

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Elizabeth Parente e Silva de Medeiros

**OS LIMITES DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Belém

2019



Elizabeth Parente e Silva de Medeiros

**OS LIMITES DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Belém

2019



Elizabeth Parente e Silva de Medeiros

## OS LIMITES DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Apresentado em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/2019

Conceito: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

\_\_\_\_\_ - Orientador

**Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho**

Doutor em Relações Sociais pela PUC/SP

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinador



## AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais, Emília Nazaré Parente e Silva de Medeiros e Luiz Augusto Almeida de Medeiros cujos esforços incansáveis desde meu nascimento me possibilitaram chegar à conclusão de meu bacharelado, vocês são os melhores pais do mundo.

A minha mãe agradeço ainda pelo auxílio nos aspectos formais deste trabalho, você foi essencial.

Agradeço ao meu orientador, Professor José Cláudio pela paciência e compreensão durante a confecção deste trabalho, o senhor é uma inspiração.

Agradeço a meu irmão Victor Medeiros, pela companhia ao longo do curso, pelas provas em dupla, longos dias e noites de estudo, engarrafamentos, palestras e estresses que dividimos. Valeu a pena.

Agradeço minha amiga Rebeca Queiroz, por todos os resumos e horas de discussão antes das provas para tirar dúvidas. As minhas amigas Larissa, Bia, Raquel, Babi, Ju, Geo, a companhia de vocês e os incentivos foram essências nessa batalha.

Aos meus colegas de curso minha admiração e respeito.

A caminhada até este momento foi árdua, porém a todo momento o curso de direito me mostrou suas belezas e a força que se encontra no conhecimento. Agradeço todos os dias por ter tido a oportunidade de estudar e espero poder ser uma profissional de qualidade na busca dos direitos de terceiros e dos meus próprios.

Tive sorte de poder estudar em uma instituição como o Cesupa, tão engajada em fornecer a melhor formação possível aos seus alunos, de modo que por último, mas não menos importante, deixo meu agradecimento aos meus professores e à coordenação.





## RESUMO

A presente monografia de conclusão de bacharelado em direito visa oferecer uma visão geral a respeito da questão do aborto no Brasil, suas modalidades, sua evolução, oferecendo um panorama de suas implicações no ordenamento jurídico. O objetivo é demonstrar o caminho necessário à plena descriminalização do aborto como o único possível, pois necessário à realização dos direitos fundamentais da mulher. Neste sentido, a discussão levantada nesta pesquisa é subsidiada por uma metodologia de natureza básica, fundada em explorações teóricas e bibliográficas que possibilitam a compreensão do tema e justificam sua relevância social, acadêmica e profissional. O trabalho está estruturado em três capítulos, no primeiro capítulo examinamos os principais conceitos de aborto, assim como suas principais concepções e o tratamento jurídico a ele conferido; no segundo analisamos as teses levantadas por Ronald Dworkin em o Domínio da vida, além de perpassar por concepções de liberais e conservados a respeito da temática do aborto; no terceiro capítulo, é feita análise da jurisprudência pátria e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº442, que poderá culminar com a descriminalização do aborto voluntário até a 12ª semana, concluindo com uma breve previsão do julgamento ainda sem data para acontecer.

**Palavras-Chave:** Aborto. ADPF 442. Direito. fundamental. Descriminalização



## **ABSTRACT**

The present monography that concludes the Bachelor's degree in law aims to give an overview on the matter of abortion in Brazil, its modalities and evolution, offering some insight on its implications on the legal order. The goal is to demonstrate the necessary path towards the decriminalization of abortion as the only possible path possible, because it is necessary to the full realization of women's fundamental rights. In this sense, the discussion raised in this research is subsidized by a methodology of a basic nature, based on theoretical and bibliographic explorations that make possible the understanding of the theme and justify its social, academic and professional relevance. The paper is structured in three chapter's, in the first chapter we examine the main concepts of abortion and its legal treatment; in the second, We analyze the theses raised by Ronald Dworkin in his work the domain of life, as well as pass through liberal and conservative conceptions regarding the abortion theme; in the third chapter, an analysis is made of the jurisprudence of the country and of the Ação de Descumprimento Fundamental (ADPF) n° 442, which may culminate in the decriminalization of voluntary abortion until the 12<sup>th</sup> week, ending with a brief estimate of the judgment that has not yet occurred.

