente de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais surgiram como instrumento de limitação estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade (MARLELSTEIN, 2013, p. 31).

De acordo com Clóvis Gorczewski (2008, p. 8), os primeiros direitos a serem afirmados como direitos fundamentais foram os direitos civis e políticos (que limitavam o poder estatal); mais tarde foram conquistados os direitos sociais (que impõe ao estado o dever de agir); e por fim os direitos de grupos ou categorias (que expressam o amadurecimento de novas exigências); e, já é quase unânime, entre os

doutrinadores a existências de uma quarta e quinta fases. Sendo essas fases consideradas de “geração”¹.

Apesar de poder existir até cinco dimensões de direitos fundamentais, no presente trabalho, abordaremos apenas os direitos de primeira dimensão.

Os direitos de primeira dimensão surgiram ao longo dos séculos XVIII e XIX e baseiam-se no princípio da liberdade, inerente à individualidade do homem. São direitos individuais com caráter negativo, pois eles exigem uma abstenção do Estado. Para Clovis Gorczewski (2008, p. 10):

Trata-se de uma oposição à ação do Estado que tem a obrigação de abster-se de atos que possam representar a violação de tais direitos constituem-se, portanto, uma limitação ao poder público. Referem-se aos direitos e liberdades de caráter individual: direito à vida, a uma nacionalidade, a liberdade de movimento, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, o direito ao asilo, à proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, à proibição da escravidão, ao direito de propriedade, à inviolabilidade de domicílio etc [...].

Para Alexandre Moraes (2011, p. 25), os direitos fundamentais de primeira dimensão “são direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente pela Magna Carta”. Foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade e estão relacionados diretamente à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. Por isso, caracterizam-se por conterem uma proibição ao Estado de abuso de poder. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não-fazer. São direitos relacionados às pessoas, individualmente, como à propriedade, à igualdade formal, à liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida (MENDES; BRANCO, 2011, p. 155). Posteriormente, esses direitos foram complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação) e pelos direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando íntima correlação entre os direitos e a democracia (SARLET, 2009, 47).

Como se pode verificar, os direitos fundamentais não surgiram todos simultaneamente, eles foram surgindo gradativamente conforme as revoluções de cada época.

¹ Alguns doutrinadores costumam, também, empregar a palavra “geração”, o que não é bem aceito pela maioria, visto que, uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, por isso a doutrina prefere a denominação dimensões. É o caso do autor Ingo Wolfgang Sarlet.

No próximo título será analisado quem são os titulares dos direitos fundamentais.

2.3 Titularidade dos direitos fundamentais

Não resta dúvida de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais. Pode-se indagar, porém, se apenas as pessoas físicas protagonizam tais direitos (BRANCO, 2011, p. 195).

Vê-se que por excelência, todo ser humano é titular de direitos fundamentais. Vale ressaltar que até mesmo os nascituros (fetos e embriões) são protegidos pelo ordenamento jurídico-constitucional, já que eles são seres humanos em potencial (MARMELSTEIN, 2013, p 228).

Vejamos o que diz o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL,1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), *in verbis*:

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

Embora o artigo refira-se apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a expressão deve ser analisada junto ao princípio da dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que o constituinte positivou o princípio da pessoa humana (art. º, inc. III), pretendeu-se atribuir direitos fundamentais a todos os seres humanos, independentemente de nacionalidade. Para Paulo Gustavo:

Há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana (MENDES; BRANCO, 2011, p. 220).

Portanto, mesmo os estrangeiros que estejam no país apenas de passagem podem ser titulares dos direitos fundamentais.

Embora os direitos e garantias assegurados no artigo 5º da Constituição Federal refiram-se apenas às pessoas físicas, as pessoas jurídicas (inclusive as de direito público) também podem ser titulares de tais direitos, naquilo em que for compatível com a sua natureza. Esse também é o entendimento de Alexandre

Moraes (2011, p. 76) “igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito á existência”. Existem, porém alguns direitos que não se aplicariam as pessoas jurídicas, como por exemplo, á pena de morte ou o direito ao voto, pois são inerentes as pessoas físicas. Por outro lado, existem direitos ligados à sua atividade econômica, como o direito de propriedade, o direito á livre iniciativa.

Como todas os serem humanos são titulares de direitos fundamentais e esses exercem seus direitos ao mesmo tempo, pode ocorrer colisão entre estes direitos. Conforme será abordado no título a seguir.

2.4 Colisão de Direitos Fundamentais

É muito comum, no exercício de direitos fundamentais, haver colisão entre os mesmos. Segundo Gilmar Mendes (2011, p. 266) “Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares”. Para Andrade (1987, p. 220) “[...] haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”.

A colisão resulta da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, ou seja, não existe um direito que seja mais importante que o outro ou que haja um direito absoluto. Dizer que um ou mais direitos fundamentais serem superior aos demais é impor uma espécie de tirania de valor, esvaziando o conteúdo dos direitos fundamentais, observado diante da colisão entre os mesmos (LOBO, 2006, <<https://jus.com.br>>).

Os casos mais clássicos de colisão de direitos fundamentais são os que envolvem os seguintes conflitos: o direito de informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade (MARMELSTEIN, 2013, p 361). Ou ainda, o direito á vida do feto com o direito a autonomia da mulher nos casos de aborto. Ambos estão protegidos pela Constituição, mas um dos dois terá que ceder diante do caso concreto. Segundo entendimento de Ana Carolina (2006, <<https://jus.com.br>>):

Se o direito à vida fosse sempre superior aos demais direitos, não seria admitido pela legislação pátria, o aborto em caso de estupro, já que inexistente

risco de vida à mulher e ao feto. Nesse caso conflitam dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à honra da mulher vítima da violência, tendo o legislador, ao ponderar os interesses jurídicos em questão, optado por prestigiar a honra da mulher em detrimento da vida do feto.

Nesses casos de conflito, não se pode estabelecer abstratamente qual o direito deve prevalecer. Somente analisando o caso concreto é que será possível, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer em relação ao outro. A partir daí, o que se verifica é que um princípio limita a aplicação do outro, devendo, então, haver uma ponderação, a fim de se estabelecer uma relação de precedência condicionada, por meio do qual, em presença de certas condições, um princípio se sobrepõe ao outro e, em outras, dá-se exatamente o contrário (LEMOS; LEAL, 2007, p. 388 – 389).

Percebe-se que os princípios têm estreita relação com a noção da proporcionalidade, através de seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Visto que, sempre que ocorrer conflito entre princípios, será através da aplicação destes subprincípios que se verificará, com relação aos princípios em choque, qual deles apresentará dano menor em sua restrição; tem-se ainda a adequação, pois o meio utilizado deve ser adequado para que o fim seja atingido de forma menos gravosa e por último a proporcionalidade em sentido estrito, que através desta se estabelece a real proporção entre o meio utilizado e o fim almejado, sem que haja, para tanto, excessos (LEMOS; LEAL, 2007, p. 388 – 389).

Como se vê, a Constituição federal deve ser interpretada como um sistema aberto, pois não existe um direito fundamental que seja absoluto em relação ao outro.

[...] pois, se assim não fosse, isto é, se houvesse uma preponderância absoluta de certos princípios com relação a outros, colocar-se-ia em risco a própria noção de unidade axiológico-normativa da Constituição [...] (LEMOS; LEAL, 2007, p. 388 – 389).

Por essa razão, faz-se necessário a análise da aplicação do princípio da ponderação para a resolução dos conflitos, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade, é o que será abordado a seguir.

2.5 Princípio da ponderação para a solução dos conflitos

Na ocorrência de conflito, qualquer decisão que se venha a tomar resultará na restrição total ou parcial de um dos valores. Poderá o juiz decidir pelo direito de informação em detrimento ao direito de imagem. Todas as decisões envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial. Daí porque é preciso partir para a ponderação para a solução dos conflitos (MARMELSTEIN, 2013, p 361).

