

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

ANNE CAROLINE DE CASTO RODRIGUES RICO

ABORTO: legalização e descriminalização

TAUBATÉ – SP

2019

ANNE CAROLINE DE CASTRO RODRIGUES RICO

ABORTO: legalização e descriminalização

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada para
obtenção de certificado de graduação pelo Curso de
Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté,
Área de Concentração: Direito Penal
Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida
Pedroso

TAUBATÉ – SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

R541a Rico, Anne Caroline de Castro Rodrigues
Aborto : legalização e descriminalização / Anne Caroline de Castro
Rodrigues Rico -- 2019.
59 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Aborto - Legislação - Brasil. 2. Descriminalização. 3. Arguição de
descumprimento de preceito fundamental. 4. Brasil. [Código penal
(1940)]. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 34:173.4(81)

ANNE CAROLINE DE CASTRO RODRIGUES RICO

ABORTO: legalização e descriminalização

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada para
obtenção de certificado de graduação pelo Curso de
Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté,
Área de Concentração: Direito Penal

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele na minha vida nada disso poderia estar sendo concretizado.

Nesse mesmo sentido, dedico a minha amada Vovó, que com muito esforço e carinho me conduziu aos melhores ensinamentos e se hoje estou aqui é por ela.

AGRADECIMENTOS

Agradeço novamente, e nunca vou me cansar de ser grata a Deus. Por todas as lutas e obstáculos que durante esses cinco anos de faculdade ocorreram, para me desestabilizar, perder a confiança em mim mesma até pensar em desistir de tudo, mas ele é minha fortaleza e tudo confiei.

À minha amada Vovó Graça, minha criança hoje em dia, mas que no passado sempre prezou pela educação. Por todos esses anos de estudo, sempre esteve presente em todas as formas possíveis em minha educação e se hoje estou me formando nesse curso, o mérito é todo dela.

Aos meus pais, pois sem eles na minha vida nada disso poderia estar sendo realizado, agradeço a paciência em que foi preciso, ao apoio nas correrias do meu dia a dia, e aquela mão e ouvido que sempre estavam prontos para me ajudar e para ouvir minhas lamentações até minhas realizações. Obrigada, por estarem sempre me apoiando em tudo, obrigada pai pelo exemplo de homem e dono de casa que foi para mim e para a minha irmã, mãe obrigada por ser esse exemplo de mulher guerreira, que não desiste e vai à luta, pois treinamento difícil é luta fácil no final. Eu amo vocês, sempre e para sempre.

Agradeço a minha irmã Marianne, por estar presente em toda a minha vida e por ser um exemplo que podemos realizar todos os nossos sonhos.

Ao meu namorado, por estar ao meu lado nessa jornada, por todo apoio e paciência que precisei durante o término desse curso. As sábias palavras que me levaram a ser uma pessoa bem melhor do que antes.

Ao meu orientador Guga por ter confiado no meu tema e por todo apoio e aquele incentivo, quase um empurrão para a elaboração deste trabalho.

E finalizo agradecendo as voltas que a vida dá, pois sem essas surpresas o cotidiano fica morno, entrei nessa Universidade com uma cabeça e estou com outra muito melhor do que antes e pode ter certeza que daqui a algum tempo, essa cabeça será ainda melhor. Cada etapa foi um aprendizado e assim será todos os dias da minha vida.

“ O lobo sempre será mau, se você continuar a ouvir só a versão da chapeuzinho vermelho”.

Callegari

Resumo

A pesquisa visa analisar por duas perspectivas, uma se é legal a descriminalização ou irá continuar sendo considerada ilegal, essa questão está em conflito de opiniões a bastante tempo. Será demonstrado os meios pelos quais estão sendo pautadas as convicções e suas divergências. E como o Estado deve se portar diante desse conflito, a descriminalização do aborto ou sendo considerado um ato ilícito no nosso Ordenamento.

O referente para a pesquisa são os principais pontos que entram em conflito com os princípios da nossa Constituição Federal para a legalização do aborto, verificar se está ocorrendo um abuso do Estado intervindo na escolha e na vida pessoal do ser humano. A Constituição Federal levanta a bandeira que nosso Estado é laico, e por outro lado, existe uma influência fortíssima do catolicismo em nossa sociedade influenciando por demais nesse aspecto. O tema está em pauta no Supremo Tribunal Federal, demonstrando a evolução dos pensamentos e colocando em questão o Princípio da liberdade a vida. Legalizando o ato de abortar, será necessária uma estruturação do Estado nesse sentido, inserindo políticas públicas para amparar as mulheres que realizam.

Diante do exposto cabe indagar-se sobre o conceito, parte histórica do aborto, os princípios que norteiam, o conflito para saber até que ponto a mulher tem o direito sobre o seu corpo e com isso influenciar na escolha de abortar e quando o Estado pode intervir, alguns tipos de aborto que são possíveis de ser realizado, sem ser considerado ilegal, o ato é ilegal mas nem por isso a pratica não é realizada, alto índice de mortalidade por ser feito clandestinamente, será necessário o Estado dar um suporte para as mulheres que praticam, sendo uma questão de Política Pública, a legalização vista por um prisma de outros países que retiraram do rol dos crimes contra a vida, a criminalização pela maioria da sociedade e a atual discussão perante o STF.

Palavras-chave: Aborto; Código Penal; Legalização; Descriminalização; ADPF-442

ABSTRACT

The research aims to analyze from two perspectives, one is whether decriminalization is legal or will continue to be considered illegal, this issue has been in conflict of opinion for a long time. It will be demonstrated the means by which the convictions are being guided and their differences. And how the state must behave in the face of this conflict, decriminalizing abortion or being considered an illegal act in our Order

The reference for the research are the main points that conflict with the principles of our Federal Constitution for legalizing abortion, to verify if there is an abuse of the state intervening in the choice and personal life of human beings. The Federal Constitution raises the flag that our state is secular, and on the other hand, there is a very strong influence of Catholicism in our society, influencing this aspect too much. The theme is under discussion in the Supreme Court, demonstrating the evolution of thoughts and questioning the Principle of freedom to life. Legalizing the act of abortion, it will be necessary to structure the state accordingly, inserting public policies to support the women who perform them.

Given the above it is worth asking about the concept, historical part of abortion, the guiding principles, the conflict to know to what extent the woman has the right over her body and thus influence the choice of abortion and when the state can To intervene, some types of abortion that can be performed without being considered illegal, the act is illegal but the practice is not performed, high mortality rate due to being done underground, the state will need to support women who practice, being a matter of Public Policy, the legalization seen from a prism of other countries that have withdrawn from the list of crimes against life, criminalization by the majority of society and the current discussion before the Supreme Court.

Keywords: Abortion; Penal Code; Legalization; Decriminalization; ADPF-442

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SURGIMENTO DA VIDA	13
3 DA RELIGIOSIDADE	16
4 DOS PRINCÍPIOS	19
4.1 Direito à Vida	20
4.2 Da Dignidade da Pessoa Humana	23
4.3 Da Liberdade	25
5 DO PRISMA DO ESTADO: CRIMINALIZAÇÃO x DESCRIMINALIZAÇÃO	28
6 DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	31
6.1 Do Código Penal de 1940	31
6.2 Das hipóteses que excluem a ilicitude	33
6.2.1 Aborto necessário ou terapêutico	33
6.2.2 Aborto sentimental, humanitário ou ético	34
6.3 Outras espécies de aborto legal	35
6.3.1 Aborto natural	35
6.3.2 Aborto acidental	36
6.3.3 Aborto social ou econômico	36
6.3.4 Aborto de fetos anencéfalos	36
7 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	38
7.1 O caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF -54) .	38
7.1.1 Respetivos Votos dos Ministros do STF na ADPF-54	40
8 DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAISES	49
8.1 Uruguai	49
8.2 Espanha	50

8.3 Portugal	52
9 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A origem da palavra “aborto” surge do latim, considerando uma privação do nascimento. É considerado a interrupção da gestação, ocorrendo a morte do feto.

Para a medicina legal a definição clássica do aborto é trazida por Tardieu, “ sendo a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstancias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”. (FRANÇA,2014, p. 308)

Outra descrição para a palavra aborto é de Carraca, que passou por algumas modificações pelo Nelson Caparelli, que não fica distante da lei, “ aborto criminoso é a morte dolosa do ovo no útero materno, com ou sem expulsão, ou a sua expulsão violenta seguida de morte”. (FRANÇA,2014, p. 308)

A definição mais simples é a de Nilton Sales, “ a morte dolosa do ovo”. Na realidade não existe uma definição correta, e sempre irá ocorrer uma crítica para essas definições. (FRANÇA,2014, p. 308)

Deve ser feito uma diferenciação entre as palavras abortamento e aborto para não ocorrer dubiedades e deixar de forma clara, respeitando a linguagem científica, a primeira será empregada nos casos em que ocorre a expulsão ou remoção do útero, pode-se dizer que é o ato que foi realizado, ocasionando a morte do concepto e o aborto se refere ao produto que foi retirado. (FRANÇA,2014, p. 308)

Em nosso ordenamento jurídico até nos textos das leis, não possui nenhuma diferenciação entre aborto e abortamento, sendo consideradas sinônimas. Quando o ordenamento jurídico elencou a realização do aborto como sendo um delito, a mesma não diferenciou entre ovo, embrião ou feto, dessa forma quando ocorrer a morte intencional do feto ou sua expulsão violenta seguida de morte estará enquadrada no crime de aborto. (FRANÇA,2014, p. 308)

Já para a medicina, não existe aborto sem ocorrer primeiramente o abortamento, mas pode ocorrer a tentativa do abortamento sem existir o aborto.

A realização do aborto está descrita desde as sociedades mais antigas, sendo que cada época foi tratada o assunto de uma forma diferente, pois a questão envolve os aspectos culturais e os interesses públicos econômicos de cada período.

A legislação babilônica, que é o conjunto de leis inseridas no Código de Hamurabi (2235-2242 a.C.) tratava o aborto como um delito contra a propriedade, já na civilização hebraica só recebia punição quem ocasionava, ainda que involuntariamente, mas a partir da lei mosaica passou a ser considerado como um ato ilícito a interrupção da gestação. No âmbito greco-romano a prática era considerada comum, sendo o feto uma parte do corpo da mulher, que dele poderia dispor como bem entendesse, depois de algum tempo criou-se leis para proibir o ato. (FRANÇA,2014, p. 308)

Aristóteles que inicia o lado espiritual, onde elucida que o feto ainda que não tivesse alcançado sua alma, seria possível a realização do aborto. Assim entendia, teria um corpo, mas sem a absolvição da alma, não poderia existir vida. Sem a junção desses três elementos fundamentais, corpo, alma e espírito, era aceito a realização do aborto. (MOISÉS et al.,2005, p.14)

Por outro lado, os gregos Solon e Licurgo eram totalmente contra a realização do aborto. (FRANÇA,2014, p. 308)

Na Idade Média, havia muitas opiniões divergentes em relação ao aborto entre os teólogos como Santo Agostinho, Teodósio e Tertuliano. Para alguns era considerado crime quando existia “sopro de vida”, que ocorria entre 40 a 90 dias a partir da data da concepção. (FRANÇA,2014, p. 308)

O Concílio de Elvira, foi celebrado no início do século IV em uma cidade da Hispânia romana, que punia as pessoas que praticassem o aborto pela isenção dos sacramentos da Igreja. Já no Concílio de Constantioplá, a pessoa que realizasse o ato do aborto iria sofrer pena de morte. (FRANÇA,2014, p. 308)

Com o advento das Leis Carolinas, publicado por Carlos V. em 1559, elencou com pena de morte realizado pela espada, quem fizesse uma mulher abortar e ao afogamento a mulher que provocasse o próprio aborto. (FRANÇA,2014, p. 308)

Com o cristianismo ocorre uma cisão desses pensamentos, o aborto passou a ser estruturado e considerado pela Igreja Católica como uma pratica que interrompe a obra criada por Deus, configurando para o feto uma relevância própria. A pessoa que realizou essa atitude passou a ser condenada severamente com a pena de morte, tanto a mulher como o executor.