**Keywords: Abortion. ADPF 442. Fundamental. Right. Decrimnalization**



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>1 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 Conceituação.....</b>	<b>17</b>
<b>1.2 Previsão Legal.....</b>	<b>19</b>
1.2.1 O direito a vida na Constituição Federal.....	19
1.2.2 Direito Civil e o começo da tutela do ser humano.....	20
1.2.3 As modalidades de aborto no Código Penal.....	22
1.2.4 STF e o caso do feto anencefálico.....	23
<b>2 AS TESES DO ABORTO E O EMBATE DE ARGUMENTOS .....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 A tese conservadora e as objeções derivativa e independente em Ronald Dworkin.....</b>	<b>27</b>
2.1.1 O conservadorismo em Maria Helena Diniz.....	30
2.1.2 O liberalismo pragmático no debate sobre o aborto.....	32
2.1.3 A religião ante aos movimentos conservadores e liberais.....	33
2.1.4 Aborto e Constitucionalidade em Dworkin.....	34
<b>2.2 Tese Feminista.....</b>	<b>36</b>
2.2.1 A tese feminista e liberal no caminho para a descriminalização.....	39
<b>3 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM FACE DA ADPF 442.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1 Apresentação da Petição Inicial da ADPF n° 442.....</b>	<b>41</b>
3.1.1 Motivos e justificativa.....	43
<b>3.2 Jurisprudência do STF e a discussão do aborto.....</b>	<b>45</b>
3.2.1 Casos notórios e suas repercussões jurídicas.....	45
3.2.2 Descriminalização possível e constitucional.....	52
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>59</b>



## INTRODUÇÃO

Historicamente a interrupção voluntária da gravidez, popularmente conhecida como aborto, sempre foi fato gerador de extrema controvérsia, discutido pela doutrina e pela sociedade civil por ser um assunto que envolve diversos interesses políticos, morais, religiosos e inspira debates referentes aos limites da liberdade individual da mulher.

No Brasil, tal prática é regulamentada pelo Código Penal de 1940, nos artigos 124 a 128, os quais regulamentam as condutas criminalizáveis, tipificadas como crime contra a vida, assim como as situações que legitimam a possibilidade de abortar.

Além disso, cumpre esclarecer que, em 2012, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal – STF, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal – ADPF nº 54, descriminalizou o aborto em casos em que o feto seja diagnosticado com anencefalia, cenário também reconhecido como antecipação terapêutica do parto (BRASIL.STF, 2012).

Na atual conjuntura do direito brasileiro, iniciou-se uma nova discussão sobre o tema em âmbito do Supremo Tribunal Federal, que objetiva contemplar uma possível legalização/descriminalização da prática de abortamento até a 12ª semana de gestação, por livre arbítrio da mulher. Trata-se da ADPF nº442 (BRASIL, 2017), que dispõe em sua peça inicial que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, porque violam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e diversos outros preceitos primários de direitos humanos como a não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Em que pese os questionamentos feitos por grande parte da doutrina e da sociedade quanto à eficácia da criminalização do aborto por parte do Estado, e sobre o aborto em si, a realidade brasileira observada é a de que, de forma legal ou clandestina, muitas mulheres irão se submeter a procedimentos de abortamento, independentemente da vontade do Estado. Resta saber se estas mulheres, muitas vezes negras, pobres, de baixa escolaridade e já possuidoras de outros filhos (DINIZ; MEDEIROS, 2010) terão seus direitos de autonomia sobre o próprio corpo e demais direitos, constitucionalmente, protegidos pelo Estado ou não.

Sendo assim, faz-se necessário revisitar os aspectos de direitos humanos envolvidos pelo tema, suscitados pela ADPF nº 442/2017 supracitada, bem como abordar as possíveis consequências que resultarão desse julgamento em âmbito do STF, ainda sem data para acontecer.

Para isso, deve-se demonstrar a constante evolução de entendimento quanto ao tema na esfera jurídica e na jurisprudência nacional, levando em conta os motivos que levaram a esta nova discussão, bem como tratando de forma cautelosa a temática controversa.