Segundo Barroso (2002. p, 265) a solução de conflito deve assim ser resolvida:

A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador [na confecção de leis restritivas de direitos] não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. (grifo próprio)

Para decidir sobre qual direito deverá prevalecer sobre o outro, o juiz levará em consideração qual a importância da informação, se é de interesse público; se tem intuito de lucro com a informação; se viola a honra do interessado; qual local foi exposto e assim por diante. No fundo, a ponderação não passa de um dever de argumentar com transparência, forçando o julgador a expor com técnica e consistência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou de outro princípio constitucional (MARMELSTEIN, 2013. p. 379). Segundo Ana Carolina (2006, <<https://jus.com.br>>):

No que concerne à jurisdição constitucional das liberdades, a ponderação de interesses, realizada com base na razoabilidade, é a técnica mais adequada para dirimir conflitos entre direitos fundamentais. Somente a ponderação entre os valores em questão pode resultar na escolha da melhor medida.

George Marmelstein (20013, p. 378), assim conceitua a Técnica da Ponderação:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação ao quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes [...].

Wilson Antônio Steinmetz (200, p.140), ainda complementa, “O método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”.

2.6 Do Direito à Vida

Imperioso dizer que é difícil à definição de direito à vida, visto que, este deve ser interpretado não somente como direito de estar vivo, mas, também, de ter uma vida digna. Segundo ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 675 – 676):

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos físicos-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua nom* para o exercício dos demais.

Visto que o significado constitucional de vida é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BULOS, 2011, p. 532). Ou seja, o direito à vida são todas as formas que garantem a dignidade da pessoa humana.

Apesar de não existir, no sistema constitucional brasileiro, um direito fundamental com caráter absoluto, para Alexandre de Moraes (2007, p. 243) “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Assim também pensa Maria Helena Diniz (2007, p. 243):

Por meio de uma interpretação corretiva percebe-se que o direito à vida tem posição privilegiada, antecedendo a todos os demais direitos da personalidade, pois sem ele de nada valem os demais.

Nessa mesma linha de raciocínio o jurista Paulo Gustavo (2011, p. 287) aduz que “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção. É o que determina o artigo 2º do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>): “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”. Logo, a lei protege o feto/embrião, que é uma vida humana em desenvolvimento. O respeito à vida é assegurado não somente pela Constituição, mas também pelo Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário².

Esse também é o entendimento de Uadi Lammêgo (2011, p. 533) “O direito à vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando num ovo ou zigoto”. Assim, tanto a expectativa de vida (vida intrauterina) como a sua consumação efetiva (vida extrauterina) constituem um direito fundamental. Sendo importante ressaltar que a constituição federal protege à vida de forma geral, inclusive a uterina.

A proteção do direito à vida é dever do estado de agir para preservá-la, inclusive contra a vontade de seu titular e, sobretudo quando este se encontra vulnerável, a Constituição, no artigo 227, dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Segundo o entendimento de Alexandre Moraes (2004, p. 66):

A Constituição Federal proclama, portanto o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência.

Portanto, não basta estar e permanecer vivo, é preciso viver com dignidade. O direito à vida é tão importante que nem mesmo o seu titular pode dele dispor.

² A convenção Americana de Direitos Humanos – O Pacto de San José da Costa Rica declara no seu artigo 4º, que “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. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2007, p. 22):

Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal.

Por esse motivo, o Código Penal Brasileiro considera crime a prática do aborto, punindo tanto a gestante quanto o médico que realiza o aborto. Ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse direito, que é o primeiro da pessoa humana, tem em sua concepção atual conflitos com a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia (MORAES, 2011, p. 80).

A expressão “direito à vida” está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares. O direito à vida, porém, não tem sua abrangência restrita a estas questões [...] (BRANCO, 2011, p. 288). Em tempos remotos todo ser humano tinha o direito, segundo a lei natural, de se lançar a atos de autopreservação. No século XX, porém, sobretudo a partir da sua segunda metade, intensifica-se o exame do direito à vida em seus desdobramentos ligados à reprodução. Nesse âmbito, dois problemas básicos se opõem – o do início do direito à vida e o da harmonização com outros direitos que lhe disputem incidência num caso concreto (BRANCO, 2011, p. 289).

Parece-nos que toda a controvérsia em relação ao aborto está no silêncio da Constituição Federal em relação ao marco inicial da vida. Segundo José Afonso da Silva (2009, p.203):

Houve três tendências no seio da Constituinte: Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direitos se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitaria o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto.

Vê-se que, ao final, nenhuma das três posições prevaleceu de forma pura, embora não se possa depreender que o texto constitucional tenha sido de todo omissivo sobre o tem

a, uma vez que deixou margem para interpretações diversas. Em termos práticos, tudo indica que os constituintes deixaram para a legislação ordinária, em especial, a penal, enfrentar o tema, sobretudo após a definição acerca do momento inicial a vida humana.

No que tange a omissão Constitucional, para Ingrid Bispo não impede que dela se extraia acerca do início da vida e sua proteção. “Cabe-nos, então, interpretar a Constituição de maneira ampla, sem tomar como absoluto qualquer direito antes de ponderá-lo com outro. Devemos pensar além do direito à vida e abranger, ao seu lado, o direito à saúde, à liberdade, à privacidade e à igualdade” (2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>).

Assim, as normas constitucionais não devem ser interpretadas de maneira desordenada, isolada, mas de forma unificada.

Após a análise do direito à vida, faz-se necessário também a análise do direito à liberdade. É o que abordar-se-á no próximo título.

2.7 Do Direito à Liberdade

A liberdade é um direito fundamental contido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso IV (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>). É um poder de se autodeterminar e de autorealizar como pessoa. Todo ser humano é dotado de livre arbítrio, é o poder de decidir por si mesmo entre uma coisa e outra.

Conforme lição de José Afonso da Silva (2009, p. 233):

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. [...] Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

Nessa noção, encontram-se todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade (SILVA, 2009, p. 233). A autonomia da vontade é a faculdade que o

indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento de um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas (MARMELSTEIN, 2008, <<https://direitosfundamentais.net>>).

Ainda, de acordo com autor:

A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de auto-determinação, ou seja, de determinar autonomamente o seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, de definir sua orientação sexual etc. (...) (MARMELSTEIN, 2008, <<https://direitosfundamentais.net>>).

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2018, <<http://www.mariaberenice.com.br>>):

Um dos princípios basilares do estado democrático de direito é o da liberdade que, juntamente com o da isonomia, sustentam o direito maior de respeito à dignidade da pessoa humana, que são os elementos constitutivos dos direitos humanos fundamentais.

Assim, o direito à liberdade está estritamente ligado à dignidade da pessoa humana. A mulher tem o direito de dispor sobre o seu próprio corpo na medida em que não prejudique a liberdade de outro cidadão. A liberdade de escolha da mulher é limitada pelo direito à vida do embrião, o qual, apesar, de ser superado, num juízo de ponderação, pelo direito à vida da mulher, não é sobreposto pelo direito à liberdade de escolha/disposição do próprio corpo quando apresentar potencialidade de vir a se tornar pessoa-indivíduo (BISPO, 2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>). Isto porque o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto instrumento hermenêutico de interpretação de conflitos normativos tem sido utilizado de modo a estabelecer uma preponderância de outros direitos fundamentais quando colidentes com o direito à vida (Santos, 2016, p. 285). A carta magna ao consagrar o direito à vida como direito fundamental, previsto no Título II Dos direitos e Garantias Individuais, resguarda a vida do ser humano em todas as fases do seu desenvolvimento, ou seja, desde a concepção até a velhice, uma vez que durante seu desenvolvimento tem-se a continuidade do mesmo ser (SANTOS, 2016, P. 287).

De tudo exposto acima, pode-se concluir que o direito à liberdade é limitado pelo direito do outro. O ser humano tem o livre arbítrio para se decidir por esse ou aquele caminho, desde que não cause mal ao próximo.

Para averiguar a possível descriminalização do aborto, mister se faz a análise dos tipos de aborto no próximo título.