O Código Penal russo, de 1926, não criminalizava o aborto em casos em que ocorria o consentimento da gestante para a pratica, desde que fosse realizado por pessoas habilitadas e em espaços com total higiene. Dez anos depois uma lei revogou esse dispositivo, tornando o

aborto um crime. No ano de 1955, o aborto voltou a se tornar legal na Rússia atendendo ao caráter econômico e financeiro da população. (FRANÇA,2014, p. 308)

Na época em que Adolf Hitler dominava a Alemanha, foi criado os abortários oficiais onde era realizado os abortos, com a ideia de criar uma raça pura e superior, livre das anomalias e má formações. Aconselhavam as pessoas a praticar o aborto em casos de epilepsia, de idiotia, demência e psicopatias. (FRANÇA,2014, p. 308)

No Brasil com o Código Imperial de 1830, passou a tratar do aborto em seu capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, não elucidando sobre a punição em situação que ocorresse morte da gestante nem cogitava o aborto necessário. No momento atual, o Código Penal de 1940, inseriu o crime de aborto dentro do capítulo crimes contra a vida. (FRANÇA,2014, p. 309)

Essa breve passada na história do aborto fica evidenciada que é um fato em constante evolução. Deixando claro que é impossível definir com precisão o seu início, mas verificando que sua realidade sempre se fez presente. Considerado uma questão bem difícil, como escrever um fim nas questões sobre vida e morte.

Indagações a respeito do aborto sempre surgiram e irão surgir no decorrer dos anos, mesmo que a sociedade tenha discutido e encontrado uma solução para o impasse. O questionamento será, quando é considerado um direito da mãe ou considerado como um crime. Tais interrogações não terminam, pois trazem consigo uma carga ainda maior referente a vida do feto, quando surge a vida, quando a concepção é considerada de direitos garantidos, quando a decisão da mãe sobre o seu corpo passa a ser travado diante de uma gestação, questões que não se pode vislumbrar uma real resposta concreta e sem dúvidas.

2 SURGIMENTO DA VIDA

Se tratando da esfera biológica se vê o surgimento da vida com a prática da fecundação (encontro do espermatozoide com o óvulo), depois de sete dias inicia o processo de trocas metabólicas entre a mãe e o embrião, essa fase passa a se chamar de nidação. Do momento da nidação até a oitava semana o ovo passa a ser chamado de embrião, iniciando os batimentos cardíacos quando atinge a terceira ou quarta semana, entre a sexta e sétima semana o embrião adquire aparência humana e quase todos os sistemas orgânicos estão formados. A partir da oitava semana passa a se chamar feto, nessa fase a aparência humana se encontra expressa e apresenta movimentação ativa, mas não perceptível pela gestante. Entre a décima sexta e vigésima semana, a movimentação do feto passa a ser percebida pela mulher, mas não é capaz de sobreviver fora do útero, mesmo tendo todos os órgãos bem desenvolvidos. (MOISÉS et al., 2005, p.17)

Uma das questões para a liberação do aborto, é saber quando o produto da concepção passa a ter atividade cerebral, alguns especialistas no ramo, como os médicos neurológicos afirmam que essa atividade possa se dar durante a oitava semana ou somente na vigésima semana.

O entendimento para morte pelo nosso Ordenamento Jurídico, seria a falta de circulação cerebral, entendendo-se da mesma forma em relação a vida, que seria o início da atividade cerebral. Tal discussão precisa ser analisada de uma maneira mais científica para ter um esclarecimento e conhecimento aprofundado sobre a questão.

A luz do nosso Ordenamento Jurídico em relação a esse assunto, é necessário primeiramente conceituar o que se entende por personalidade jurídica. O ilustríssimo Carlos Alberto Gonçalves, elucida que a personalidade jurídica está diretamente ligada a pessoa, desta forma o ser gerado dentro do ventre materno quando começa as contrações do parto, para ser expulso e repellido ao mundo extrauterino, irá nascer e nascendo com vida se torna uma pessoa, e se tornando uma pessoa adquire personalidade. (GONÇALVES, 2012, p. 91)

Quando a pessoa adquire essa personalidade, imediatamente conquista direitos e contrai obrigações. Nesse momento a pessoa está inserida na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (GONÇALVES, 2012, p. 92)

A indagação nesse momento é sobre a situação jurídica do feto e do nascituro em nosso Código Civil, em seu artigo 2^a: “A personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. ”

Para Flávio Tartuce o legislador trouxe uma dúvida sobre a questão do nascituro, seria ele uma pessoa, teria ele personalidade, a questão das teorias natalista e concepcionista continuam em conflito com a nova redação do Código Civil, portanto o legislador perdeu essa oportunidade de sanar esse conflito. (TARTUCE, 2014, p.102)

A posição do Código Civil entre essas teorias, seria a da natalista, pois afirma em seu artigo 2^a, que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, ocorrendo um desentendimento logo em seguida, pois dispõe direitos do nascituro serão postos a salvo, quem possui direitos são pessoas, dessa forma o texto estaria adotando a teoria concepcionista. Por demais, alguns doutrinadores afirmam que o nosso Ordenamento continua usando a teoria natalista como sendo a regra. (TARTUCE, 2014, p.102)

São três as teorias que tentam justificar e entender a situação do nascituro. Para a teoria natalista, de acordo com o Código Civil exige que a pessoa nasça com vida para que adquira a personalidade civil, entendendo-se que o nascituro não teria direitos e sim uma mera expectativa de direitos. Para Tartuce a grande questão dessa teoria é que se o nascituro não tem personalidade então não é pessoa, em qual situação irá se encaixar em coisas ou em bem. (TARTUCE, 2014, p.103)

Além disso, a teoria natalista está distante das evoluções da ciência, como as técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Essa teoria nega não só os direitos do nascituro, mas também seus direitos fundamentais que é o direito à vida, a investigação de paternidade, aos alimentos entre outros. (TARTUCE, 2014, p.103)

A teoria da personalidade condicional para Washington de Barros Monteiro, cria-se uma expectativa de vida humana, o nascituro encontra-se em transformação. O legislador não pode ignorar, mas deixa seus eventuais direitos resguardado, mas para que possa desfrutar deles é necessário nascer com vida. A condição para esse futuro incerto é o nascimento com vida. (GONÇALVES,2012, p. 98)

O aprofundamento dessa teoria é mais voltado para a parte patrimonial e não aos direitos pessoais e nem de personalidade do nascituro. Para o Flávio Tartuce a teoria da personalidade condicional está ligada diretamente com a teoria natalista, pois a sua essência é

que o nascituro só adquire a personalidade com o nascimento com vida. (TARTUCE, 2014, p.104)

Indo por outra direção, a teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro tem direito resguardado e que é considerado uma pessoa, tendo o seu direito adquirido desde a concepção.

Em seu livro o autor Flávio Tarture, menciona um trecho da Doutrinadora Maria Helena Diniz em relação a teoria concepcionista:

[...] A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A personalidade jurídica formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção, enquanto a personalidade jurídica material mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida. (TARTURE, 2014, p. 104)

A teoria concepcionista ganhou mais força com a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), diante da proibição de engenharia genética dos embriões. Abrindo-se exceção em casos que o embrião é considerado inviável, podendo ser utilizado para fins terapêuticos e científicos. A teoria ganha força também com a Lei dos Alimentos gravídicos, 11.804/2008, englobando todos os direitos que o feto possui quando se encontra dentro do ventre materno, um direito para as mulheres gestantes. (TARTUCE, 2014, p.107)

A Constituição Federal em relação a vida não informa qual o momento que deve ser tutelada, sendo contrária ao Pacto de São José da Costa Rica, sendo elucidado em seu artigo 4º, item I, que a vida deve ser protegida desde a concepção, sendo decidido pela Corte de Direitos Humanos que “ somente quando se cumpre o segundo estágio do desenvolvimento embrionário (a nidação ou implantação) é que se permite entender que houve a concepção”. Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), feita pela Corte Internacional de Direitos Humanos, a tutela da vida humana deve ser protegida desde a concepção pelo Direito Constitucional dos países. (NUNES JUNIOR, 2017, p.812)

A lei brasileira é compatível com o Pacto de São José, sendo protegido a vida intrauterina.

3 DA RELIGIOSIDADE

A religiosidade sempre esteve presente no cotidiano do Estado, tanto no passado como nos dias atuais. Realizando e ditando formas de postura de uma sociedade exemplar e sem lacunas para erros.

Com a Constituição da Republica de 1891 fica evidenciado a desvinculação do Estado com a Igreja, trazendo consigo novas ideias de sociedade e iniciando os direitos individuais e coletivos. Diante dessa ruptura de Estado e Igreja, a mesma perde todo o seu empoderamento e imposição perante a sociedade, perdendo todos os poderes junto ao sistema governamental, apesar de perder todo o poder ainda é possível sentir em alguns casos o domínio da Igreja.

Com esse marco nasce a Constituição, a sociedade passa a limitar o poder do Estado através de normas. O Estado Laico começa a se manifestar diante de uma necessidade indispensável, para que diversas sociedades, ideologias e crenças se evoluam de maneira a se chegar a uma liberdade pacifica. A autonomia do Estado é exclusiva e soberana perante Administração Política.

. O abortamento na visão do Catolicismo se enquadra no conceito do quinto mandamento de Cristo, “não matarás”¹ considerando dessa forma um pecado, sendo arduamente condenado pela igreja. Por anos essa ideia foi pregada, e é sentido nos dias atuais mesmo diante de um Estado considerado laico.

É possível dizer que algumas atitudes estão sendo consideradas rupturas desse paradigma, uma ideia tão arcaica está sendo desmantelada. No Jubileu da Misericórdia que ocorreu no dia 08 de dezembro de 2015 a 20 de novembro de 2016, o Papa Francisco admitiu que a Igreja Católica concedesse o perdão para aquelas mulheres que realizaram o aborto. Retirando de certa forma uma opressão de corpos e a criminalização de mulheres, que estava sendo realizada pela Igreja.

Para o Papa Francisco, a realização do aborto é um pecado gravíssimo, pois coloca um ponto final em uma vida humana e inocente. (ORDAZ, 2016)

É notável um número bastante significativo quando se trata de mulheres que realizaram o procedimento de abortamento no nosso país, mais da metade que realizaram são

¹ “Não matarás” (Ex 20,13). Jesus disse no Sermão da Montanha: “Ouvistes o que foi dito aos antigos: ‘Não matarás. Aquele que matar terá de responder ao tribunal’. Eu, porém, vos digo: todo aquele que se encolerizar contra seu irmão terá de responder no tribunal” (Mt 5,21-22).

consideradas católicas, entre diversas faixas etárias. Deixando claro que a religião, costumes e mandamentos não estão paralisando o pensamento nem a atitude de realizar o processo de abortamento.

Se a Igreja prega tanto por defender a vida, deveria estar com os pensamentos abertos para entender de qual forma mais efetiva de realizar esse ato, empregando amor e solidariedade temas decorrente do catolicismo e não optar pelo o inverso, deixando a mulher desamparada ou até mesmo punindo em pensamentos e atitudes a escolha que foi feita.

Em um país supostamente laico a bancada religiosa, se encontra presente em várias discussões na Câmara e no Senado, influenciando muitas decisões. No caso da descriminalização do aborto não seria diferente.

Na ADPF – 442, estão sendo ouvidos diversas pessoas dentre elas religiosos de todas as crenças. De acordo com Dom Ricardo Hoerpers representante da Conferência Nacional dos Bispos - CNBB, elucida que o direito à vida é o fundamento principal que emana todos os outros direitos, deve ser protegido de forma absoluta e não realizando uma seletividade, assegurando a uns e negando a outros. O direito à vida está ligado a condição humana e não a uma concessão do Estado. (ADPF-442, Audiência Pública, p.305)

Na mesma linha de raciocínio, Dom Ricardo entende que 12ª semana de gestação a criança se encontra em desenvolvimento, é considerada uma pessoa, tendo sua existência sendo um indivíduo real.

Finalizando sua exposição Dom Ricardo, deixa sua suplica para a não liberação do aborto:

[...] um dia o grito silencioso desses inocentes calará fundo, pois a nossa nação, pátria amada, mãe gentil, sentirá falta da alegria e do sorriso desses filhos que ela não deixou nascer. Permita-nos continuar cantando "dos filhos deste solo és mãe gentil, pátria amada, Brasil!" (ADPF-442, Audiência Pública, p.305)

A Igreja Evangélica também se pronunciou na Audiência Pública, seu representante Douglas Roberto Batista, deixou evidente a não aceitação da liberação do aborto, deixando de ser considerado um crime. Deixa em evidencia que essa legalização é um ato assassino de um ser indefeso e inocente no ventre de sua genitora, esse abortamento é um genocídio. (ADPF-442, Audiência Pública, p.331)

Por demais, menciona que são totalmente contra a cultura de morte, pois defendem a família e o direito à vida que são invioláveis.