Por todo exposto, esta pesquisa objetiva demonstrar a importância de discussões sobre a descriminalização do abortamento ou interrupção voluntária da gravidez pelo ordenamento jurídico brasileiro, analisando a posição que o Estado brasileiro deve adotar frente a esta questão norteadora de grande controvérsia.

Além disso, se fará uso das teses sobre o aborto, em especial o Liberalismo de costumes de Ronald Dworkin, ao passo que sua obra “ O Domínio da Vida” aborda o tema de maneira a elucidar os mais diversos paradigmas políticos, sociais, morais, filosóficos e jurídicos da questão, argumentando tanto contra quanto favoravelmente, permitindo assim, abrir espaço para uma discussão digna e proveitosa para ambos os lados, sem tentar, conforme o próprio autor afirmou, impor ideais.

O presente trabalho será desenvolvido na modalidade monografia, proveniente de pesquisa bibliográfica e documental a quanto ao tema da interrupção voluntária da gravidez e os limites impostos à prática no atual ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo será feita análise do cenário atual em âmbito da jurisdição interna brasileira, estabelecendo e delimitando o tratamento proferido ao tema do abortamento na Codificação Civil, Constitucional e em especial na Codificação Penal do Brasil.

No segundo capítulo, por sua vez, será feita análise das teses que sustentam as posições “pró-vida” e “pró-escolha” nas discussões sobre o aborto, com enfoque na produção literária de Ronald Dworkin e perpassando por ensinamentos conservadores, liberais e feministas como forma de fomentar a discussão do tema ora abordado.

Finalmente, no terceiro capítulo será feita análise da ADPF 442 e dos argumentos trazidos pela mesma em sede de petição inicial. Além disso, será estabelecido o panorama de evolução histórica das decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal Federal, com enfoque naquelas relativas ao aborto ou em que protagonize discussões a respeito do direito à vida, visando assim compreender os motivos que levam à criminalização e os fundamentos utilizados como embasamento da descriminalização que eventualmente ocorrerá com o julgamento da ADPF ora apresentada.



## 1 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo inaugural será realizada uma breve investigação histórica no que diz respeito ao crime de aborto, além disso, será definido o conceito de abortamento conferido pela doutrina atual, delimitando de maneira sucinta o tratamento do aborto pelos principais diplomas jurídicos brasileiros, com o objetivo de ambientar o leitor quanto à realidade fático-jurídica que se deseja combater, explanando as modalidades criminalizáveis e legais do abortamento, bem como demonstrando entendimento da jurisprudência vigente.

### 1.1 Conceituação

Etimologicamente considerado, aborto é morte, perecimento, trata-se de palavra que possui origem no latim *abortus*, derivado de *aboriri* (perecer), *ab* significa distanciamento e *oriri* nascer (KOOGAN; HOUAISS, 1999).

Conforme Bruno Gilaberte (2013, p. 87), “Etimologicamente, o ato de abortar é chamado de abortamento. Aborto é o resultado do abortamento, o produto morto. Juridicamente, todavia, deu-se o nomen juris de aborto à conduta abortiva”, bem como é a forma utilizada pela população leiga ao se referir à conduta e a forma como será referido neste, ocasionalmente, como forma de facilitar a compreensão do leitor.

Segundo o dicionário Aurélio online (2018), Aborto é: “Expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno”. Contudo, é bem sabido que o aborto pode ser a interrupção da gravidez cometida pela gestante ou terceiro, de maneira consentida ou forçosa, que leva ao resultado de expulsão do feto e sua morte, sendo assim, priva o mesmo do nascimento.

No mais, quanto ao conceito de aborto, apesar do diploma jurídico vigente não deixar claro, os mais diversos manuais existentes se esforçam para alcançar um denominador comum.

Fernando Capez conceitua da seguinte forma:

[...]Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas da gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurando o delito do aborto, quer dizer desde o início da concepção e o início do parto (2015, p.

141).