3 ABORTO

Embora a temática aborto, seja extremamente polêmica, por envolver vários aspectos como: morais, sociais, políticas e religiosas, o aborto sempre esteve presente na História da humanidade e nem sempre foi criminalizado, visto tratar-se de uma prática comum entre os povos da antiguidade, haja vista, o feto ser considerado como parte integrante do corpo da mulher. Nesse sentido, Maria Helena Diniz, (2007, p. 33) assevera:

Na antiguidade, entre gregos e romanos, o aborto ficava impune, ante o fato de considerarem o feto como *pars viscreum matris*, ou seja, parte integrante da mãe, que, então, podia livremente dispor do seu próprio corpo, reputando-se, mais ou menos por volta do ano 200 d. c. [...].

Em Roma, as XII Tábuas e as leis da República não faziam menção ao aborto, que só posteriormente foi considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo castigado, no tempo de Septímio Severo, como pena extraordinária [...] (DINIZ, p. 33).

Nesse sentido, declara Maria Tereza Verardo (1987, p. 79):

Na Mesopotâmia, o Código de Hamurabi, 1700 a. C., trazia uma inscrição que considerava o aborto como um crime contra os interesses do pai e do marido e uma lesão contra a mulher. Nessa ótica, o marido era considerado prejudicado e ofendido economicamente.

No Brasil, a interdição do aborto provocado voluntariamente pela gestante ou com o seu consentimento vigora expressamente no ordenamento jurídico brasileiro desde promulgação do código Penal Brasileiro de 1890, muito embora fosse, antes dessa data, repudiado moralmente. É importante ressaltar que até essa época ainda campeavam as dúvidas relativas à ausência de alma antes do terceiro trimestre de gestação, não havendo consenso sobre a existência desse tipo de crime propriamente dito, o que não afastava a condenação do ato como imoral e atentatório aos preceitos religiosos que informavam as normas penais vigentes (Roberto Chateaubriand Domingues, 2008, p. 67 - 70).

O aborto só passou a ser criminalizado, com o texto penal de 1940, assim, o aborto passou a ser crime passível de prisão, tanto para a mulher que o pratica, pena detenção de 1 a 3 anos de prisão, como para aquele o realiza com seu

consentimento, pena reclusão de 1 a 4 anos de prisão. No entanto, o aborto realizado por médico não é considerado crime, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

O legislador ordinário optou por elencar o crime de aborto junto àqueles relativos aos crimes contra a pessoa, mais especificamente no capítulo que trata sobre os crimes contra a vida.

Decorrendo daí o primeiro problema a ser enfrentado ao se discutir a questão do aborto para além do disposto no Código Penal Brasileiro, sobretudo à luz dos princípios constitucionais (DOMINGUES, 2008, p. 67 - 70).

Para que se possa ter um panorama geral do aborto como crime, faz-se necessário conhecer seu o conceito. É o que abordar-se-á no próximo título.

3.1 Conceito de aborto

O termo aborto origina-se no latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído (DINIZ, p. 29). Ou ainda, nas palavras de Maria Tereza Verardo (1987, p. 23) “Considera-se aborto a interrupção de uma gravidez”.

Para Capez (2014, p. 144) o aborto seria:

[...] a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

De acordo com Damásio de Jesus (2007. p. 119):

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento.

O Direito Penal, ao definir o crime de aborto, visualiza proteger a vida intrauterina, pois a vida extrauterina já é tutelada por diversos outros dispositivos, com destaque para o art. 121, que cuida do homicídio. Dessa maneira, enfim podemos

conceituar o crime de aborto de acordo com os aspectos elegidos pelo Direito Penal. O aborto, para fins penais, consiste na interrupção fisiológica da vida intrauterina. É a morte do embrião ou feto em decorrência da interrupção da gravidez (BISPO, 2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>).

Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul - CREMERS (2018, <<http://www.cremers.org.br>>), o termo correto é abortamento e o conceito é, "abortamento é a interrupção do processo gestacional até a 20ª ou 22ª semana de gravidez e com produto da concepção (aborto) pesando menos de 500g. A partir dessa idade gestacional, entende-se como antecipação do parto"³.

Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o aborto seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intra-uterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o parto prematuro ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade (DINIZ, p. 29).

Assim, diferentemente da medicina, a lei não faz distinção, se é óvulo, embrião ou feto, em qualquer fase da gravidez que ocorrer sua interrupção estará configurado o crime de aborto.

Para que se possa falar em descriminalização do aborto, faz-se necessário conhecer os tipos de abortos e quais são os permitidos no ordenamento jurídico pátrio, que serão abordados no próximo título.

3.2 Tipos de aborto

De acordo com a causa que o provocar, o aborto pode ser classificado como:

- a) espontâneo, se a interrupção ocorrer em consequência de vários fatores de ordem natural, ou seja, se a expulsão do feto se der pelo próprio organismo da mulher;
- b) acidental, ocasional, ou circunstancial, se inexistir qualquer propósito dirigido de à interrupção da gravidez, aqueles provocados por agentes externos, como emoção violenta, queda, sem que haja qualquer ato culposos;
- c) provocado,

³ Abortamento é a ação, expulsão ou remoção, que causa a morte do concepto; enquanto que Aborto é o resultado do abortamento, o próprio concepto morto (CREMERS, 2018, <<http://www.cremers.org.br>>).

quando tiver interrupção deliberada da gestação pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem seu consentimento, mediante agentes externos, de ordem física, química ou mecânica, para atender a motivos terapêuticos, eugênicos, econômicos, morais, sociais e psicológicos, podendo ser legal ou criminoso (DINIZ, p. 30).

A doutrina nos traz várias classificações de abortos provocados, mas nesta pesquisa utilizar-se-á a classificação dada por Maria Helena Diniz (2007, p. 30 – 31) qual seja: a) terapêutico, quando é para salvar a vida da mãe; b) sentimental, quando é resultante de estupro; c) eugênico, quando é provocado para livrar-se de um bebê com taras; d) econômico, quando a gestante ou o casal não tem condições financeiras para prover adequadamente o sustento do filho e que ainda viria agravar a situação econômico-familiar, lesando os demais filhos; e) estético, quando a gestante interrompe a gravidez para não ficar com o corpo disforme; f) *honoris causa*, quando praticado pela gestante para ocultar sua gravidez da sociedade, visando preservar a honra.

No tocante a licitude, o aborto pode, ainda, ser classificado como legal ou criminoso.

Após a devida classificação, se faz necessário dizer que apenas três dessas classificações são permitidas pelo ordenamento jurídico Brasileiro, quais sejam: o aborto terapêutico e o aborto sentimental, previstos no Código Penal e o aborto de feto anencéfalo, que, embora não esteja previsto no Código Penal Brasileiro, este foi considerado legal pelo STF no julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF54).

Este trabalho visa abordar apenas esses três tipos de abortos provocados, considerados legal, bem como, os tipos de aborto criminoso. Como se verá no próximo título.

3.3 Aborto Legal

O ordenamento pátrio Brasileiro prevê algumas hipóteses permissivas de aborto, ou seja, não se pune o aborto provocado por médico quando for para salvar a vida da gestante e nos casos de gravidez resultante de estupro, denominados pelos doutrinadores como “aborto legal”.

Nos termos do artigo 128, I e II do código Penal, não se pune o aborto praticado por médico quando, *in verbis*:

Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Na primeira hipótese, o Código Penal prevê o denominado aborto terapêutico ou necessário; na segunda hipótese, o aborto sentimental ou humanitário (JESUS, p. 128, 2007).

Há ainda, o aborto de feto anencéfalo, que é excludente de ilicitude supralegal. Como se verá no próximo subtítulo.

3.3.1 Aborto terapêutico ou necessário

Na primeira hipótese prevista no artigo 128, I do Código Penal temos o aborto terapêutico ou necessário. De acordo com os ensinamentos de Damásio de Jesus (2007, p.128) “O aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde”.