A Federação Espírita Brasileira representada pelo Senhor Luciano Alencar da Cunha, se encontra na mesma linha de pensamento das outras religiões aqui mencionadas. Para os espíritas a solução de todos os problemas humanos depende de dois fatores, o amor e a educação, para ele uma sociedade democrática necessita de diálogos e respeitar as diferenças acima de tudo.

Conforme o Código Penal o aborto é considerado um crime contra a vida humana, por esse fato o direito resguardado é o direito a nascer. Na visão do Espiritismo, o professor Allan Kardec, que foi um codificar da doutrina filosófica espiritual, é possível tratar o aborto na esfera do direito natural, conforme sua doutrina o primeiro direito natural é o direito a viver é por esse e outros que o espiritismo defende a vida desde a concepção. (ADPF-442, Audiência Pública, p. 376)

O Senhor Alencar reafirma que o direito à vida é um direito não absoluto, pois em uma situação de guerra a Constituição Federal diz que é possível matar, daí a indagação, na realização do aborto as pessoas estão em guerra, não tendo motivos para tremenda atrocidade. (ADPF-442, Audiência Pública, p.378)

Para finalizar sua exposição, o Senhor Alencar conta uma experiência de um médico Doutor Bernad Nathanson, que fez medicina na década de 40 e na década de 70 nos anos de 71 e 72, coordenou a maior clínica de aborto dos Estados Unidos, sendo realizados mais de 5 mil procedimentos de abortos por ele, dentre outros em que esteve supervisionando. Com os avanços tecnológicos no ano de 1976, resolveu realizar uma ultrassonografia de um abortamento, essas imagens estão em um documentário chamado “ O grito silencioso”. (ADPF-442, Audiência Pública, p.379)

O representante da Federação Espírita, Senhor Alencar conta sobre o documentário:

O ultrassom mostra a figura de um ser humano, um nascituro com doze semanas de gestação, que estava tranquilo no ventre materno, com dedinho na boca, quando ele percebe a presença da sonda. A sonda perfura o ambiente uterino e começa a sugar o líquido amniótico. Ele, então, como que desesperado, começa a nadar, começa a fugir, mas a sonda lhe atinge as pernas, os pés, e começa a sugar as pernas e os pés, e ele abre a boca como quem grita, mas ninguém ouviu o grito dele. Apenas o Doutor Bernard ouviu esse grito. A sonda continuou sugando aquele corpinho, mãos, braços, tórax, e na hora de sugar a cabeça, Ministra, a cabeça não passava na sonda. Então, veio uma pinça introduzida no útero materno e massacrou a cabeça daquele ser humano. E a sonda sugou o restante de vida que ali estava. (ADPF-442, Audiência Pública, p. 380)

Depois desse fato, o médico Doutor Bernard nunca mais realizou um procedimento de aborto, e se tornou o maior defensor do nascituro.

4 DOS PRINCÍPIOS

A nossa Carta Magna de 1988 elenca um rol de Princípios Fundamentais, que asseguram aos cidadãos vários direitos, dentre eles podemos citar a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o direito à saúde, à liberdade de vontade, o direito à igualdade, o direito à fraternidade, são inúmeros os princípios pétreos sendo vedado ao Estado qualquer interferência para impedir a existência ou até redução desses direitos.

A visão do Doutrinador Nunes é bem clara, vejamos:

Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumores a serem seguidos por toda sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constitucionais). Eles expressam a substancia última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. (NUNES, 2002, p. 37).

Em casos que ocorrer a pluralidade desses princípios, o entendimento de Nunes (2002, p. 37) é que, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo.

Ocorrendo dessa forma uma aparente antinomia entre os textos da Constituição, será aplicado pelo legislador a ponderação em casos que ocorra um conflito entre princípios. A solução para as antinomias, devem ser pautadas vislumbrando a realização da Dignidade da Pessoa Humana. Mas para chegar nesse sentido, o intérprete precisa se valer de um guia que sopesse os valores, deixando cristalino o entendimento que mais reflete no contexto. É chamado de princípio da proporcionalidade, mesmo não estando expresso na Constituição é de fato reconhecido, não sendo impedido, pois se trata de uma imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. (SOARES, 2010)

A ponderação dos interesses é utilizada quando ocorre um conflito entre princípios que estão resguardados na Lei Maior, buscando diante disso um ponto em equilíbrio e que a restrição de cada um dos direitos fundamentais envolvidos, seja a menor possível. Dentro da ponderação o instrumento utilizado para sua interpretação é o princípio da proporcionalidade, que se divide em subprincípios o da adequação onde a medida adotada pelo Estado é adequada a obtenção do fim que o legislador pretender atingir e o da necessidade impõe que a medida seja menos gravosa para atingir determinado objetivo. (SILVEIRA, 2013)

Para o estudo em questão, serão aprofundados em alguns princípios norteadores do sistema como o direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade de autonomia de vontade e a dignidade da pessoa humana. Esses direitos são essenciais, pois protegem o ser humano proporcionando uma vida digna. Sendo de suma importância que o Estado fique atento a esses direitos e sendo visto de uma forma única, para que possa haver um desenvolvimento da sociedade de forma respeitosa e adequada.

4.1 Direito à Vida

Para o Doutrinador Flávio Martins, o direito à vida está entrelaçado com o princípio da dignidade humana. Essa ligação é umbilicalmente, se a tutela da vida não ocorrer nesse sentido não haverá dignidade da pessoa humana e os direitos que dela decorrem.

O direito à vida tem dois pilares, um é o direito de continuar vivendo, o Estado não pode intervir em nossas vidas, tem o dever de não fazer, já o segundo pilar é o direito de ter uma vida digna, sendo um dever do Estado de fazer de proporcionar uma vida digna. (NUNES JUNIOR,2017, p.814)

Nesse sentido o direito à vida, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana devendo ser tutelado na maior intensidade que possa ser utilizado. Mas, fica inviável tutelar o direito à vida de forma absoluta e restrita, pois diante disso ocorre algumas violações de outros direitos fundamentais igualmente necessários. Diante desse entendimento podemos visualizar que a nossa Constituição Federal admite limitação da vida, sendo aplicado pena de morte em caso de guerra declarada de acordo com o artigo 5º, XLVII. (NUNES JUNIOR,2017, p.816)

Na esfera dos Direitos Humanos, podemos visualizar acepção do direito à vida pelo Ilustríssimo André de Carvalho Ramos, que a vida é o estado da pessoa considerado um ser animado, sendo visualizado o seu oposto que é a morte, que o fim das funções vitais do organismo. (RAMOS, 2017, p. 558)

O direito à vida é dividido em duas dimensões, uma a vertical que envolve a proteção da vida em suas variáveis formas, desde a fecundação até a morte, não sendo admitido a interrupção por terceiros nem das autoridades estatais. Já a dimensão horizontal enquadra-se a

proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social até de meio ambiente equilibrado, tudo se encaixa para assegurar uma vida digna. (RAMOS, 2017, p. 558)

Notavelmente pode-se perceber que no Brasil existe uma concepção sacra e com origem religiosa em relação a vida, o que acaba interferindo em um posicionamento neutro do direito à vida, transferido no artigo 5º, caput da Constituição Federal.

Esse direito fundamental contém os chamados direitos e garantias do cidadão, conforme dispõem o artigo 5º:

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

Segundo o professor Nelson Nery Junior, em palestra proferida no ano de 2017 no VII Congresso de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina:

O artigo 5.º da Constituição Federal baliza até onde o Estado pode ir e a partir de onde o Estado não pode intervir. Esses direitos e garantias fundamentais existem exatamente para que o cidadão possa se contrapor ao poder do Estado e de terceiros em relação a ele. (MACÊDO, 2018)

O direito à vida deve ser conciliado com a liberdade, que decorre da dignidade com autonomia, não se restringindo somente a existência biológica da pessoa. (CARVALHO, 1994, p. 189)

Quando a Carta Maior menciona sobre o direito à vida, não está mencionando a vida em sentido stricto sensu, mas sim lato sensu.

O bem jurídico vida, pode-se dizer o que é pelas palavras do Ilustríssimo Fernando de Almeida Pedroso:

Vida!

Sopro divino que nos confere a existência e com ela a percepção do mundo físico que nos circunda.

Vida!

Energia que nos anima e conserva dentro do espaço de tempo compreendido entre a concepção e a morte.

Vida!

Caldo de cultura no interior do qual floresce, se desenvolve e prolifera toda uma fauna de atividades.

Vida!

Mola propulsora das funções do indivíduo nos seus mais variados aspectos, sejam estes junto a família, no trabalho, política, justiça, administração, em suma, no convívio social em geral!

Vida!

Fato gerador de tudo o que existe e do próprio poder público ou estatal, que resulta da aglutinação de nossas existências. (PEDROSO, 2017, p. 32)

A vida é o bem mais precioso que uma pessoa poderia ter, é natural e um direito inviolável, conforme pode-se ver em nosso ordenamento. É possível dizer que é o direito mais importante e advém com o homem. Esse direito, todos têm, e a partir dele que surge os outros direitos essenciais para a existência do ser humano.

O Doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, entende que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p. 441)

Andando na contramão por alguns momentos, o aborto é incompatível com o direito à vida, se destaca o repúdio e a proibição pelo ordenamento jurídico. Em algumas situações, inseridas no sistema normativo é totalmente legal a prática do aborto. Uma das hipóteses de aborto é o feto anencéfalo, quando o mesmo não possui condições de vida extrauterina, considerado um ato legal, essa interrupção terapêutica da gestação. Pelo entendimento do Ministro Marco Aurélio:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. (STF, ADPF 54)

Entende-se que a vida humana surge com a fecundação, entretanto a proteção jurídica nasce no momento da nidação, e o Estado garante esse direito desde a vida intrauterina, sendo inadmissível o aborto, que é considerado uma prática ilegal, salvo em alguns casos descritos ao longo do trabalho.

Segundo André Ramos Tavares

Desde o primeiro e mais essencial elemento do direito à vida, vale dizer, a garantia de continuar vivo, é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo, assim como o momento em que, seguramente, cessa a existência humana e nessa linha, o dever estatal, de cunho constitucional, de mantê-la e provê-la. (TAVARES, 2019, p. 570)

De acordo com o bispo do Rio Grande/RS, Dom Ricardo Hoepers em audiência sobre a ADPF 442:

É assim que o Supremo Tribunal Federal vai garantir a inviolabilidade do direito à vida? Dando uma arma chamada “autonomia” para que homens e mulheres ao seu bel prazer interrompam a vida das crianças até a 12ª semana sem precisar dar nenhuma satisfação de seu ato predatório? Esperamos que não, pois,

“O direito à vida é o mais fundamental dos direitos e, por isso, mais do que qualquer outro, deve ser protegido. Ele é um direito intrínseco à condição humana e não uma concessão do Estado. Os Poderes da República têm obrigação de garanti-lo e defendê-lo.

“Não compete a nenhuma autoridade pública reconhecer seletivamente o direito à vida, assegurando-o a alguns e negando-o a outros. Essa discriminação é iníqua e excludente. (Nota CNBB, 11/04/2017).

O questionamento sobre o direito à vida é bem mais abrangente e não existe um ponto final, mas em nosso país vemos que se a pessoa não obedecer às leis, estará aberto a sofrer as sanções que estão descritas em nosso ordenamento jurídico.

4.2 Da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento não é conhecida como um direito, mas sim como um atributo, sendo uma meta a ser alcançada pelo Estado democrático de direito. (NUCCI, 2015, p. 322)

Foi consagrada como sendo um fundamento do Estado Democrático, dessa maneira sendo um vetor, um alicerce para os demais princípios que emanam a Constituição. O princípio da dignidade da pessoa humana, foi incluído pela primeira vez na redação do art. 1º, III, da Constituição Federal, afirmando dessa maneira a ideia de Estado Democrático de Direito.

Segundo o entendimento de Fernandes:

A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio^{5º}. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2013, p. 300)

Segundo esse princípio, todo o ser humano deve ser respeitado e da mesma maneira ter seus direitos fundamentais intactos. Diante dessa situação o Estado que é soberano tem suas limitações, não podendo ocorrer ofensas, pois se trata de um atributo consagrado pela Constituição.