Já Rogério Greco explica o aborto da seguinte forma:

[...] Talvez o aborto seja uma das infrações penais mais controvertidas atualmente. Nosso Código Penal não define claramente o aborto, usando tão somente a expressão provocar o aborto, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão. A todo instante são travadas discussões que ora giram em torno da sua revogação, ora pela sua manutenção no nosso Código Penal. Um dos argumentos principais daqueles que pretendem suprimir a incriminação do aborto é justamente o fato de que, embora proibido pela lei penal, a sua realização é frequente e constante e, o que é pior, em clínicas clandestinas que colocam em risco também a vida da gestante. Por outro lado, há os defensores da vida, principalmente a do ser que está em formação (2018, p. 130).

Além destes autores, faz-se oportuno trazer para a presente pesquisa o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt: “[...] Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina” (2018, p.186).

Da mesma forma preceitua Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011, p. 150), que dispõe que o aborto pode ser entendido como a interrupção da gravidez, mediante a morte do objeto da concepção:

[...] Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção. Este passa por várias fases durante a gravidez, sendo chamado de ovo nos dois primeiros meses, de embrião nos dois meses seguintes e, finalmente, de feto no período restante.

A partir da análise dessas definições é possível concluir que o aborto nada mais é do que a interrupção da gravidez, cuja consequência é a morte do feto, intitulado como produto da concepção. É a remoção de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte.

Isto pode ocorrer de diversas formas, existindo modalidades distintas de aborto. A bióloga Mariana Araguaia dividiu em dois grandes grupos: os abortos provocados e o aborto espontâneo. O aborto espontâneo ocorre independente da vontade da mulher grávida, não sendo passível de penalização no Brasil. Os abortos provocados ou voluntários, por sua vez, são praticados intencionalmente, “são empregadas as seguintes intervenções ou procedimentos: sucção ou aspiração, dilatação e curetagem, dilatação e expulsão ou, ainda, injeções de soluções salinas” (ARAGUAIA, 2012, online).

Nesse sentido, ressalta-se a norma técnica do Ministério da Saúde, que demonstra que

o abortamento é praticado com o uso de meios diversos, muitas vezes induzidos pela própria mulher ou realizados em condições inseguras, em geral acarretando consequências danosas à saúde, podendo, inclusive, levar à morte (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012).

Quanto a esses métodos inseguros, estudos apontam como sendo os métodos usuais em abortamentos inseguros: a inserção de preparos herbais na vagina, chás, saltos de escadas ou telhados, o uso de paus, ossos de frango, dentre outros objetos de risco (THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, 2008).

A partir da análise desses dados sobre os métodos usuais utilizados pelas mulheres grávidas para abortar, é possível concluir que a terminação voluntária da gravidez, de maneira não auxiliada por assistência médica especializada, apresenta grave risco a vida das mulheres, sendo uma das grandes causas de mortalidade materna (BRASIL. Ministério da Saúde, 2012).

Resta claro que, mesmo sem a autorização do Estado Brasileiro, essa já é uma prática frequente, que vem sendo utilizada por muitas mulheres, no entanto, sem o amparo do Estado, essas pessoas acabam recorrendo a métodos clandestinos perigosos, que põe e risco sua integridade física.

Sendo assim, em realidade, o aborto voluntário acaba por se revelar um grave problema de saúde pública

## **1.2 Previsão Legal**

Já faz tempo que existe a necessidade de dar tratamento jurídico ao tema do aborto, conforme se observa por seu extenso arcabouço de conteúdo na doutrina e jurisprudência. Trata-se da necessidade de definir aquilo que pertence à esfera da livre condução da própria vida e o que constitui dever moral, em relação aos direitos e interesses dos outros indivíduos da sociedade. É questão essencial para o propósito de delimitar a ação legítima do Estado na restrição dos direitos individuais.

### **1.2.1 O direito à vida na Constituição Federal**

Preliminarmente, ressalta-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o direito fundamental à vida como propulsores da presente discussão. Declara a Carta Magna em seu artigo 5º, *caput*, que o direito à vida é inviolável (BRASIL, 1988).

Trata-se de cláusula pétrea, uma vez que é direito e garantia individual, não podendo ser alterada, via de regra, nem mesmo por proposta de emenda à constituição.

A questão do direito à vida, de maneira preliminar trazida pela Constituição Federal, propulsiona também uma discussão quanto a quando começa a vida, e quanto a quando é que o feto se torna de fato uma pessoa.