Logo, é praticado para salvar a vida da mãe. Este tipo de aborto é realizado por médico, com ou sem o consentimento da gestante, desde que não haja outra alternativa para salvar sua vida, que corre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial (DINIZ, 2007, p. 30). Ainda, de acordo com os ensinamentos da autora:

Somente o aborto necessário é permitido legalmente, subsistindo o delito penal e a aplicação da pena cabível quando se interromper o ciclo gravídico com o escopo de preservar a saúde da gestante.

Neste mesmo sentido, “O aborto terapêutico é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la” (CAPEZ, 2014, p. 159).

Ainda de acordo com o renomado jurista, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto).

Assim, na primeira hipótese prevista no art. 128, I do Código Penal, tem-se o aborto necessário, que apresenta como elementos essenciais para a sua caracterização o iminente perigo de vida da gestante associado à inexistência de qualquer outro meio que possibilite salvar sua vida. Vê-se, portanto, que não se trata apenas de cuidar da saúde da mulher, mas, sobretudo, que ela esteja de fato em risco de morte (DOMINGUES, 2008, p.72).

Percebe-se que aqui, os tipos de aborto, ora excepcionados, deverão ser realizados pelo médico, caso seja realizado por outra pessoa, ainda que seja para salvar a vida da gestante, cometerá crime, conforme assevera Lilia Nunes dos Santos (2016, p. 125), que:

Tendo em vista que a ausência de punição não exclui a ilicitude, caso um particular realize as manobras abortivas com o objetivo de salvar a vida da gestante ou porque ela foi vítima de estupro, o crime estará configurado e sobre ele recairá a sanção penal [...].

Embora, tanto a vida do feto quanto a vida mãe sejam os bens jurídicos tutelados pelo estado, o aborto não poderá ser realizado por qualquer pessoa, ainda que seja uma enfermeira, sendo lícito apenas o aborto realizado pelo médico, deverá decidir-se pela vida da gestante, ainda que não tenha seu consentimento.

3.3.2 Aborto sentimental

Na segunda hipótese prevista no artigo 128, II do Código Penal temos o aborto sentimental, também conhecido como aborto ético ou humanitário, é admitido por lei, por ter sido a gravidez resultante de estupro e desde que a interrupção seja provocada por médico, com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, independentemente de autorização judicial se comprovada à violência ou o delito sexual (DINIZ, p. 31).

O que está perfeitamente consubstanciado pelo entendimento de Capez (2014, p. 161):

Trata-se de aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso pode lhe acarretar.

Neste caso, embora a vida da gestante não esteja correndo perigo o que justifica a despenalização do aborto é o fato dela ser vítima de um estupro violento.

Nesse sentido:

Inevitável lembrar que a ideia que ampara o aborto sentimental é a de impedir que a mulher carregue em seu ventre o fruto da concepção indesejada, resultado de prática violenta, à qual ela foi constrangida, e também evitar que, caso o nascimento ocorra, seja ela obrigada a conviver com um filho que vai lhe fazer se lembrar, por toda a vida, da violação que sofreu (SMANIO; SOUZA; KUMPEL; OLIVEIRA; LMA; JESUS, 2011, <<http://www.migalhas.com.br>>).

Logo, o aborto sentimental tem o condão de evitar que a mulher tenha problemas de ordem psicológica difícil de superar.

No entendimento de Domingues (2008, p. 73) “[...] trata de casos de interrupção de gravidez resultante de estupro e fundamenta-se no direito à honra, à integridade física e psíquica da mulher e à segurança social, já que o estupro é delito previsto no Código Penal em seu art. 213”⁴.

Como se vê, justifica-se o aborto sentimental para salvaguardar a dignidade, a integridade física e psíquica, bem como, a honra da gestante. Assim, ao contrário do aborto terapêutico, no aborto sentimental, o médico, para realizar o aborto, necessita do consentimento da gestante ou do seu representante legal. Nesta hipótese, é indispensável que a gestante queira abortar.

3.3.3 Aborto anencéfalo

O aborto anencéfalo, também chamado de aborto eugenésico ou eugênico, é aquele realizado quando os exames pré-natais indicarem que a criança nascerá com anencefalia (ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio).

⁴ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Esse tipo de aborto é permitido quando o feto é desprovido de calota craniana, desde que sejam assistidos por médicos, e devidamente comprovados por laudo médico, haja vista, este não ter perspectiva de vida, vindo a morrer momentos após o nascimento ou até mesmo nascer morto. Essa é umas as hipóteses permissivas de aborto mais discutidas na modernidade.

O Ministro Marco Aurélio, assim conceitua a anencefalia “A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária” (BRASIL, 2012, <<https://www.jusbrasil.com.br>>).

Segundo Capez (2014, p. 163) assevera: “Alias, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entende-se que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico”.

Ainda de acordo com o referido jurista, O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não pode se falar em vida.

Como dito anteriormente, o Código Penal Brasileiro não prevê este tipo de aborto, mas foi considerado legal pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54 (ADPF54). Até essa decisão do STF, não era permitida a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos. Para que fosse realizado o aborto, a mulher gestante precisava recorrer ao judiciário, para que os juízes concedessem um alvará que autorizava o aborto.

O aborto de anencéfalo é excludente de ilicitude supralegal porque o STF tomou ciência que a Medicina comprovou a inviabilidade do feto anencéfalo, e o aborto eugênico em geral não é permitido no nosso ordenamento jurídico porque é preciso que os médicos e, por conseguinte, o Judiciário, analisem caso a caso se há ou não possibilidade de vida extrauterina – exceto em hipótese de aborto de anencéfalo (BISPO, 2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>).

Nesse tipo de aborto o conflito de direitos fundamentais é aparente, visto que o feto é considerado um natimorto pelo Conselho Federal de Medicina.

O Min. Marco Aurélio (BRASIL, 2012, <<http://www.stf.jus.br>>) assim justifica seu voto: “Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou

será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais”.

Por essa razão, o aborto de feto anencéfalo foi autorizado pelo STF, não há aqui, uma escolha entre a vida do feto e a da gestante, nada justificaria impor a gestante que leva a gestação a diante, visto que, a mesma não terá um bebê em seus braços após o nascimento. Assim assevera o citado Ministro: “Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”.

Não havendo razão para impor a gestante passar por tamanho sofrimento, sendo que no final ela não terá seu bebê em seus braços.

Após ter-se analisado os tipos de aborto considerados “legal” passar-se-á a análise dos tipos de aborto considerados criminosos.

3.4. Aborto criminoso

O aborto criminoso constitui crime contra a vida, consiste na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva (DINIZ, 2007, p. 35).

Para que se configure o crime é necessário à comprovação da gravidez, pelos meios legais admissíveis; o dolo, ou seja, a intenção de livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do produto da concepção e que seja empregado técnicas abortivas idôneas para obter a morte do ser concebido (DINIZ, 2007, p. 35).

O Código Penal Brasileiro prevê as seguintes modalidades de aborto criminoso: aborto provocado pela gestante ou dado com o seu consentimento previsto no artigo 124; o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante previsto no artigo 125 e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, este último previsto no artigo 126.

O auto-aborto é o aborto provocado pela própria gestante. Está previsto no artigo 124 do Código Penal, “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”, onde o legislador trás duas hipóteses de delito.

Segundo Diniz (2007, p. 37), o auto-aborto “É o aborto provocado pela própria gestante em si mesma, intencionalmente, tirando a vida do feto, mesmo se instigada ou auxiliada por outrem (art. 124) de modo secundário”.

Na primeira hipótese a gestante, por intermédio de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, já na segunda hipótese, a gestante presta consentimento no sentido de que terceiro lhe provoque o aborto (JESUS, 2007, p. 124). Na segunda hipótese, o a mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceiro (CAPEZ, 2014, p. 153).

O auto-aborto é punido com detenção de 1 a 3 anos, mas, se for executado por terceiro, tendo a gestante como co-partícipe, por ter consentido a prática abortiva, o terceiro será punido com reclusão de 1 a 4 anos, enquanto a gestante será punida com a mesma pena de 1 a 3. (Diniz, 2007, p. 37-38).