De acordo com Moraes:

a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p.129)

Necessita-se de uma atenção maior e ter todo o cuidado, pois a pessoa não pode ser tratada como um reflexo do ordenamento jurídico. Em relações entre o indivíduo e o Estado, há uma balança, onde deve pender para o lado do ser humano, através da sua personalidade, uma vez que o Estado existe em favor do homem e não ao contrário.

Diante de tantas interpretações em todos os meios do direito, o princípio da dignidade da pessoa humana abarcar todas as relações, não fazendo nenhuma distinção com as pessoas que estão ocupando os polos dessa relação. E nesse diapasão, que surge a ideia de relativização da dignidade da pessoa humana, quando indivíduos estão no mesmo patamar, na mesma linha horizontal, a dignidade de um indivíduo se encontra em conflito com a do outro. (SARMENTO,2006, p. 140).

Ocorrendo um embate entre os princípios individuais, mesmo derivando da dignidade da pessoa humana é preciso retirar essa capa e olhar o princípio em si, cabendo essa função ao aplicador do direito, atribuindo-se o bom senso e ponderando o valor da dignidade de um em detrimento da dignidade do outro, tentando buscar a mais adequada solução para o caso concreto.

Ainda sobre o tema, Bernardo Gonçalves entende:

[...] que questões limites como eutanásia, aborto e feto anencefálico fazem remissão (remetem) a uma discussão da dignidade humana, uma vez que são muitas vezes lidas na forma de uma colisão entre direitos à liberdade, à integridade corporal e à vida biológica. (FERNANDES, 2013, p. 301)

Consequentemente, o limite de uma dignidade é o começo da igual dignidade do outro. Sendo aplicado o justo juízo de pesos e contrapesos, para a mitigação ou relativização

dos princípios envolvidos. Sendo absoluto o valor contido na dignidade, não será permitido que a pessoa renuncie e nem será afastado esse princípio, porque consiste no respeito a integridade do homem e deve ser sempre observado, pois constitui a essência e o fim maior do Estado Democrático de Direito.

4.3 Da Liberdade

Há tempos o Princípio da Liberdade se faz presente em nossa sociedade, fomos criados e trazidos para esse mundo para sermos livres, em várias etapas Jesus menciona sobre a liberdade, conforme elucida Richard Simonetti:

A questão principal desse conselho pré-mortal era: Devem os filhos de Deus possuir arbítrio ilimitado para escolher o caminho que devem seguir, seja ele bom ou mau, ou devem eles ser coagidos e forçados a ser obedientes? Cristo e todos os Seus seguidores defenderam a primeira proposta — liberdade de escolha; mas Satanás defendeu a segunda — coerção e força. (SIMONETTI, 2012, p.03)

De acordo com os Ilustríssimos Alexandrino e Vicente:

[...] o lema da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, foi sem dúvida a liberdade o axioma mais encarecido originalmente pelo Liberalismo. Como ideologia da classe burguesa triunfante sobre o Absolutismo, interessava mais aos capitalistas de então a defesa da liberdade negocial do que uma atuação tendente à obtenção de uma igualdade material, efetiva, no seio da sociedade. (ALEXANDRINO; VICENTE, 2015, p.103)

No artigo 1^a da Constituição Federal, analisaremos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No inciso do pluralismo político, se entende por uma simultaneidade pacífica de todas as ideologias, consistente dentro de uma sociedade. Definindo dessa forma que a liberdade é um dos pilares de nossa Nação, não obstante sendo um princípio da nossa democracia.

Conforme consta em nossa Carta Maior em seu artigo 5^a caput, o princípio da liberdade é complexo, pois não só compreende a liberdade física e de locomoção, mas também a liberdade de crença, de expressão do pensamento, de reunião, etc. A visão dessa liberdade é de ampla aceção, de acordo com Alexandrino e Vicente (2015, p.122).

É preciso saber definir bem o que é liberdade, para ser utilizada nos dias atuais, pois a liberdade vincula estreitamente ao dever e a responsabilidade individual. São esses dois elementos que movem os atos humanos, resguardando do excesso, prejudicando a independência e a liberdade. (PECOTCHE, 2004, p. 205)

O Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 54, comentou o papel do STF ao acolher o direito das mulheres em interromper a gestação em casos de anencefalia no feto, esclarecendo que esse ato não estaria ignorando o princípio predominante, mas havendo um respeito:

[...] não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de Direito.

Por demais, a petição da ADPF 442 em sua redação realizada pelas Advogadas do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, expressa sobre o preceito da liberdade estar sendo vedado em relação a criminalização do aborto:

A criminalização do aborto viola o direito ao planejamento familiar (CF, art. 226, §7º), que se constitui direito fundamental por ser fundado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e é infringido quando uma mulher é impedida de tomar uma decisão reprodutiva relevante e crucial. Pode-se ainda entender que, por impedir às mulheres o efetivo controle sobre a própria fecundidade e a possibilidade de tomar decisões responsáveis sobre sua sexualidade, sem risco de sofrer coerção ou violência, a criminalização do aborto configura-se violação do direito fundamental à liberdade (CF, art. 5º, caput) e aos direitos sexuais e reprodutivos. Direitos sexuais e reprodutivos, apesar de não estarem expressamente previstos em texto na Constituição Federal, são decorrentes dos direitos à liberdade e igualdade (CF, art. 5º, caput) e estão descritos em compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Plano de Ação da Conferência do Cairo de População e Desenvolvimento (1994),¹⁹ a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995),²⁰ e o Consenso de Montevideu decorrente da Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe (2013),²¹ no qual se pactuou a revisão de leis para cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos. Direitos sexuais e reprodutivos também são reconhecidos por órgãos de monitoramento de tratados de direitos

humanos firmados pelo Brasil, como o Comitê CEDAW,²² que monitora a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), e o Comitê DESC,²³ que acompanha o seguimento ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

Segundo a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Todos e cada um dos homens, todos e cada qual dos povos têm o direito de ver respeitada a sua condição digna, que somente se põe pela garantia do seu direito à liberdade (à autonomia para a tomada de decisões e à soberania para a escolha das políticas estatais) e do seu direito de ser igualmente respeitado sem diferenciações que subestimem ou menosprezem quaisquer seres ou povos.

5 DO PRISMA DO ESTADO: CRIMINALIZAÇÃO x DESCRIMINALIZAÇÃO

Como mencionado anteriormente, o Estado a anos vem resguardando falar sobre a legalização do aborto. Como de fato é um assunto com muitas divergências e questões de difícil escolhas, pois precisa ser analisado direitos fundamentais e princípios que estão rodeados em nosso Ordenamento Jurídico. Um tema bem crítico e com muitas divergências na sociedade, deve ser ponderado e analisado por diferentes óticas e minuciosamente verificar as consequências em relação a legalização.

Tanto a criminalização e a legalização do aborto, existem diversas barreiras que irão descriminar pessoas ou até infligir princípios e direitos fundamentais que são direitos que não podem ser abandonados no nosso país.

Diante dessa questão ocorre uma colisão entre dois ou mais princípios, sabendo-se que nessa esfera Constitucional não existe hierarquia entre princípios, mas sim uma flexibilidade diante casos concretos que mostram divergências. Uma solução é através do sopesamento de princípios, verificar qual princípio teria mais peso e deveria se destacar em cada caso, surgindo assim a ponderação, a proporcionalidade buscando uma racionalidade nas decisões.

Nessa esfera, para Daniel Sarmento:

[...] o intérprete deve verificar o *peso genérico* de cada princípio em conflito, observando assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico. Ademais, no momento logo posterior de definição do *peso genérico* dos princípios em conflito, o intérprete deve buscar o *peso específico* dos mesmos princípios em análise, situação em que varia de acordo com o caso concreto. (SARMENTO, 2002, p.103)

Para Robert Alexy, a ponderação parte de uma construção de fases para atingir seus efeitos:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro. (ALEXY, 2008, p.68)

Aprecia-se em relação ao aborto que o princípio a ser resguardado é o do direito à vida, sendo valorado como um princípio absoluto pelo nosso Ordenamento Jurídico, pois é considerado um crime quem pratica aborto, se enquadrando no rol de crimes contra a vida. Para a análise das pessoas que estão no lado da legalização, isso se torna contrário a

construção da própria lei da ponderação em que os princípios são relativos, podendo ser afastado de acordo com a causalidade.

Nessa acepção o Ilustríssimo Ministro Luis Roberto Barroso em seu voto para o Habeas Corpus 124.306, elucida sobre a violação do princípio da autonomia:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). 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.

Por outro campo é possível verificar o não acolhimento pela descriminalização, estão lutando para mostrar que preceitos fundamentais estão sendo violados com essa liberação. Em suma, deve-se liberar em casos com certa peculiaridade como ocorreu no caso dos embriões com anencefalia – ADPF 54.

A Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados de São Paulo, que tem como associado honorário o Ministro Ricardo Lewandowski, encaminhou um documento para a Ministra Rosa Weber, relatora da ação da ADPF 442, que discute a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez, trazendo em seu bojo o não aceiteamento pela liberação do aborto, deixando transparecer que o ato é cruel, e fazendo a comparação com o homicídio que é considerado pelo Código penal sendo um delito hediondo. Adiante, um trecho desse documento escrito pelo presidente da comissão, Ricardo Sayeg:

[...] “Os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana surgem a partir da concepção do embrião com a vida. Toda interrupção da vida, daí em diante, é assassinato.” [...]

[...] “Portanto, principalmente havendo lei criminalizando, sou do parecer de que permitir o aborto configura grave violação de Direitos Humanos, por institucionalizar o assassinato por meio da interrupção consciente e cruel da vida de outro, neste caso, do embrião vivo, por parte da própria mãe, sob a responsabilidade dela de seu parceiro, que, para agravar, fulmina a capacidade de defesa da vítima.” [...]

É possível visualizar que os direitos fundamentais não são absolutos, mesmo decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à vida. Na Constituição Federal é admitido a pena de morte em caso de guerra declarada, a execução da pena de morte está regulamentada no artigo 707 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei. 1002/69). (NUNES JUNIOER, 2017, p. 825)

Verifica-se uma limitação ao direito vida, no artigo 128, II do Código Penal, onde autoriza a realização do aborto sentimental, em casos em que ocorra uma gravidez decorrente do estupro, nesse caso é evidente a existência de vida após o quarto mês de gestação e mesmo assim a lei brasileira admite a interrupção da gestação, sendo priorizado o bem-estar psicológico da mulher, decorrente da dignidade da pessoa humana. (NUNES JUNIOER, 2017, p. 825)

Um outro exemplo de relatividade do direito à vida é o artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutico – lei 7.565/86, conhecida como “ Lei do Abate”, segundo o §2º do artigo 303, “Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada”, É um ato excepcionalíssimo de restrição do direito à vida, esse artigo visa combater o narcotráfico internacional, até mesmo uma possível ameaça terrorista por meio de aeronaves. (NUNES JUNIOER, 2017, p. 825)

Todas essas formas de restrição do direito à vida, são constitucionais, pois obedecem aos critérios de validade das restrições dos direitos fundamentais, as leis restritivas não podem ser excessivas, as leis devem atender os critérios de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e devem ser razoáveis as leis. (NUNES JUNIOER, 2017, p. 826)

O Estado encontra-se em uma situação delicada e complicada, a questão não é só princípios que estão sendo afrontados ou até esquecidos, envolve valores morais em que cada ser humano carrega em seu íntimo, valores passados por nossos pais, mas que vem sendo mudados por uma sociedade que está em constante transformação, nessa toada envolve a religiosidade que se faz presente em nosso cotidiano e como mencionado anteriormente, ainda tem um poder relevante na sociedade. E não menos importante está a relação de saúde pública, o Estado é nada mais que um garantidor para promover e recuperar a saúde da população, tendo que reduzir os problemas que acometem a coletividade.

Esse debate está no cotidiano das pessoas e não só no Supremo Tribunal Federal, cada indivíduo tem suas razões para defender sua posição, e dificilmente um conseguirá convencer o lado contrário, tornando a aceitação um ato praticamente impossível de alcançar.

6 DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ato de abortar no Brasil é considerado crime, como mencionado anteriormente. O Direito Penal não aprofunda em relação ao conceito e não menciona sobre abortos naturais ou acidentais, pois o direito criminaliza as condutas que colocam em risco os bens em que a sociedade entende que devem ser tutelados.