No entanto, a partir da Constituição de 1988, singularmente, não é possível responder esse questionamento, tampouco a medicina ou a biologia puderam chegar a um resultado definitivo e conclusivo. Nesses termos destacam-se as palavras de José Roberto Goldim, professor de bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (apud MUTO; NARLOCH, 2005, p.120) “Biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozoide. Mas há pelo menos 19 formas médicas para decidir quando reconhecer esses embriões como uma pessoa.”.

Sendo assim, ante à existência de várias visões que variam da genética e da embriologia até uma visão metabólica e neurológica, sabe-se apenas que no momento da fecundação o zigoto tem o potencial de desenvolver-se e dar origem a uma vida, porém não se sabe ao certo quando isso acontece.

Nesse sentido, não cabe aqui alongar quanto ao início da vida do embrião para a ciência, mas sim afirmar, que de nada adianta o direito à vida se não há dignidade, princípio esse basilar, também previsto na constituição federal como um dos pressupostos do presente Estado Democrático de direito vigente no Brasil.

Na discussão do aborto está-se diante de um embate de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, e como não há hierarquia quanto às normas previstas na constituição, não se pode apenas com o argumento acima rechaçar toda e qualquer ideia que pretenda a descriminalização do aborto. Tal assunto será retomado no segundo e terceiro capítulos do trabalho.

### 1.2.2 O Direito Civil e o começo da tutela do ser humano

O Código Civil de 2002, no seu artigo 2º, assegura os direitos do nascituro desde o momento em que adquire personalidade jurídica. Por este dispositivo, a existência do ser humano seria reconhecida a partir da concepção, porém, só seria capaz de adquirir personalidade jurídica, a partir do cumprimento da condicionante, pois depende do nascimento com vida, sendo assim, anteriormente ao nascimento é correto dizer que o feto não possui personalidade.

Nesse sentido, trata-se apenas de uma expectativa de direitos que é conferida ao

nascituro. Dessa forma, explica Venosa:

O fato de o nascituro ter proteção legal, podendo inclusive pedir alimentos, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida (2015, p. 143).

Em sede desta matéria, é possível observar aquelas vertentes que teorizam quanto ao começo da necessidade dessa proteção, do momento em que se adquire personalidade e quanto ao momento que se inicia a vida. Faz-se necessária esta análise, ao passo que essas concepções em muito influenciam em questões com a que neste se impõe: a permissão ou não para abortar.

A teoria que parece ser a mais aceita pela jurisprudência e pela doutrina é a teoria concepcionista, que preconiza que o início da vida humana ocorre no momento da fertilização do ovócito pelo espermatozóide, ou seja, desde a concepção (NEVES, 2012). Esta explica o fato de os nascituros terem capacidade de receber alimentos, herdar, ser parte em ações judiciais, entre outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes de nascerem.

A referida teoria também é largamente aceita por aqueles que desejam defender a criminalização e total aversão ao pensamento dos chamados abortistas (DINIZ, 2017).

No entanto, é necessário trazer à presente discussão as teorias natalista e da personalidade condicional, que defendem que a personalidade jurídica apenas é adquirida com o nascimento com vida.

A partir de uma concepção baseada na teoria natalista, o nascituro teria apenas expectativa de direitos. Sobre essa teoria assevera Flavio Tartuce:

[...] a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até a imagem (2014, p. 79).

A personalidade condicional difere ao passo que enquanto a natalista nega todos os direitos ao nascituro, ela resguarda os direitos deste, contanto que nasça com vida, evento esse incerto. Nas palavras de Flávio Tartuce: “essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos” (2014, p.79).

### 1.2.3 As modalidades de aborto no código Penal

No âmbito do Código Penal Brasileiro, o qual figura como a principal carta infraconstitucional a abordar e legislar sobre o tema do aborto, já que impõe consequências mais diretas à liberdade da mulher, a conduta de pôr fim a gravidez é definida como crime contra a vida. Por meio deste tipo penal, procura-se proteger os interesses do nascituro/embrião, sendo que o bem jurídico tutelado é a vida intrauterina e o direito ao nascimento com vida.