Ainda, segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 38):

[...] o partícipe do auto-aborto, além de ser responsabilizado por esse delito, poderá sofrer as penas cominadas para o homicídio culposo ou lesão corporal culposa, na hipótese de ocorrência de morte ou lesão corporal grave sofrida pela gestante [...]

Como se vê, mesmo com o consentimento da gestante esse tipo de crime se executado por outra pessoa será mais grave e responderá nos termos do artigo 126 do código penal.

O aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, está previsto no artigo 125 do Código Penal e segundo Capez (2014, p. 154), essa modalidade abortiva “Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão de 3 a 10 anos)”, visto não haver o consentimento da gestante no emprego dos meios abortivos pelo terceiro.

Já o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, está previsto no artigo 126 caput, do código penal, é punido com reclusão de 1 a 4 anos. A pena é mais grave do que a do auto-aborto, pois o terceiro, apesar de contar com o beneplácito da gestante, além de dolosamente retirar a vida do nascituro, pode causar dano à incolumidade físico-mental da mãe, inclusive pondo em risco sua vida (DINIZ, 2007, p. 38). Para que se caracterize o aborto consentido é necessário que o

consentimento da gestante seja válido, ou seja, que ela tenha capacidade para consentir, e que seu consentimento perdure durante toda a execução do aborto, posto que se houver revogação por parte dela e ainda sim prosseguir o terceiro, incorrerá em crime mais grave (artigo 125, CP) e a gestante não responderá em delito algum (CAPEZ, 2014, p. 156).

Como se pode vê, o consentimento da gestante deve perdurar durante todo à manobra abortiva.

Logo, após explanados os tipo de aborto previsto pelo ordenamento pátrio, passa-se a verificar, no próximo capítulo, se é possível descriminalizar o aborto no Brasil, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como, os entendimentos favoráveis e desfavoráveis a descriminalização do aborto.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAR O ABORTO

A principal controvérsia que se apresenta quando a questão é a interrupção voluntária da gravidez aponta para o direito à vida, garantia positivada pelo texto constitucional a partir do título II [...] (DOMINGUES, 2008, p. 80). O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais (DINIZ, 2007, p. 20).

Para abordar a discussão da descriminalização do aborto, deve-se ter presente que o ordenamento jurídico brasileiro, protege a vida humana intrauterina. Para além da garantia do direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, a Constituição protege igualmente a própria vida humana, o que abrange também a vida pré-natal, mesmo que ainda não investida numa pessoa (RAMPAZZO, 2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>).

A Constituição Federal de 1988 consolidou os direitos e garantias fundamentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, nesta perspectiva, o constituinte originário elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e norte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, quando estabeleceu a tutela e a proteção de todo ser humano, como espécie humana, independente de qualquer situação (SANTOS, 2016, p. 284).

Por essa razão a descriminalização do aborto, em qualquer caso, afronta a Constituição Federal, bem como, outras normas infraconstitucionais, conforme se verá a seguir:

Constituição Federal, artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Como se vê, a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida. Baseado no dispositivo constitucional acima reproduzido, juristas, teóricos e militantes do movimento pró-vida argumentam contrariamente a toda e qualquer possibilidade de alteração da legislação tendente a descriminalizar a prática do aborto no País (DOMINGUES, 2008, p. 80).

Ainda, de acordo com a referida autora, “A principal tese defendida diz respeito à fundamentalidade do direito à vida, considerado valor supremo pelo constituinte originário de 1988 e positivado como cláusula pétrea”.

Em análise ao mesmo dispositivo constitucional, Lília Nunes dos Santos (2016, p. 288) dispõe que: “Diante do vocábulo “todos”, observa-se que a inviolabilidade da vida é um direito não só das pessoas já nascidas, mas também do embrião humano [...]”. Chama atenção ainda a referida autora, para o artigo 60, § 4º da Constituição Federal:

[...] ao erigir o direito à vida como cláusula pétrea, além de impedir qualquer alteração que resulte na absoluta violação ou supressão deste direito, por meio de emenda constitucional, inviabiliza a edição de leis infraconstitucionais que contrariem este direito fundamental, dentre elas a lei que descriminaliza o aborto (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Assim, o direito à vida é essencial e sem o qual inviabiliza o exercício dos demais direitos.

A Constituição Federal, Artigo 227, dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Neste artigo a Constituição Federal assegura e impõe como dever do Estado e da sociedade que priorize o direito à vida, tanto à vida uterina quanto a intrauterina.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) artigos 7º e 8º, *in verbis*:

Artigo 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Através destes dois artigos, o ECA determina a obrigação ao Estado de efetivar a proteção à vida mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, além de prestar tratamento e apoio alimentar à gestante.

Há ofensa, também, ao Código Civil Brasileiro que em seu artigo 2º, proclama que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Logo, o Código Civil, proclama que o nascituro é sujeito de direitos e deveres desde a concepção.

A Convenção de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estipula em seu artigo 4º que a vida deve ser protegida pela lei e, em geral, a partir da concepção, declarando que ninguém poderá ser dela privado arbitrariamente, *in verbis*:

Artigo 4º. Direito à vida:

1. 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. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (BRASIL, 1969, <<https://www.cidh.oas.org>>).

Assim, o Pacto de São José da Costa Rica, também, protege a vida, desde a concepção.

No entanto, nem todos os juristas compartilham desta ideia, visto que, apesar da supremacia atribuída ao direito à vida e de seu caráter absoluto, esses valores são relativizados, como se vê diante das hipóteses permissivas do aborto. Se atentarmos para os fundamentos que sustentam as hipóteses permissivas do aborto pelo artigo 128 do Código Penal, deparamo-nos com um conflito de difícil manejo, já que em ambos os casos a vida do nascituro é preterida, seja em virtude da valoração da vida da gestante (art. 128, I CP), seja da integridade moral e psicológica da mulher que sofreu uma violência sexual (art. 128, II CP) (DOMINGUES, 2008, p. 85).

Ainda segundo o autor:

Ao se trabalhar com a lógica do valor absoluto e sagrado da vida humana, torna-se delicado propor a mensuração do valor relativo atribuído à vida do feto, cotejá-lo com o valor da vida da gestante e se decidir por essa última.

Para o referido autor a descriminalização do aborto não encontra óbice em sede constitucional, em particular tendo como base a violação dos Direitos Humanos. “Portanto, caso haja algum impedimento à propositura da alteração do Código Penal para a matéria, esse deverá ser buscado e fundamentado em outros princípios ou dispositivos legais”.

Não encontra óbice, também, no artigo 4º do Pacto de São José de Costa Rica, visto que, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão competente para interpretar o Pacto de São José de Costa Rica, que, através da Resolução 23/81, de 6 de março de 1981, decidiu não ser o aborto uma prática violadora do artigo 4º do referido pacto. Pensamento esse, contrariado por Diniz (2007, p. 86) que para a mesma a com a legalização do aborto haveria uma violação ao princípio constitucional do absoluto respeito que se deve a uma vida humana e a queda da própria base do Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Como se vê, a falta de posicionamento direito da Constituição Federal sobre o aborto ao quando se inicia à vida humana dá chance a várias interpretações, mas não se pode olvidar que a constituição não deve ser interpretada isoladamente.

No próximo subtítulo analisar-se-á as decisões do Superior Tribunal Federal (STF) para saber como este vem se posicionando em relação a descriminalização do aborto.

4.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgados recentes, tem demonstrado uma tendência à descriminalização do aborto. No dia 29 de novembro de 2016, a Primeira Turma do STF, em decisão inédita, por maioria dos votos, decidiu descriminalizar o aborto realizado até os três primeiros meses de gestação, trata-se do *Habeas Corpus* 124.306, que levou a primeira turma revogar a prisão preventiva de cinco pessoas que trabalhavam numa clínica clandestina de aborto na cidade de Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro. A decisão foi tomada com base no

voto do Ministro Luis Roberto Barroso que assim fundamentou seu voto (STF, 2016, <<https://www.jusbrasil.com.br>>):

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 preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade (BARROSO, Habeas Corpus 124.306, <<https://www.jusbrasil.com.br>>).