Para o crime de aborto, é considerado o objetivo jurídico do crime, que nesse caso o bem jurídico mais importante é a vida, sendo um ataca a vida intrauterina quer seja dolosa ou culposa, estando sujeito as penalidades. O Código Penal de 1940, elenca em seus artigos 124 a 127, as condutas passíveis de punição. (CAPEZ,2012, p. 130)

6.1 Do Código Penal de 1940

Analisando o Código Penal é possível notar que são passíveis de punição o aborto realizado pela própria gestante ou por terceiros, seja com o sem o seu consentimento. Para Fernando Capez:

Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art. 124 — a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 — o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 — o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante). (CAPEZ, 2012, p. 131)

No artigo 124 é possível verificar que a pratica é tipificada por duas formas de aborto criminoso: o autoaborto e o consentimento ao aborto, a gestante nesse caso age de forma dolosa, realizando uma ação de forma intencional e consciente, seja realizado por ato próprio ou consentindo que outro pratique, objetivando a interrupção da gravidez. Somente a gestante pode se autora desse delito, pois trata de um crime de mão própria. (CAPEZ,2012, p. 131)

O aborto realizado pela própria gestante está disposto no caput do artigo 124 e o aborto consentido se encontra na segunda figura do artigo. O autoaborto é realizado pela gestante em que a própria emprega meios ou manobras abortivas em si mesma. Nessa hipótese é possível enquadrar um terceiro que apenas induz, instiga ou auxilia a gestante a provocar o aborto em si mesma de maneira secundaria. No aborto consentido, ocorre somente o consenso da gestante sendo realizada a execução material do crime por uma terceira pessoa,

nesse caso o legislador não admite coautoria, por ser tratar de crime de mão própria, pois o ato é personalíssimo cabendo a mulher. (CAPEZ,2012, p. 137)

Nesse diapasão, Fernando Capez elucida:

Por ser crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto e logo depois o auxiliar no emprego das manobras abortivas em si mesma responderá somente pelo crime do art. 124 do CP. Assim, o Código dispensou tratamento penal diverso àquele que executa materialmente a ação provocadora do aborto, cuja sanção penal, inclusive, é mais gravosa (reclusão, de 1 a 4 anos), e àquela que consente que terceiro lhe provoque, cuja pena cominada é idêntica ao delito de autoaborto, ou seja, menos grave (detenção, de 1 a 3 anos). (CAPEZ,2012, p. 137)

No artigo 125, tipifica o aborto realizado por terceiro, sem o consentimento da grávida, em que realiza meios e procedimentos abortivos sendo o objetivo a morte do feto, nessa situação pode ser realizado por qualquer pessoa se tratando de um crime comum. É considerado a forma mais gravosa de aborto, sendo repugnado pela sociedade, prevendo pena de reclusão de três a dez anos. Essa falta de consentimento pode ocorrer na forma real, em que haja fraude, grave ameaça contra a gestante e por violência ou grave ameaça, ou ainda o consentimento presumido, pois mesmo que ocorra o assentimento a gestante é incapaz, se enquadrando os menores de 14 anos ou portadores de alguma debilidade mental incapacitante, conforme previsto no artigo 126, parágrafo único.

O artigo 126, versa sobre o aborto realizado por terceiros com o consentimento da gestante, esse consentimento deve ser válido e perdurar por todo o tempo que ocorrer o procedimento do aborto, pois se no momento do ato a gestante desistir e dessa forma o terceiro continuar a manobra, haverá para este um delito mais gravoso enquadrando no artigo 125 do código penal. Dentro do artigo 126 ocorre uma ramificação para dois crimes, sendo um para a gestante que consentiu com o aborto que irá responder pelo 124 e o terceiro que praticou a conduta responderá pelo artigo 126, sendo possível nesse caso o concurso de agentes, ocorrendo auxílio nos atos de terceiros que provocam o aborto. Nesse contexto o legislador impôs reclusão de um a quatro anos para o agente que realiza o procedimento de aborto na gestante, visando punir não somente profissionais como pessoas comuns. (CAPEZ,2012, p. 139)

A proteção dada pelo nosso constituinte é também notável pelo artigo 127, que expõe as formas majoradas do crime de aborto, prevendo-se aumento de pena em um terço em casos que ocorra lesão corporal de natureza grave ou que a pena seja duplicada em casos que haja morte da gestante.

O aborto será punível em casos que ocorra dolo eventual, casos de aborto culposos não existe punição. O dolo eventual deve ocorrer a vontade de interromper a gravidez, agindo com consciência de que o resultado será a morte do feto. O dolo divide-se em direto, quando a gestante tiver o firme propósito de encerrar a gravidez, sendo o resultado final a morte do feto, e em dolo eventual, quando a mulher assume o risco de produzir o resultado. (JESUS, 2013, p. 155)

Considera-se um crime material, pois as figuras típicas descrevem uma conduta de provocar de alcançar um resultado, que é a morte do feto. É um delito instantâneo ocorrendo a consumação somente em um momento, não possui continuidade delitiva ao bem jurídico. É um crime de forma livre, podendo ser executado por inúmeros meios, ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral. É insignificante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada. Esse crime é possível a tentativa, quando realizado a interrupção da gravidez, o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito. Quando o meio para a realização do aborto é ineficaz, como no caso do feto já estar morto quando da provocação ou mesmo quando não possui gravidez nenhuma, há nesses casos um crime impossível por absoluta impropriedade do objeto. (JESUS, 2013, p. 152)

6.2 Das hipóteses que excluem a ilicitude

As excludentes de ilicitude em nosso Ordenamento Jurídico se encontram no artigo 128 e seus incisos do Código penal brasileiro. São previstos em casos de abortos em que se classificam como humanitários, ficando possível a realização do aborto sem o ato ilícito presente nessa ocasião. A ilicitude não se enquadra nos atos em que o médico busca a preservação da saúde física e mental da mulher, bem como sua dignidade.

No entendimento de Capez, “ Trata-se de causas excludentes da ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias elencadas no texto legal. ”

6.2.1 Aborto necessário ou terapêutico

O inciso primeiro trata do chamado aborto necessário ou aborto terapêutico, aquele em que a gestação é interrompida pelo médico quando a vida da gestante estiver correndo risco, e

quando não tiver nenhuma outra opção para salvá-la. Mesmo que o perigo não seja imediato, mas a convicção médica de que a continuação da gestação causará riscos a vida da grávida é possível o afastamento da ilicitude e ganhar a autorização para a prática do aborto legal.

Diante disso é possível verificar que existe dois bens jurídicos em confronto, um a vida do feto e outro a vida da genitora ambos se encontram em perigo e para isso se faz necessário a destruição de um para a preservação do outro. O legislador optou por preservar o bem maior que é a vida da mãe, sacrificando um bem jurídico menor que ainda não foi totalmente formado. Não sendo im procedente sacrificar a vida de ambos (CAPEZ, 2012, p. 142).

Para o Doutrinador Fernando Capez:

Observe-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado. (CAPEZ, 2012, p. 142)

O ato do médico na intervenção da gestação da mulher será sem anuência da mesma ou do representante legal, por muitas vezes a gestante se encontra em estado de inconsciência e os familiares terem interesses do feto continuar vivo. Essa interferência cabe somente ao médico e respaldado com o diagnóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante. Na vida acadêmica da medicina o alicerce principal é salvar a vida que se encontra em risco e nesse caso o desejo de salvar uma será a morte da outra (CAPEZ, 2012, p. 143).

O ato será lícito somente para a conduta do médico de acordo com o estudo do crime de aborto, mas em situações em que atua a enfermeira ou parteira as mesmas não responderão pelo delito, pois estão revestidas por força do artigo 24 do código penal que informa sobre o estado de necessidade, excluindo dessa maneira a ilicitude do ato. O aborto só será ato lícito se a continuidade da gravidez acarretar risco atual e permanente, fora isso a conduta será considerada criminosa (CAPEZ, 2012, p. 143)

6.2.2 Aborto sentimental, humanitário ou ético

O código penal em seu artigo 128, inciso segundo versa sobre o aborto sentimental que pode ser chamado por outras formas como aborto humanitário ou até aborto ético. O Estado nessa situação autoriza o procedimento do aborto, essa gravidez é advinda da

realização de um crime de estupro. Nessa circunstância o Estado não pode coibir a mulher de gerar um filho de um coito vagínico violento, pois se insere danos maiores a essa mulher tanto psicológicos quanto lembranças do ocorrido (CAPEZ, 2012, p. 144).

Diferentemente do aborto necessário o aborto sentimental é imprescindível o consentimento da gestante em realizar o procedimento abortivo, a exceção será quando a gestante for incapaz sendo a anuência de seu representante legal (JESUS, 2013, p. 160)

Para que o médico possa realizar o procedimento do aborto, deve-se valer dos meios necessários para a comprovação do crime de estupro, como o inquérito policial, processo criminal entre outros. Não existindo essas provas o mesmo deve procurar outros meios de se certificar da ocorrência do delito sexual. Nessa esfera não há necessidade de autorização judicial para a prática do aborto.

Nessa mesma linha de pensamento destaca-se Fernando Capez:

A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico. Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal). No tocante à gravidez decorrente de estupro de vulnerável, basta a prova da realização da conjunção carnal. (CAPEZ, 2012, p. 145)

Antes da prática do aborto o médico se submete ao Código de Ética Médica e a Regulamentação do SUS, na maioria das vezes é oferecido para a vítima no momento em que procura o auxílio médico um contraceptivo de emergência, popularmente conhecida como a pílula do dia seguinte, juntamente com outros medicamentos, tais como o coquetel de prevenção do vírus HIV. Se esse procedimento não for eficaz, o médico seguirá com outras medidas para a interrupção da gestação, como já mencionado todos os atos serão praticados com a concordância da vítima.

6.3 Outras espécies de aborto legal

6.3.1 Aborto natural

Ocorre em situações em que a gravidez é interrompida sem motivos, consiste em uma espontaneidade. É desconsiderado um ato ilícito não sendo punível pelo nosso ordenamento.

6.3.2 Aborto accidental

O próprio nome descreve o ato, ocorre a interrupção da gravidez em casos que ocorre algum acidente. Como decorrência de um traumatismo sendo desclassificado como um ato delitivo.

6.3.3 Aborto social ou econômico

Essa espécie de aborto está diretamente ligada a vida financeira e social de uma família. Ocorre em casos que a família é bastante numerosa e com o advento de mais um membro familiar agrava a vida financeira. Essa questão não está aberta para a legalidade do ato, sendo considerada pelo legislador como um crime, mas se legalizado o aborto pela ADPF 442, essa espécie de delito será possível realizar diante desse fundamento.

6.3.4 Aborto de fetos anencéfalos

Outra forma legal de realização de aborto aceito em nosso ordenamento pela Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 54, que teve início no ano de 2004 e foi publicado o acórdão no ano de 2013, autorizou o aborto de fetos anencéfalos, se enquadrando na espécie de aborto terapêutico. A anencefalia é uma má-formação no cérebro do feto, se a gestante continuar com a gravidez o nascituro poderá padecer de uma doença terminal e irreversível podendo não ter muito tempo de vida extrauterina. O feto é considerado como um morto cerebral, pois o coração bate, mas o cérebro está morto não existindo nenhuma função do sistema nervoso central.

O Ministro Marco Aurélio Mello que foi o relato dessa ação, fez alusão a estatísticas de casos de anencefalia no Brasil e como o sistema Judiciário vinha tratando o tema e autorizando o aborto, vejamos:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da

Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

A liberação de abortos em casos de feto com anencefalia, houve mudanças na forma da autorização para realizar o procedimento. Antes do ato ser legal, a gestante diagnosticada precisaria pleitear o pedido para uma vara criminal e qual poderia ser concedido ou não pelo juiz. Com o julgamento favorável da ADPF 54, se faz necessário a comprovação por exames médicos totalmente fidedignos para comprovar se o feto tem anencefalia e se há impedimento da vida.

O feto com morte cerebral é visto como um natimorto cerebral, sendo improvável a sobrevivência nessa situação. A anuência da gestante no procedimento do aborto é inevitável, sendo posto pela junta médica toda a situação do feto e seus riscos com o advento do nascimento.

Excelentíssimo relator Marcos Aurélio Mello em uma das suas pronúncias na ADPF 54, trouxe uma valiosa lição, “não devemos julgar a decisão de realizar ou não o procedimento abortivo como decisão certa ou errada; não temos esse “direito””.