A temática foi elucidada na codificação brasileira pela primeira vez em 1830, pelo Código Penal do Império. Nesse primeiro momento, a prática do que se chama no presente de interrupção voluntária da gravidez ou autoaborto, não era criminalizada, sendo penalizado apenas aquele aborto que fosse praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava-se, portanto, o aborto consentido e o aborto sofrido (BITENCOURT, 2018).

Posteriormente, em 1890, o aborto foi criminalizado pelo Código Penal Republicano, que incluiu o autoaborto no rol de condutas criminalizadas. Curiosamente neste diploma o autoaborto tinha pena atenuada quando a mulher realizava a conduta para esconder sua desonra, desde logo demonstrando o viés moral pelo qual o tema é permeado.

Atualmente, está em vigor o Código Penal de 1940, que criminaliza, em seus artigos 124 a 128, o autoaborto, o aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante e o aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante.

Sobre esta modalidade de crime em específico vale dizer que fica caracterizado quando a morte do feto é consequência de manobras abortivas. Sendo assim, é indispensável que na gravidez em curso o feto esteja vivo.

No mais, acrescenta-se que se a morte se dá a partir do início do parto, estar-se-á diante de crimes diversos do ora abordado, qual seja homicídio ou infanticídio.

Não se pune o aborto na modalidade culposa, quando não há intenção de realizar a conduta; trata-se de crime apenas possível na forma dolosa, nos moldes do artigo 18 da Codificação Penal. Neste sentido, Júlio Fabbrini Mirabete (2007) afirma que não há crime de aborto culposo, mas a mulher que, de forma imprudente, causar o aborto, responde por lesão corporal culposa.

Ainda no que diz respeito às modalidades criminalizáveis, a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção constituir-se-á em crime contra a vida, seja qual for o período de gestação em que isso se dê. Sendo assim, não há qualquer delimitação quanto ao primeiro, segundo ou terceiro trimestre para que ela seja imputável.

O tipo penal do aborto possui duas modalidades não criminalizáveis. São as seguintes: aborto necessário ou terapêutico e aborto humanitário ou ético.

Atualmente, a doutrina traz uma classificação para estas espécies de aborto permitidas pela legislação vigente. A primeira espécie trata do aborto como imperativo instrumento para salvar a vida da mãe ou aborto terapêutico; a segunda dá-se pelo fato de a gravidez ter sido fruto de um estupro, também conhecida como aborto sentimental (FRANÇA, 2004).

Da mesma forma, segundo Bittencourt (2018, p. 195), o aborto necessário “constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante”.

O aborto ético, por sua vez, “é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização. Pelo Código Penal, não há limitação temporal para a estuprada - grávida decidir pelo abortamento” (BITTENCOURT, 2018, p. 196). Nessa modalidade precisa existir consentimento da mulher e não importa o tempo que já tenha se passado da gestação. Ressalta-se que também é desnecessária autorização judicial para realização do procedimento abortivo e que não há qualquer obrigatoriedade em submeter-se a esses procedimentos em caso de gravidez decorrente de estupro.

#### 1.2.4 STF e o caso do feto anencefálico

Além dessas formas de aborto descriminalizadas, previamente explanadas, em 2012, após intensos debates, uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto em casos em que o feto seja diagnosticado com anencefalia.

A matéria há muito tempo vinha sendo alvo de debates em todos os âmbitos sociais, enfrentando vasta divergência de opiniões. Tal cenário fez com que o Superior Tribunal Federal precisasse se posicionar.

A referida decisão que descriminalizou o aborto do feto anencéfalo deu-se em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, proposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Questionou-se a aplicação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, relacionando-os ao abortamento do feto anencefálico. Ao final do julgamento, conforme voto do relator, senhor Ministro Marco Aurélio, por maioria, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencefálico seria conduta tipificada no diploma vigente (BRASIL. STF, 2012).

A decisão não trouxe uma nova excludente de ilicitude, tampouco legalizou a prática,

mas sim solidificou na jurisprudência um entendimento segundo o qual o aborto nas circunstâncias abordadas pela ADPF 54, é considerado como interrupção terapêutica da gravidez, tendo a decisão se tornado importante base jurisprudencial para demandas nesse sentido.