Segundo o ministro, a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação viola os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante, e a igualdade gênero. O impacto da criminalização recairia 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”. Além de violar, também, o princípio da proporcionalidade e que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime.

No que tange a Violação à autonomia da mulher, ele assim fundamentou seu voto:

A autonomia da mulher, porque corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana. A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

Aliás, a esse respeito, o Ministro faz o seguinte questionamento:

Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BARROSO, Habeas Corpus 124.306, <<https://www.jusbrasil.com.br>>).

Como se vê, para o referido ministro, baseado no direito fundamental à liberdade, que está ligado ao direito de autonomia, a mulher tem direito de decidir pela interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação.

Violação do direito à integridade física e psíquica, visto que o direito à integridade psicofísica protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. “A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação”. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.

A esse respeito, Diniz (2008, p. 87) aduz que “Em regra, qualquer abortamento provocado pode trazer riscos à saúde física ou mental e um peso na consciência daquela que a ele se submeteu, pouco importando a técnica utilizada [...]”.

Assim, ao seu vê, obrigar a mulher a levar a diante uma gravidez contra sua vontade viola a integridade física, visto é que seu corpo que passará pelas transformações e correrá riscos de vida em decorrência da gravidez, além de que será a mesma obrigada a cuidar do filho para o resto da vida.

No que se refere à violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, estes incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de pressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos.

A repressão imposta pelo Código Penal Brasileiro:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.

Logo, o código penal da década de 40, além de tirar da mulher o direito de se autodeterminar aumenta o índice de mortalidade materna.

Com relação à violação à igualdade de gênero, a histórica aposição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Para o mesmo a visão idealizada em torno da experiência da maternidade, para outras pode ser um fardo. “Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não”.

A discriminação social prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

No entanto, para Keila Lacerda de Oliveira Magalhães Garcia (2017, <http://www.conteudojuridico.com.br>):

A decisão contrariou a Constituição, violando direito embalsamado por cláusula pétrea, negligenciou mandado de criminalização e usurpou matéria de competência do Poder legislativo, violando a separação de poderes.

Ainda, no entender da referida autora a respeito dessa decisão, é no mínimo um disparate que a Primeira Turma da Suprema Corte, que deveria ser a guardiã da Carta Magna, desconsidere um dos mandamentos constitucionais mais elementares de um Estado Democrático de Direito, a proteção do direito à vida humana.

Esta foi a primeira vez que uma turma do STF decidiu sobre a descriminalização do aborto. Até então, o Supremo só havia se manifestado sobre aborto de feto anencéfalo em 2012, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta (DPF54) que tramitou no Supremo Tribunal Federal no Período de junho de 2004 a maio de 2013, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com o argumento de que o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126, caput e 128, I e II do Código Penal, seria ato do Poder Público causador de lesão aos preceitos fundamentais da Constituição Federal, dispostos nos artigos 1º, III, 5º, II, 6 caput e 196, quando incide sobre a hipótese da interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia (SANTOS, 2016, p. 194). Tendo objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da incidência do código Penal na hipótese de antecipação do parto de feto anencéfalo. A relatoria foi do Ministro Marco Aurélio Cardoso que julgou procedente, com maioria dos votos, a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Tal decisão passou ter eficácia em todo o território nacional, permitindo a antecipação do parto de feto anencéfalo, sem a necessidade de processo judicial, bastando para tanto, que a doença seja certificado por médico habilitado (SANTOS, 2016, p. 195).

A anencefalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. O feto com essa anomalia não tem perspectiva de vida fora do útero, caso não nasça morto virá a morrer momentos após ao nascimento. Anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação por meio de ultrassonografia, estando à rede pública de saúde capacitada para fazê-lo.

A decisão foi baseada no fato de não ser possível invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito

apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial (MENDES, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, <<https://www.jusbrasil.com.br>>).

Logo, a descriminalização do aborto nesse caso não viola o direito à vida do nascituro. Prevaleceu a tese de que, nestes casos, não haveria vida a ser protegida, que a anencefalia é uma condição incompatível com a vida e que a obrigação de levar a termo uma gravidez em que, ao final, haveria um caixão e não um berço seria uma afronta à dignidade da mulher e uma forma de submetê-la à tortura (RAMPAZZO, 2017, <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>).

Assim, a primeira turma do STF entendeu que a descriminalização do aborto no caso de feto anencéfalo não fere a constituição, visto que, o feto não tem perspectiva de vida ao nascer, não havendo assim, a necessidade de impor a gestante tamanho sofrimento.

No próximo título serão apontados alguns entendimentos favoráveis e desfavoráveis à descriminalização do aborto.

4.2 Entendimentos favoráveis e desfavoráveis à descriminalização do aborto

O debate à acerca da descriminalização do aborto é permeado de emoção. De um lado estão aqueles que se autodeterminam de “pro-vida”, movimento que defende a vida humana e são contrário á prática do aborto, e do outro lado os “pro-escolha”, movimento que defendem a descriminalização da prática da interrupção voluntária da gravidez. Muitas vezes, as pessoas discutem esse tema com base em sistemas de valores, crenças, interesses e desejos. Geralmente, essa discussão é feita como se fosse um dilema, no qual existem apenas duas posições: ser contra o aborto ou ser a favor do aborto. Essa perspectiva limita a discussão e gera um clima de confronto entre ambas as propostas (GOLDIM et. al., p. 13. 2017).

Para Domingues (2008, p. 75), os argumentos desse debate nem sempre são argumentos claros que sustentam, convincentemente, a adesão, seja a um ou a outro posicionamento.

Do ponto de vista da moral religiosa, existem inúmeras posições, desde as que proíbem a sua realização, independentemente das circunstâncias, até outras que toleram a realização em situações especiais, como quando há risco à vida materna, inviabilidade de fetos malformados, gestações resultantes de violência sexual ou incesto, podendo chegar até a ocorrência de gestação indesejada (GOLDIM et. al., p. 13. 2017).

Ao analisar os discursos produzidos pelos movimentos constatou-se que para as pessoas que têm entendimento favorável a descriminalização do aborto, a principal razão é que a criminalização não impede que todos os dias milhares de mulher e adolescentes realizem o aborto no Brasil. “É só ter dinheiro para fazer em condições até razoáveis. Todo o resto é falsidade. Todo o resto é hipocrisia” (VARELLA, 2017, <<https://claudia.abril.com.br>>). Por essa razão, a antropóloga Débora Diniz (ÉPOCA, 2017, <<https://epoca.globo.com>>) entende que:

Descriminalizar o aborto é permitir sua redução, como sugerem estudos de saúde pública em países que já o fizeram. Permite chegar às necessidades de vida da mulher que recorre a ele. Quando há criminalização e a mulher tem medo de ser denunciada à polícia, o que hoje acontece no Brasil, ela não fala a verdade quando entra no hospital. Os motivos que a levaram ao aborto são mantidos em segredo, no medo e no estigma.

Para Débora Diniz, a descriminalização do aborto não impede que eles ocorram, mas reduziram o número de mortes maternas.

Ainda, segundo a antropóloga e o sociólogo Marcelo Medeiros (DINIZ, MEDEIROS, 2016, p. 650 – 653) mais de uma em cada cinco mulheres entre 18 e 39 anos de idade já fez um aborto na vida e o perfil da mulher que faz aborto é o da mulher comum, ou seja, casada ou não, mãe, donas de casa, de todos os níveis sociais e de todas as religiões. Nesse sentido, ainda de acordo com os autores:

Pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva. Não reduz nem cuida: por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessárias para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar um segundo evento desse tipo.

Tal entendimento é compartilhado pelo Ministro Barroso (Habeas Corpus 124.306, <<https://www.jusbrasil.com.br>>):

[...] a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando “o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe”⁵, e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

Como se pode vê, a prática do aborto é comum na sociedade Brasileira, independentemente de classe social e a criminalização é inefetiva.