7 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode-se dizer que é uma espécie de controle concentrado, que busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição ou de uma contenda constitucional em relação a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. (GONÇALVES, 2017, p.1.547)

Encontra-se no artigo 102, § 1º da CF/88, onde a Emenda Constituição n. 03/93, determina que seja apreciada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a lei. Toda via, há uma lei n. 9.882/99, que define suas regras procedimentais. A propositura da ação é realizada pelos os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 103, I a IX da Constituição Federal.

O legitimado ajuizará a ação no Supremo Tribunal Federal, sendo minucioso aos requisitos sendo a indicação do preceito fundamental violado, indicação do ato questionado, prova da violação do preceito fundamental, o pedido e se necessário a comprovação da existência de controvérsia judicial. (LENZA, 2015, p.619)

De acordo com o artigo 8º da Lei n. 9.882/99, a exigência de estarem presentes para julgamento é de 2/3 dos ministros, sendo um quórum de 8 ministros dentre os 11. Já a decisão se dará por maioria absoluta, sendo necessário a anuência de 6 ministros. Com a decisão proferida sua auto aplicação é imediata e a lavratura do acordão será posteriormente. A decisão terá eficácia contra todos (erga omnes) e efeitos retroativos (ex tunc), além do seu efeito ser vinculante para os demais órgãos do Poder Público. (LENZA, 2015, p.622)

7.1 O caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF -54)

A ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), sendo seu representante o advogado Luiz Roberto Barroso. Sendo proposta em 17 de junho de 2004 perante o STF, com o objetivo de obter a validade da prática abortiva em casos em que o feto possui anencefalia.

O objetivo central da ADPF-54 era reduzir o tempo em que a gestante perdia, indo buscar uma autorização para realizar a interrupção através do poder judiciário. A intenção era o reconhecimento da gestante antecipar o aborto em casos em que o feto se encontrasse com a anomalia, sendo incompatível a vida extrauterina, sem que se necessita de uma apresentação da declaração judicial autorizando a interrupção.

No mesmo ano o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da ação, concedeu uma liminar favorável autorizando a realização do procedimento de aborto em casos de anencefalia fetal, desconsiderando nesse caso um aborto ilegal.

Com a apreciação da ação houve diversos debates e repercussão na sociedade. Na época muitas gestantes buscaram o Sistema Único de Saúde –SUS, para realizar a interrupção da gestação, passando a realizar os exames que diagnosticavam a existência da anomalia e assim passaram a realizar o procedimento sem que houvesse a necessidade da apresentação de uma autorização judicial do Estado.

Houve muitas especulações e com isso a decisão monocrática deferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello foi casada pelo Pleno Tribunal, não produzindo mais efeito para o caso dos fetos com anencefalia.

Na ocasião, muitas mulheres que se encontravam internadas nos hospitais para realizarem o procedimento de interrupção da gestação, tiveram sua pretensão frustrada com o impedimento do STF. Sendo vedado aos hospitais a realização da prática abortiva, voltando para a situação anterior, as gestantes tinham que providenciar autorização judicial através de uma ação postulada em juízo, somente assim seria realizado a interrupção novamente.

Como Daniella Bo, informa, houve uma discrepância de classe social em relação a interrupção da gestação do feto que possui anencefalia. Sendo que algumas classes sociais não procuram hospitais públicos e sim os particulares que não dependem do Estado para efetuar o procedimento abortivo, sendo realizadas “clandestinamente”, com absoluto sigilo entre as partes médico e gestante, dificultando a fiscalização pelos entes estatais. Essa prática é mais comum do que podemos imaginar. (BOHRER, 2018, p. 10).

Alguns anos se passaram e em um despacho de saneamento de audiência pública, o Ministro Marcos Aurélio de Mello expos seu entendimento sobre o assunto da interrupção da gestação em casos de fetos com anencefalia, ratificando seu posicionamento favorável e deferindo a ação postulada. Nesse sentido no final do ano de 2008, dava início as audiências públicas para debater as questões mais calorosas, sendo ouvidos diversas entidades e

especialistas com todos os pontos divergentes e favoráveis possíveis, com seus conhecimentos específicos que ultrapassam os limites do próprio Direito.

Cabe ressaltar a participação de representantes de entidades religiosas, em destaque a Confederação Nacional dos bispos do Brasil (CNBB), defendendo que o início da vida acontece com a concepção e deve ser protegido os direitos do feto anencéfalo, bem como a intangibilidade de sua vida. (BOHRER, 2018, p. 11).

A decisão dessa ADPF-54, em dizeres populares foi um parto, pois com muito clamor da sociedade o STF proferiu a decisão favorável a interrupção da gestação no ano de 2012, sendo que essa ação estava em tramitação desde o ano de 2004.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de 8 votos a 2, onde autoriza a gestante a escolher se deseja continuar com a gestação anencefálica até seu término natural ou deseja interromper a qualquer momento a gestação, não sendo criminalizada a conduta da gestante nesse caso.

Os votos favoráveis foram dos ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello. Os votos contrários da ação foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Dias Toffoli,² estava impedido de votar nesse julgamento.

A decisão favorável da ADPF-54, vislumbra um precedente enorme em realização de outras formas de interrupção da gestação, sendo elas com pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina. O Estado entrará em uma jornada em que outras ações com o mesmo porte ou até mais importantes estará sendo pleiteada.

7.1.1 Respetivos Votos dos Ministros do STF na ADPF-54

De acordo com as palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da ação, o assunto pleiteado é de extrema relevância para o nosso país sendo considerado uma das mais importantes análises realizada pelo Tribunal. Em suma, elenca dados realizados por profissionais especializados que até o ano de 2005, juízes e tribunais de justiça realizaram cerca de três mil autorizações para interromper a gestação em que o feto fora do ventre

² Dias Toffoli não participou porque se declarou impedido, já que, quando era advogado-geral da União, se manifestou publicamente sobre o tema, a favor do aborto de fetos anencéfalos.

materno não conseguiria sobreviver por muito tempo. Considerando estatisticamente pela Organização Mundial de Saúde, o Brasil se encontra em quarta colocação dos países que contem casos de fetos anencéfalos, sendo a incidência de um caso para cada mil nascimentos, ficando atrás de países como o Chile, México e Paraguai.

Analisaremos o posicionamento do voto de cada Ministro no julgamento da ação realizado no ano de 2012 no Supremo Tribunal Federal.

As argumentações do voto do Ministro Marco Aurélio, na visão do excelentíssimo o feto anencéfalo não possui vida, pois ocorre a morte cerebral do feto não havendo vida nesse sentido. Assemelha-se com a morte encefálica no caso em suma considerado também desprovido de vida cerebral. Elucida sobre o feto anencéfalo não possuir direitos em tela nunca se tornará um ser humano, nem tão pouco ser titular de direito à vida.

Ressalva-se que não seja considerado um aborto, nesse sentido a tutela é a vida em potencial, como mencionado no entendimento do Ministro o feto com encefálica não possui essa tutela. Por demais, entende-se que o direito à vida não se configura como absoluto e nem se prevaleça aos outros princípios, comparando-se a ponderação do feto saudável que é passível de ponderação com os direitos da mulher em casos que ocorra risco de vida da gestante, a continuidade da gestação de fetos sem atividade cerebral põe risco a saúde física e psíquica da mulher.

Ao entender que a autonomia da mulher cabe somente a ela sopesar e não ao Estado, segundo o princípio da proporcionalidade, o Estado obrigando a gestação dessas mulheres é uma forma de violência e feri sua dignidade.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi pela possibilidade do aborto em casos de feto com anencefalia, segue um pequeno trecho da votação:

[...] A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. [...]

Para o Ministro Gilmar Mendes que votou pela legalidade da interrupção de gestação de feto com anencefalia ao seu entender, o Código Penal da década de 1940 não fazia alusão a

anencefalia, nem tão pouco era possível identificar fetos que poderiam estar com essa anomalia dentro do ventre materno. A sociedade passou e passa por constante evolução e com o Código Penal não deveria ser diferente, deve-se realizar uma interpretação evolutiva, no caso em questão é possível identificar-se a anomalia do feto ao final do primeiro trimestre de gestação, sendo considerado um grau altíssimo de certeza.

É do saber que a interrupção de casos com anencefalia se assemelhasse com o aborto de feto resultante de estupro, que a intenção principal do legislador foi preservar a saúde psíquica da mulher, destacando-se que esse aborto é permitido ainda que o feto seja totalmente saudável. A parte psíquica da mulher é o saber que está carregando dentro do seu ventre fruto de uma concepção desejável, mas que perdurará o sofrimento consigo de saber que esse feto não irá sobreviver.

O Ministro Gilmar Mendes destaca, que o aborto de fetos anencéfalos está na mesma linha das excludentes de ilicitude previstas no Código Penal Brasileiro de 1940, que visa valores e bens jurídicos protegidos. Essa proteção se entende pela integridade física e psíquica da mulher, sendo resguardado o direito à privacidade e a intimidade, aliados a autonomia da vontade. Diante disso, o caso em questão se enquadra perfeitamente, pois o feto sendo anencéfalo causa desgastes emocionais para a mulher e sendo coibido pelo Estado a realização da interrupção da gestação, fere os direitos que são tutelados pelo nosso ordenamento nos casos de exclusão da ilicitude, realizados em abortos legais.

O voto do Ministro Luiz Fux, seguiu a mesma linha que o relator da ação, sendo possível e legal a realização de aborto em casos de fetos anencefálicos. Para ele o direito à vida do feto anencéfalo não é absoluto, mesmo sendo fortemente protegido pelo Estado, essa proteção deve ser transferida quando pode ocasionar riscos profundos a saúde física e psíquica da mulher. Destaca, que é aceitável a redução de vida para combater dores mais graves.

Obrigar-se a mulher a continuar com essa gestação é um atentado a dignidade, podendo ser comparado a tortura.

Com base nos relatos dos *amicus curiae*³, a precisão do diagnóstico de anencefalia é razoavelmente certa, pois nos tempos atuais a tecnologia evoluiu e nos permite técnicas inovadoras aos profissionais da saúde. Não sendo possível tal diagnóstico de anencefalia na época da criação do Código Penal de 1940.

³ *Amicus curiae* ou **amigo da corte** ou também **amigo** do tribunal (*amici curiae*, no plural) é uma expressão em Latim utilizada para designar uma instituição que tem por finalidade fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto.

Para Fux, o emprego de penas restritivas de liberdade deve ser aplicado em casos extremos, situações em que o Estado não possuiu outros meios eficazes para proteger o bem jurídico, situação essa que não se enquadra como punível e sim deve-se ser inserido como medida de saúde pública:

[...] Parece-me bem evidente que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, que aflige em sua maioria as mulheres que compõem a parcela menos abastada da população, de modo que a questão deve ser tratada com uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não com uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável. Seria o punir pelo punir, como fosse o Direito Penal a panaceia de todos os problemas sociais. [...]. (ADPF-54, 2012, p. 17)

A Ministra Cármen Lúcia deferiu seu voto, acompanhando o Ministro relator que proferiu a procedência da ação. Uma das duas mulheres que se encontram no quadro da bancada do Supremo Tribunal Federal, seus votos são de grande valia, pois são mulheres e sabem ou já puderam sentir uma gestação dentro do seu ventre.

Não resta dúvida que o feto anencéfalo não possui vida cerebral, inexistindo o direito à vida. Indaga-se que o feto saudável é possível a realização da ponderação dos direitos da mulher, porque no caso de fetos sem a atividade cerebral não teria tão direito. Para a Ministra, a mulher possui mais direitos norteadores do que o feto natimorto, direitos esses a saúde, a dignidade, a liberdade, a autonomia até a privacidade.

Deixa evidenciado em seu voto, que a ação não se trata de uma imposição de interrupção em casos de fetos sem atividade cerebral, mas sim de resguardar a cada mulher seu direito de viver suas escolhas, seus valores e de suas crenças. Está em questão a vivência de suas escolhas, sua vontade nessa esfera é totalmente uma análise íntima, uma questão dela com sigilo mesma, seja por qualquer motivo sua escolha não devemos julgá-la, seja por optar pela continuidade da gravidez, seja ela por preferir a interrupção da mesma.

Ao final de sua fala, a Ministra pede um momento de reflexão, ainda mais diante dos tempos atuais que a compreensão e o sentimento são mais abertos. Solicita uma empatia, uma humanidade e solidariedade para com as mulheres, pois “ somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete”. (ADPF-54, 2012, p. 38)

Continuando com os votos dos Ministros, o próximo a se manifestar acerca da legalidade da interrupção de fetos anencefálicos é o Ministro Joaquim Barbosa, nos informa que

é impossível a sobrevivência de um ser humano sem a atividade neural, concluindo que surgindo a morte encefálica termina a proteção a vida.

Elucida em seu voto a utilização da ponderação, se de um lado se encontra vida extrauterina inviável do outro se encontra a liberdade e autonomia privada da mulher, sendo evidente a prevalência da mulher, tendo seu direito de realizar suas escolhas conforme se enquadra em seus interesses pessoais, convicções religiosas e morais. Os direitos reprodutivos, como a procriação a gestação são elementos inseridos no direito fundamental a liberdade e da autodeterminação pessoal da mulher.

Não existe um motivo em sua visão para que seja vetado a liberdade sexual da mulher nos casos de má formação na atividade cerebral do feto, pois não se vê conflito entre bens jurídicos de mesma identidade e grau de proteção.

Resta por último e não menos importante falar sobre a visão do Código Penal, em casos de ilicitude contra o feto que se encontra no âmbito do ventre de sua mãe, a hipótese de proteção é apenas em fetos que biologicamente e juridicamente se encontram vivos, esse vivo seria ter plenamente atividade em seu córtex cerebral.

O Ministro Carlos Ayres Britto baseou-se o seu voto dizendo que o feto anencéfalo não possui mente, existe uma ausência no hemisfério esquerdo e do direito, onde se localiza o sentimento enquanto inteligência emocional, sendo impossível ter consciência. Considerando que a morte é inaplicada e incoerente, pois não possui cérebro.

Para Britto, o feto anencéfalo não pode ser chamado de deficiente, muito menos de doente mental, exatamente pelo fato de não possui atividade neurológica do cérebro. Sendo considerado a interrupção dessa gestação um fato atípico, sendo necessário para a caracterização do aborto o elemento vida em potencial, o que não faz parte na anencefalia.

O Ministro Ayres Britto enfatiza que a nossa Carta Maior e o Código Penal, em nenhum desses documentos define com exatidão o início da vida. Por demais, durante o pronunciamento do seu voto fala sobre a intensidade do amor materno:

[...] se for pela interrupção da gravidez – pelo mais forte e mais sábio dos amores, que é o amor materno, que é tão forte, tão sábio e tão incomparável em sua intensidade que é chamado, por todos nós, de instinto materno. Não se fala de instinto paterno, mas se fala de instinto materno. [...]. (ADPF-54, 2012, p. 265)

O Ministro Celso de Mello, votou pela possibilidade de interrupção de fetos com anencefalia. Para ele, a Constituição deixa lacunas e não define o que seja vida ou morte,

deixando em aberto várias possibilidades para o legislador definir tais palavras. Nos dias de hoje para definir o que é vida, sob o prisma jurídico brasileiro, basta entender o que é a morte. Para a lei de transplantes⁴ a definição de morte encefálica é a ausência de atividade cerebral, sendo inversamente para a vida, que começa com os primeiros sinais vitais de atividade cerebral.

Celso de Mello, entende que o legislador do ano de 1940 que escreveu o Código Penal não foi tão radical, pois permitiu algumas hipóteses de realização de aborto, o que naquela época era difícil ter a mesmas tecnologias que possuímos hoje, caso se tivesse essas em suas mãos poderia até implementar outra hipótese de interrupção da gestação, incluindo o de fetos anencéfalos.

Deixa evidenciado que o direito sexual e reprodutivo da mulher encontra um alicerce no direito internacional, que se encontra dentro do Direito Humano. Com isso esses direitos são assegurados na Constituição como a dignidade humana, liberdade, autodeterminação pessoal e íntima.

O posicionamento da Ministra Rosa Weber foi pela possibilidade da interrupção da gestação em casos que o feto tenha a anencéfalia. Cabe destacar que a Ministra Rosa Weber é a relatora da ADPF – 442, onde se discute a possibilidade da legalização do aborto no Brasil.

Para Weber a ciência é importante nessa discussão, pois mostra com extrema eficiência o que é vida, em sua opinião será o marco da definição. Para o sistema jurídico não é de grande valia o funcionamento do sistema orgânico, mas sim a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizam ao indivíduo o mínimo convívio na sociedade.

Para amarrar o assunto, trago a fala da Ministra:

Como se vê, a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. (ADPF-54, 2012, p. 111)

⁴ Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Nessa esfera é possível trazer a discussão de Kelsens, entre ser e dever ser. Para o legislador a vida é um fato psicológico que se enquadra no ser, e conseqüentemente deriva de um dever ser, nos casos de anencéfalia fica improvável essa derivação.

Para a Ministra o direito penal tem se mostrado ineficientes para impedir ações tidas como criminosas, e que sua ingerência deve ser mínima no âmbito das relações sociais, pois isso gera custos econômicos e sociais. A intervenção penal para punir as mulheres é considerada uma medida extrema, sendo que o objeto a ser resguardado não possui nenhuma tutela protegida pelo sistema, nesse caso faz menção ao feto anencéfalo que não possui vida sendo considerado um natimorto.

Na pauta do seu voto, a Ministra indaga que o direito penal possui um grau de importância do bem jurídico protegido que é a vida, sendo as penas diferentes em crimes contra a vida, o que se discute é a visão da sociedade em relação a gestante e o feto um grau de reprovação menor do que no caso de dois indivíduos totalmente formados.

Ainda para o direito penal a vida não é um valor único, pois abre brechas para excludente de ilicitude do crime de aborto. Por demais, evidencia que o Direito Penal deixa em aberto no caso de aborto o que estaria sendo protegido, o desenvolvimento do feto dentro do ventre materno ou a perspectiva de vida após o parto.

Assim, não cabe a interrupção de feto anencéfalo como sendo a prática de um aborto, segundo Rosa Weber:

O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas. E, por tudo o que foi debatido nos autos desta ação de descumprimento de preceito fundamental, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito. (ADPF 442, Acórdão completo, p. 111)

Entraremos nos votos dos Ministros que foram contra a legalização da interrupção de fetos com anencéfalia da ADPF -54.

O voto do Ministro Cezar Peluso, foi pelo não provimento da ADPF-54. Nas argumentações elenca que o princípio vida se caracteriza pelo movimento do corpo, independentemente de qualquer esforço ou intervenção externa. O feto anencéfalo não é diferente, pois é dotado das capacidades de movimentar-se vinculando com a continuidade da

⁵ Hans Kelsen foi um jurista e filósofo austríaco, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito. Por volta de 1940, a reputação de Kelsen já estava bem estabelecida nos Estados Unidos, por sua defesa da democracia e pela Teoria Pura do Direito. < https://pt.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen >

vida. Para Peluso, se no caso de feto com anencéfalia possui a possibilidade de nascer ou até depois do parto da gestante ocorrer o óbito, então deve-se pensar que aquele feto existia uma vida, pois do quem morre é porque estava vivo. Se caracterizando em casos de interrupção dessa gestação um crime de aborto, diante da eliminação da vida do feto eliminando nesse contexto qualquer dúvida ou especulação sobre se existe ou não vida.

Adiante, o Ministro evidencia que não cabe se resguardar dos princípios da liberdade, autonomia ou até mesmo da legalidade, para realização de tremenda atrocidade ao feto que é totalmente indefeso, para o cometimento de um crime que de acordo com o nosso ordenamento é punível o ato. Quem realiza esse ato impiedoso se vale de uma ideia egoísta para se livrar do sofrimento sendo que a gestante deveria ser a primeira a zelar pela vida que está no seu ventre.

Peloso entende que se a gestante abre mão da vida do feto é como transforma-lo em coisa, pois coisa sofre as interferências das pessoas deixando evidente que o ser humano se enquadra em sujeito de direitos e não de direitos alheios a sua vontade, portanto a gestante não pode dispor da vida do feto como sendo apenas parte do seu corpo.

Ainda que a situação do feto anencéfalo cause sofrimento e muita angústia a gestante e aos familiares o caso de um doente terminal se enquadra nesse sofrimento, mas nesse caso não pode realizar a interrupção da vida, considerado pelo Código Penal crime de eutanásia.

Para o Ministro não cabe alegação de sofrimento psíquico, para ele “ o sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente a vida humana. É pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. ” (MARCHIORI, 2012, p.88)

O Ministro Ricardo Lewandowski votou pela impossibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, para ele sempre existiu métodos capazes de detectar a anomalia do cérebro em casos de anencefalia, e ao passar dos anos a tecnologia veio se avançando e trazendo mais eficácia e nem por isso o Código Penal de 1940 e nem sua reforma em 1984 incluiu esse caso como sendo uma excludente de ilicitude nos casos de aborto. Em sua opinião se o Congresso Nacional quisesse, já teria incluído o aborto de anencéfalos no rol de excludentes de ilicitude, mas não o fez, pois entende que não seja o caso e pode colidir com diversos princípios que norteiam nosso ordenamento.

A missão para representar o povo foi dada ao Poder legislativo pela Constituição Federal para ditar direito positivo e organizar as relações sociais e não incumbiu essa tarefa ao Poder Judiciário.

Para o Ministro existe diversos dispositivos que resguardam a vida intrauterina em nosso País, caso seja declara procedente a interrupção de fetos anencéfalos estariam esses dispositivos afrontando e sendo considerados inconstitucionais ou até sendo revistos para não apresentar lacunas em nosso ordenamento jurídico.

Finalizando o voto do Ministro Lewandowski, a decisão sendo favorável a ADPF-54 para ornar licita a interrupção de fetos com anencéfalia, abre um precedente vasto de possibilidades legais para interromper gestações que apresente o embrião pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina, destacando-se que a anencéfalia não é a única doença congênita nos dias atuais.

8 DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM OUTROS PAISES

Como visto, a legalização do aborto é bem mais complexa e com barreiras imensuráveis em relação a valores morais, éticos e religiosos. Barreiras essas que irão perdurar ao longo da evolução das sociedades independentemente da criminalização ou até a liberação da realização do procedimento de aborto.

Nos dias atuais a legalidade da prática do aborto é possível em 63 países, permitindo a realização do procedimento para as mulheres que desejam realizar voluntariamente a interrupção da gestação. Existem nações em que essa prática é possível somente em casos pontuais como o Brasil, que é permitido a interrupção da gestação quando advento de um ato ilícito como o estupro, quando a gestação acarreta risco a vida da gestante ou ainda em casos que o feto é acometido pela falta de atividade cerebral, conhecida como anencéfalia.

Habitualmente as realizações de interrupção da gestação são possíveis de serem realizadas de forma legal, até a 12ª semana de gestação, caso em que é possível esse procedimento nos países: Porto Rico, território norte-americano do Caribe, na cidade do México, no Uruguai, Grécia, Islândia, Rússia, Áustria, Itália entre outros. (ANTUNES: FERNANDES, 2018)

Existem casos em que o país proporciona um tempo a mais para as gestantes escolherem se querem continuar a gravidez e se é possível a manutenção, a Holanda impôs que o aborto será realizado até a 24ª semana de gestação, já a Bielorrússia estendeu o prazo para 28ª semana de gestação. (DREHMER, 2018)

8.1 Uruguai

O aborto era considerado crime no Uruguai desde o ano de 1938, mas existiam casos em que era afastado a ilicitude, como gestação que ocorre-se através de estupro, por dificuldades financeiras da família e se a gestação causa-se risco de vida para a mulher. Mas, no ano de 2012, a Câmara dos Deputados em votação apertada de 50 votos a favor e 49 contra, implementou a legalização do aborto até a 12ª semana de gestação e se estende para 14ª

semana de gestação os casos em que ocorra risco a vida da mulher, casos de estupro e anomalias no feto incompatíveis a vida.

Segundo dados retirados da *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, os dois primeiros anos em que a lei entrou em vigor, 98,8% dos abortos foram realizados através de uma combinação de medicamentos, que são considerados eficientes e seguros para interromper a gestação. O procedimento do aborto através desse coquetel de medicamentos é possível de ser realizado em locais externos do hospital ou em ambulatórios, esse método é utilizado no sistema de saúde uruguaio.