Contrária a esse entendimento, Diniz (p. 92, 2007) aduz que a legalização do aborto não seria capaz de controlar a clandestinidade dessa prática, pois mesmo legalizado, sempre haverá mulheres que preferirão a clandestinidade para assegurar o anonimato, visto que, o aborto legal requer a identificação e a justificativa. Assim, a clandestinidade serviria, por exemplo, para encobrir o adultério da mulher casada na ausência do marido.

Outro argumento seria a interrupção da gravidez indesejada para que não se tenha uma possível rejeição do filho advindo de uma concepção não planejada, podendo este ser futuramente maltratado ou até mesmo abandonado pela mãe, causando um mal maior.

Nesse Sentido, Maria Helena Diniz (2007, p. 86) assevera que:

Nesse caso a descriminalização constituiria mera tentativa para resolver um efeito, sem contudo eliminar a causa, ou seja, o porquê do ato de abortar, que advém da impossibilidade de controlar o nascimento de um filho em razão da falta de educação sexual e de informação sobre técnicas anticonceptivas.

Descriminalizar o aborto não é a solução do problema, só se estaria resolvendo um efeito e que a causa é falta de educação sexual e de informação de técnicas contraceptivas.

Logo, esse não seria o entendimento de Maria Berenice Dias (2018, <<http://www.mariaberenice.com.br>>):

O filho, por não ter sido desejado, quantos abortos não sofrerá vida afora? Certamente sofrerá incontáveis abortos: o aborto da violência, da fome, da indiferença, da cobrança, da exclusão social. Quantas vezes será violado seu direito constitucional à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar? Todos esses direitos só serão

⁵ Alemanha, Tribunal Federal Alemão, 88 BVerfGE 203.

exercitados se viver em um “lar” – Lugar de Afeto e Respeito – onde o maior direito é o direito ao amor. Direito de todos e de cada um.

O direito à vida em sentido amplo, não é só estar vivo, mas viver com dignidade, em um lar amparado por sua família.

A liberdade da mulher de dispor sobre seu próprio corpo, seria mais um argumento para os que assim entendem que o feto é parte do organismo da mulher gestante, e por isso, ela pode dispor livremente de seu corpo. A perspectiva da liberdade ou da autonomia da mãe pode ser expressa pela possibilidade de dispor sobre seu próprio corpo. Esse foi o argumento utilizado quando da liberação do aborto nos Estados Unidos, na década de 1970, no caso *Roe vs. Wade* (GOLDIM et. al., p. 18. 2017). Ainda, segundo os autores: “Alguns autores questionam o fato de o Estado, ou qualquer outro fator externo, ter o direito de “invadir” decisões que são próprias da mulher, que dizem respeito a seu próprio corpo”.

Deste entendimento compartilha Sakamoto (2014, <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br>>):

Defendo incondicionalmente o direito da mulher sobre seu corpo (e o dever do Estado de garantir esse direito). É uma vergonha ainda considerarmos que a mulher não deve ter poder de decisão sobre a sua vida, que a sua autodeterminação e seu livre-arbítrio devem passar primeiro pelo crivo do poder público e ou de iluminados guardiões dos celeiros de almas, que decidirão quais os limites dessa liberdade dentro de parâmetros. Parâmetros estipulados historicamente por homens.

Para Maria Helena Diniz (2008, p. 89), justificar o aborto baseado na liberdade da mulher é demagógico, além disso, questiona: “Será que ela teria mesmo o “direito de abortar”, em face da comprovação científica de que o feto possui vida autônoma desde a concepção?”

Não se pode considerar apenas a vontade da mulher de fazer o que quiser com seu corpo se uma outra vida humana, protegida constitucionalmente está em jogo e enquanto seu corpo seria um mero receptáculo de outro ser (DINIZ, p. 90, 2007).

No que tange ao fato do feto ser parte integrante do corpo da mulher, a referida autora assevera:

Por que acatar o argumento de que o feto é parte integrante do corpo de sua mãe, se ante os avanços da moderna embriologia, dúvida não há de que a criança, desde o instante da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, é um ser humano dotado de carga genética e vida própria.

Para o Renomado médico Brasileiro, Dr. Dráuzio Varella, o aborto é uma questão de desigualdade social, visto que, somente mulher de classes menos abastarda são punidas. “A mulher rica faz normalmente e nunca acontece nada. Já viu alguma ser presa por isso? Agora, a mulher pobre, a mulher da favela, essa engrossa estatísticas. Essa morre. Proibir o aborto é punir quem não tem dinheiro” (VARELLA, 2016, <<https://claudia.abril.com.br>>).

O aborto é uma questão de saúde pública e não penal, seria outro argumento favorável a descriminalização do aborto. Segundo a antropóloga Débora Diniz e o sociólogo Marcelo Medeiros (DINIZ, MEDEIROS, 2016, p. 650 – 653) “O aborto é um dos maiores índices de mortalidade materna”. Todos os dias milhares de mulheres e adolescentes morrem em decorrência de aborto inseguros, na maioria das vezes realizadas em clínicas clandestinas. Os níveis de hospitalização pós-aborto no Brasil são elevados. Em média, 50% das mulheres que realizaram aborto recorreram ao sistema de saúde (SUS) foram internadas devido a complicações no aborto mal realizado (DINIZ, MEDEIROS, 2016).

Enfrentar com seriedade o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres levianas (DINIZ, 2007, <<https://www.scielo.org>>).

Urge não olvidar que, mesmo com a legalização do aborto, ele continuará sendo um problema de saúde pública, pois não haverá como controlar sanitariamente as clínicas de todo o País, nem como impedir a clandestinidade e a ausência de risco à integridade física ou psíquica da gestante, ainda que de classe média ou alta, oriundos de práticas abortivas (DINIZ, p. 94, 2007).

Mesmo com todos os argumentos, anteriormente analisados, para os Pró-vida não existe a possibilidade de legalização do aborto no Brasil. Para Maria Helena Diniz (2007, p. 86) os argumentos “[...] não tem qualquer cientificidade, pois fortalecidos pela imprensa ou por órgãos publicitários, não passam de tentativas para pressionar a opinião pública, fazendo com que aos poucos se venha a aceitar o aborto”.

O argumento mais utilizado é o caráter absoluto da vida. É o que se pode extrair dos ensinamentos da jurista Maria Helena Diniz (2007, p. 86):

Com a legalização do aborto haverá uma violação ao princípio constitucional do absoluto respeito que se deve a uma vida humana (art. 5º, caput, III e XLVII, a, da CF) e a queda da própria base do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Se compete ao Estado garantir os direitos fundamentais do homem e zelar pela dignidade do ser humano, reconhecendo-os e protegendo-os, como poderia, mediante lei, autorizar a disposição da vida de um inocente nascituro [...].

Nesse sentido, a principal controvérsia que se apresenta é o direito à vida, assegurado no artigo 5º da constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

Baseado no dispositivo constitucional acima reproduzido, juristas, teóricos e militantes do movimento pró-vida argumenta contrariamente a toda e qualquer possibilidade de alteração da legislação tendente a descriminalizar a prática do aborto no País. A principal tese defendida diz respeito à fundamentalidade do direito à vida, considerado valor supremo pelo constituinte originário de 1988 e positivado como cláusula pétrea (Domingues, p. 80, 2009).

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, considerada “Constituição Cidadã”, coloca o homem no centro de sua proteção, tamanha sua importância para o ordenamento jurídico, visto que, a dignidade da pessoa humana é a base axiológica desses direitos, por esse motivo o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo.