Posteriormente, a mulher deverá retornar ao sistema de saúde para uma nova consulta e conseqüentemente será realizado exames para conferir se o procedimento realizado surtiu o efeito esperado. De acordo com os dados do Ministério de Saúde Pública – MSP, metade das 44.619 pacientes que realizaram o procedimento de interrupção da gestação se apresentaram para a consulta pós-aborto e dentre dessas 85% escolheram um método anticonceptivo, métodos esses que são cobertos pelo sistema de saúde pública.

De acordo com os dados da MSP, houve um aumento em relação ao aborto durante os dois primeiros anos em que a lei entrou em vigor, o número cresceu 27% e entre os anos de 2016 a 2017 esse aumento foi de 2%.

As quedas de morte no país que foram advento de abortos clandestinos vêm caindo no Uruguai, pois desde 2004, implementaram medidas de proteção da mulher em casos de abortos que causaram risco a sua vida. A norma implementou estratégias para minimizar as complicações e a mortalidade que surge das interrupções ilegais causadas pelo aborto.

Ainda de acordo com os dados da MSP, nos anos de 2013 a 2016 o Uruguai registrou três mortes por aborto, mas nenhum foi realizado no sistema de saúde do país. (BOUERI, 2018)

8.2 Espanha

O aborto era criminalizado na Espanha e havia algumas espécies de exceção para a realização da interrupção como em casos que a gestação ocorre-se por estupro, quando ocorria

risco de vida para a mulher gestante e casos em que o feto tivesse alguma anomalia incompatível com a vida.

Em março de 2010, passou a vigorar na Espanha a Lei Orgânica 2/2010 de Saúde Sexual e Reprodutiva e da Interrupção Voluntária da Gravidez, conhecida também como “lei de prazos”, pois não leva em consideração a causa, mas sim o tempo para praticar o aborto legal. Até a 14ª semana de gestação é permitido o aborto por livre e espontânea vontade da mulher, em casos que exista um risco de morte da gestante ou alguma anomalia cerebral do feto esse prazo se estende até 22ª semana de gestação.

Os três anos posteriores em que a lei entrou em vigor se observou um pequeno aumento dos abortos legais em comparação do último ano da proibição. O Ministério da Saúde informou em estatísticas que houve redução de aborto legais a partir de 2013, e se manteve até 2016. A possibilidade da interrupção da gestação veio acompanhada também de redução de aborto em todas as faixas etárias, em especial as adolescentes de 19 anos.

No ano de 2015, o governo da Espanha incluiu uma obrigatoriedade, onde as gestantes que forem menores de 18 anos devem estar acompanhadas de um responsável para que seja realizado o procedimento abortivo. Na lei de 2010, essa exigência era para menores de 15 anos.

A prática da interrupção gestacional pode ser realizada através de cirurgia ou com pílulas abortivas, a decisão fica a critério da gestante de qual procedimento irá ser realizado, após o procedimento deverá retornar ao médico para uma checagem para garantir que ocorreu conforme o esperado. (BARREIRA,2019)

O Estado sabendo que o procedimento de aborto não é algo fácil, disponibiliza para as mulheres que fizeram o aborto e para as que tiveram um aborto espontâneo equipes com psicólogos que irão ajudar nesse processo. Além disso, quando essas mulheres retornam ao médico o mesmo informa sobre a existência de um centro de saúde afetivo-sexual, em que possa participar de palestras educativas e se conscientizar sobre seu corpo e suas escolhas. (BARREIRA,2019)

8.3 Portugal

No ano de 1998, o parlamento português aprovou a lei que legalizava o aborto, para substituir a lei de 1984, que tornava a prática abortiva lícita em casos de má formação cerebral, em que a vida da gestante se encontre em risco e a gestação decorrente de estupro.

A legalização do aborto sofreu fortes reprovações principalmente da Igreja católica, diante disso o primeiro ministro na época António Guterres propôs um acordo com a oposição para que o direito do aborto se submetesse a um referendo popular. A votação contou com 68% de abstenção e 50% dos votos foram contra ao aborto. Dessa forma o Parlamento foi impedido de continuar. Em 2007, houve um novo referendo em que foi realizada a mesma pergunta sobre a legalização do aborto ocorrida a nove anos atrás para a população portuguesa, dessa vez 60% escolheram o sim.

O aborto legal passou a vigorar dentro das 10^a primeiras semanas de gestação, por opção da mulher, a mesma deve passar no mínimo por três dias de reflexão a partir da primeira consulta ao médico.

Da mesma forma que ocorreu na Espanha e no Uruguai, em Portugal não foi diferente, os primeiros anos depois que a lei entrou em vigor houve um crescimento de abortos legais. Em 2012 o número passou a diminuir, de acordo com a Direção Geral da Saúde – DGS, em 2016 ocorreu 15.959 procedimentos, uma queda de 22% em cinco anos. (BOUERI, 2018)

O sistema público do país é responsável por cerca de 75% dos abortos legais, dentre deles o procedimento através de pílulas é utilizado em 98% dos casos e no sistema privado, cerca de 93% dos procedimentos são realizados através de cirurgia com anestesia geral. (BOUERI, 2018)

De acordo com a Direção Geral da Saúde, no ano de 2016 cerca de 70% das mulheres que procuraram o sistema de saúde para a realização do aborto nunca haviam realizado o procedimento antes e cerca de 50% delas já tinham um ou dois filhos. (BOUERI, 2018)

9 CONCLUSÃO

O grande intuito do tema dessa monografia é mostrar alguns pilares que estão sendo utilizados para sustentar as diversas opiniões sobre a legalização do aborto ou continuar sendo criminalizado pelo Estado. O assunto está sendo tratado pelo Poder Judiciário, onde foi proposta a ADPF – 442 que discute a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação e a exclusão dos artigos 124 e 126 do Código Penal, a proposta foi realizada pelo PSOL- Partido Socialista e Liberdade.

O assunto sobre o aborto sempre foi de grandes divergências, independente da época, mas nos dias atuais esse entrave coloca os defensores do direito a escolha da mulher em um campo e os que lutam pelo direito a vida do nascituro em campo oposto.

A criminalização do aborto acaba sendo um empurrão em centenas de mulheres que a todo ano realizam procedimentos clandestinos e perigosos sem o mínimo de cuidado e higiene, ocorre que esses procedimentos ilegais causam sequelas ou até a morte da gestante, sendo que muitas dessas mulheres são das classes mais humildes. Hoje, é uma das maiores causas de mortalidade materna do país, sendo que poderia ser poupada.

Nesse contexto existe diversos países que legalizaram a interrupção voluntária da gravidez e nem por isso ocorreu um aumento imensurável, ao contrário, o número de manteve e em alguns vem diminuindo não quer dizer que no Brasil seria diferente.

A ideia que o aborto é algo ilegal e repressivo pelo o Ordenamento não altera a atitude de aborta de quase nenhuma mulher em nosso país, até as taxas de condenações em relação a esse crime são desprezíveis. A questão é que milhares de mulheres estão expondo sua saúde e até mesmo sua vida em razão disso, sendo que o Estado deveria adotar políticas públicas e amparar essas mulheres e não criminaliza-las.

Nesse diapasão, a legislação brasileira vem se caracterizando como uma das mais inflexíveis, rigorosas e severas de todo o mundo. A lei que se encontra em vigor desde o ano de 1940, não resguarda em potencial a vida dos fetos e embriões, mas antes ceifa a vida e compromete a saúde de milhares de mulheres.

De certo modo a visão do outro lado, existe uma preocupação justa com a vida do feto, mesmo que ainda haja um conflito em saber qual situação jurídica e moral se enquadra. Se por

um lado não é visto por bons olhos que o legislador de 1940, ignorou os direitos da mulher, por outro não seria correto negligenciar os valores em relação a vida do feto.

Nessa acepção, em outros países o entendimento que se encontra preponderante nas decisões das Cortes é que a vida do nascituro é protegida pela Constituição, mas a vida das pessoas já nascidas está protegida com uma intensidade maior. Pode-se verificar os valores biológicos, éticos e morais para que o grau de proteção da vida intrauterina aumente conforme o avanço do período gestacional.

O nosso Estado com seus representantes devera em alguns meses informar qual foi a decisão da ADPF-442, mas o fato hipoteticamente se enquadra em uma hipótese de ponderação de valores constitucionais, onde deverão chegar em um equilíbrio entre a vida do feto e os direitos da gestante, sendo sacrificado os valores de cada na menor possível.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. A Constituição. 14^a. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais: Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBITO JURÍDICO. A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-ponderacao-de-principios-e-a-supremacia-do-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana/#_ftn24/ Acesso em: 24 de agosto de 2019.

ANTUNES, Leda; FERNANDES, Marcella. O aborto legal na América latina e como esse direito foi conquistado. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/08/07/o-aborto-legal-na-america-latina-e-como-esse-direito-foi-conquistado_a_23491202/ Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BARBOSA, Renan. Defesa da vida: por que o aborto não deve ser legalizado no Brasil. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/defesa-da-vida-por-que-o-aborto-nao-deve-ser-legalizado-no-brasil/> Acesso em: 26 de agosto de 2019.

BARREIRA, Marina. A legalização do aborto na Espanha. Disponível em: brasileiraspelomundo.com/a-legalizacao-do-aborto-na-espanha-2301112985/ Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54. 2010. 186 f. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Curso de Pós Graduação em Direitos Humanos, São Paulo, 2010.

BOHRER, Danielle Henkel. O Polêmico caso dos fetos anencefálicos frente ao atual ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/danielle_bohrer.pdf/ Acesso em: 27 de agosto de 2019.

BOUERI, Aline Gatto. Portugal, Espanha e Uruguai: o que aconteceu após a legalização do aborto?. Disponível em: <http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/> Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte especial 2. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DRECHSEL, Denise. “Aborto é assassinato”, diz comissão de advogados ao STF. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/aborto-e-assassinato-diz-comissao-de-advogados-ao-stf-0p88aa72zjwl6wdw8yt58gbtl/> Acesso em: 24 de agosto de 2019.

DREHMER, Raquel. Saiba quais são os países em que o aborto não é considerado crime. Disponível em: <https://mdemulher.abril.com.br/saude/paises-em-que-aborto-nao-e-crime/> Acesso em: 11 de setembro de 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF). Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928488/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf/> Acesso em: 27 de agosto de 2019.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte especial. 33º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JM NOTÍCIA. Ministro do STF defende descriminalização do aborto: “ A mulher não é um útero a serviço da sociedade”. Disponível em:

<https://www.jmnoticia.com.br/2018/11/13/ministro-do-stf-defende-descriminalizacao-do-aborto-a-mulher-nao-e-um-utero-a-servico-da-sociedade/> Acesso em: 24 de agosto de 2019.

MACÊDO, Welton Charles Brito. O direito à vida deve ser entendido à luz da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI290092,21048-O+direito+a+vida+deve+ser+entendido+a+luz+da+dignidade+da+pessoa/> Acesso em: 27 de agosto de 2019.

MARCHIORI, Carolina Milani. Análise da ADPF 54: Mapeamento da decisão e verificação de uma possível formação de precedente. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf/ Acesso em: 27 de agosto de 2019.

MOISÉS, Elaine Christine Dantas et al. Aspectos Éticos e Legais do Aborto no Brasil. Ribeirão Preto: Funpec, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 15^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORDAZ, Pablo. Papa Francisco autoriza o perdão da Igreja Católica às mulheres que abortaram. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/21/internacional/1479724533_498479.html/ Acesso em: 28 de agosto de 2019.

PECOTCHE. Carlos Bernardo González. Coletânea da Revista Logosófica: Tomo 2. 3^a. ed. São Paulo: Logosófica, 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal: Parte Especial: Doutrina e Jurisprudência. 2ª. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2017.

ROSSI, Marina. O voto do ministro Barroso sobre o aborto em dez pontos. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/01/politica/1480609655_165840.html/ Acesso em: 26 de agosto de 2019.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro/> Acesso em: 10 de setembro de 2019.

SIMONETTI, Richard. A Constituição Divina. 7ª. ed. São Paulo: Ceac, 2012.

SOARES, Lincoln Jotha. A resolução dos conflitos entre princípios constitucionais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17592/a-resolucao-dos-conflitos-entre-principios-constitucionais/> Acesso em: 28 de agosto de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf/> Acesso em: 27 de agosto de 2019.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VARELLA, Drauzio. Aborto: um problema de saúde pública. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/mulher-2/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/> Acesso em: 26 de agosto de 2019.