Como se viu no primeiro capítulo, os direitos fundamentais são instrumentos jurídicos para a proteção do indivíduo perante a atuação estatal. Eles têm o condão de assegurar o mínimo existencial necessário para que o indivíduo viva de maneira digna no seio social. Não são todos os direitos que podem ser considerados fundamentais por isso se faz necessário observar suas características. Não esquecendo que eles passam por transformações, de acordo com a evolução da sociedade. Viu-se que todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, independente de ser brasileiro ou estrangeiro, bem como, o nascituro, haja vista, ser amparado pela norma desde a concepção. Devido ao fato de todos os seres humanos serem titulares de direitos fundamentais e de não existir hierarquias entre os mesmos, é muito comum, que no seu exercício ocorra colisão entre eles. Na ocorrência de colisão, vimos que o juiz deverá analisar o caso concreto, fazendo juízo de ponderação para decidir qual direito deverá prevalecer sobre o outro. Como direitos fundamentais em espécie viu-se o direito à vida que apesar de não existir direito absoluto, o direito à vida é essencial para o exercício dos demais, logo trata-se de um direito de muita relevância. Viu-se, ainda, que o direito à liberdade que é o direito de se decidir, de fazer escolhas, de se autodeterminar como pessoa e perseguir sua felicidade, mas viu que a liberdade pode ser exercida desde que não prejudique o outro.

Observou-se ainda que o aborto é a interrupção da gestação, antes do seu termo final, com a consequente morte do feto. Há três hipóteses de excludente da ilicitude: O aborto terapêutico que é praticado para salvar a vida da mãe, quando não houver outra forma de salvar sua vida; o aborto sentimental que é admitido por ter sido a gravidez resultante de estupro e o aborto de feto anencéfalo que é a gravidez de feto com malformação do tubo neural, desde que devidamente comprovado por exames médicos e realizado por estes. Este último tipo de excludente de ilicitude é supralegal porque o STF no julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental Nº 54 (ADPF54) o considerou como mais uma hipótese de excludente do ilícito.

Por fim, analisou-se as (im)possibilidades do aborto ser descriminalizado no Brasil. Abordou-se as normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como, evocou-se o Pacto de São José da Costa Rica. Viu-se que o a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 29 de novembro de 2016, em decisão inédita, decidiu descriminalizar o aborto realizado até os três primeiros meses de gestação. Até então só havia julgado procedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF54) declarando como causa de excludente de ilicitude, prevista no Código Penal, desde que comprovado que a gestação de feto anencefalo é perigosa à saúde da gestante. Como argumentos favoráveis a descriminalização do aborto, viu-se que os direitos fundamentais da mulher, como o direito à liberdade de se autodeterminar e os direitos sexuais foram os mais argumentados. Como argumentos desfavoráveis o direito à vida e a soberania da constituição Federal são os argumentos mais contundentes.

Diante de todo exposto, pode-se verificar que o caráter absoluto do direito à vida, como direito fundamental, assegurado no artigo 5º da constituição Federal, logo, cláusula pétrea, tem a força suficiente garantir proteção do feto. Tornando-se assim desnecessária a discussão em torno do início da vida, uma vez que fica claro que, embora a Constituição Federal tenha se omitido a esse respeito, as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma sistemática, logo, não restam dúvidas que o feto é sujeito de direito e tem proteção desde a concepção. Assim, não restam dúvidas que a descriminalização do aborto fere a Constituição Federal e não tem o condão de impedir a clandestinidade do aborto, pois muitos são os muitos motivos que levam a mulher a uma gravidez indesejada. Além do que, muitos são os métodos anticoncepcionais que podem evitar a gravidez e se ainda assim não for suficiente, tem-se ainda a pílula do dia seguinte e ou a entrega da criança para a adoção. Por outro lado, a criminalização do aborto não fere os direitos fundamentais da mulher, uma vez que é dever do Estado, proteger o direito à vida desde a concepção.

No entanto, deve-se levar em consideração a devida complexidade do tema e encarar a problemática, também, pelo viés social. É somente com políticas públicas

de saúde e educação sexual e reprodutiva, bem como, o acesso à educação que essa problemática poderá ser resolvida.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eliane Elisa de Souza e. **O direito de vir-a-ser após o nascimento**. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

BISPO, Ingrid. **O Aborto e Suas Multifacetadas no Estado Brasileiro**. CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 72, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>. Acesso em: 10. mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22. out. 2017.

_____. **Atenção Humanizada ao abortamento**. Norma Técnica. 2 ed. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno 4. Brasília, Ministério da Saúde 2011.

_____. **20 Anos de Pesquisas Sobre Aborto no Brasil**. Norma Técnica. 2 ed. Brasília, Ministério da Saúde, 2009.

_____. República Federativa do. **DECRETO Nº. 678/92. PROMULGA A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 22 DE NOVEMBRO DE 1969**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 21. abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Campus, 1992.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. de acordo com a emenda Constitucional Nº 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal**. Parte especial 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Sérgio H. Martins; RAMOS, José Geraldo Lopes; MAGALHÃES, José Antônio; PASSOS, Eduardo. Pandolfi; FREITAS, Fernando (org). **Rotinas em obstetrícia**. 7 ed. Porto alegre: Artmed, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Aborto e o direito ao lar**. 2018. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em: 20 mai.2018.

DINIZ, Débora. **É preciso tirar o aborto do Código Penal**. Claudia, 2016. Disponível em: < <https://claudia.abril.com.br>>. Acesso em: 20. mai. 2018.

_____, Débora. **Aborto e saúde pública no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública. 2007. Disponível em: <https://www.scielosp.org>. Acesso em: 13. jun. 2018.

_____, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016 com técnica de urna.** Ciência & Saúde Coletiva 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/>>. Acesso em: 22. out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 4 ed. ver. e atual. conforme a lei da biossegurança. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOMINGUES, Roberto Chateaubrinad. **Entre normas e fatos, o direito de decidir: o debate sobre o aborto à luz dos princípios constitucionais.** In: MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: Múltiplos olhares sobre o aborto. Minas Gerais: Autêntica Editora, 2008. p. 67- 80.

GARCIA, Keila Lacerda de Olivera Magalhães. **Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/>>. Acesso em: 07. out. 2018

GORCZEVSKI, Clóvis; RICHTER, Daniela. **A evolução histórica dos direitos humanos.** In: GOECZEVSKI C. (Coord.). Direitos Humanos: A primeira geração em debate. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 8, 10.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal.** Parte Especial. 2 volume. Dos Crimes Contra a Pessoa e Dos Crimes contra o Patrimônio. 28 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEMOS, M. D. T.; LEAL, Mônia C. H. **O conflito entre direitos fundamentais na Constituição Brasileira: a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e a função da jurisdição constitucional como garantidora dos direitos fundamentais.** In: GOECZEVSKI C.; REIS, J. R. dos. (Org.). Direitos Fundamentais: conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Norton Editor, 2007. p. 388, 389.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paul Gluck, Ana Carolina. **Colisão entre Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/>>. Acesso em 25. mar. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, George. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/>>. Acesso em: 19. mai. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Alexandre de. **Direito constitucional.** 16 ed. atualizada até a EC nº 44/04. São Paulo: Atlas, 2004.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMPAZZO, Adriane. **A (In) Constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo de Direito Comparado.** Disponível em: <<http://biblioteca2.senado.gov.br>>. Acesso em: 18. mai. 2018.

SAKAMOTO, Leonardo. **Candidatos precisam saber a diferença entre “aborto” e “direito ao aborto”.** Disponível em: <<https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br>>. Acesso em: 20. mai. 2018.

SANTOS, Lília Nunes dos. **Aborto: A Atual Discussão sobre a Descriminalização do Aborto no Contexto de Efetivação dos Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SMANIO, G. et. Al. **O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro.** Revista Migalhas, mar. 2011. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br>> Acesso em 18. abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Habeas Corpus nº 124.306, da 1ª Turma/RJ.** Relator: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Publicado no DJ de 29-11-2016 p. 45690. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 20. set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias DF, 12/04/2012, Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20. set. 2017.

VARELLA, Drauzio. Saúde. **O Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir que não tem dinheiro.** Claudia, 2016. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br>>. Acesso em: 20. mai.2018.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: Um direito ou Crime?.** 1 ed. São Paulo: Moderna, 1987.