Vale elucidar que esse reconhecimento do aborto de feto anencéfalo como antecipação terapêutica do parto tornou desnecessária autorização judicial para realização do abortamento. Constituiu-se então um ganho na causa daquela mulher que deseja alcançar seu desejo de terminar a gravidez, porque até essa decisão a referida autorização era necessária.

É importante ressaltar que a declaração de procedência da ADPF nº 54 do STF não significou uma obrigação de abortar o feto que se descobrisse anencéfalo, mas sim, conforme bem assinala Bitencourt, o surgimento da *faculdade* de escolher, o direito de escolha em ter ou não um filho - "se não desejar, não precisará usá-la, sem, ademais, ficar submetida aos rigores próprios da violação de norma jurídico-penal com suas drásticas consequências punitivas" (BRASIL. STF, 2012, p.197).

Dessa forma, é forçoso concluir que apenas se privou a mulher de ter que lidar com possíveis retaliações do sistema penal caso escolhesse pôr fim a sua gravidez, assegurando-lhe seus direitos reprodutivos e uma certa autonomia. Nesse sentido, destaca Bitencourt (2018, p. 197)" não será condenada a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente".

Seria inclusive amplamente refutável, a partir de uma interpretação da codificação vigente, o argumento de existência de crime nesses casos, de aborto do feto anencéfalo, isso porque o feto anencefálico, ao nascer sem cérebro, sequer possuiu perspectiva de vida, morrendo, na maioria das vezes, minutos após o parto.

Sendo assim, uma vez que o bem jurídico defendido no crime de aborto é o direito a vida, não há o que falar em responsabilização. Nesses termos argumenta Nelson Hungria (1958, p.297-298): "Se não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto (*sic*), para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto".

O argumento a inviabilidade de vida do feto foi utilizado como embasamento pelo relator da ADPF ao proferir seu voto. O Ministro Marco Aurélio argumentou (BRASIL, STF, 2012) que o feto anencefálico é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental. Da mesma forma, a Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2012) aduziu que considerando que o feto não tem viabilidade fora do útero, deve-se proteger a mulher, que fica traumatizada



com o insucesso da gestação.

Antes da decisão proferida pelo STF, o tema gerava grande controvérsia, uma vez que, os mais conservadores chegavam a afirmar tratar-se de uma modalidade de aborto eugênico, que teria como finalidade alcançar a eugenia, “purificação da raça”, e que se estaria violando a lei vigente ao permitir sua realização. Nesses termos, afirma Ives Gandra da Silva Martins:

[...] o que se pretende, de rigor, com a tese da anencefalia ou microcefalia, é abrir campo para o aborto generalizado, numa tentativa de burlar a constituição e os tratados fundamentais sobre os direitos humanos, de que o Brasil é signatário [...] pretende-se, no Brasil, justificar Hitler, reeditando as experiências nos campos de concentração nazistas (2005, p. 33).

No entanto, para descontentamento dos opositores, após o marco importante no ordenamento jurídico deixado pelo julgamento no STF da ADPF n°54, essa decisão em pouco influenciou no aumento de número de procedimentos realizados no país.

Nesse sentido argumentou o médico Jefferson Drezzet, ginecologista e obstetra, especialista em aborto legal do hospital Pérola Byington, referência em saúde da mulher em São Paulo, em entrevista à BBC BRASIL (2014, online): “A anencefalia é uma doença cuja incidência obedece a uma constante. É diferente do aborto de gestações indesejadas. Portanto, não houve aumento de casos”. Acrescenta ainda que o que “mudou é que as mulheres diagnosticadas não precisam passar pela torturante tarefa de ir a uma vara criminal por um pedido que podia ou não ser concedido” (IDOETA, 2013, online). Quer dizer que o aborto nos casos de anencefalia já vinha ocorrendo antes da legalização pelo STF, mas necessitava de autorização judicial para ocorrer. Para além, destaca que a anencefalia é doença que independe de uma legalização ou não por parte do Estado, sendo assim, o fator de incidência da patologia não aumenta ou diminui por causa disso.

Pelo exposto, conclui-se que não houve incentivo para que as mulheres realizassem abortos com a nova excludente de ilicitude, tampouco elas têm liberdade para isso; houve, sim, o ganho pequeno na causa da descriminalização, ao passo que ao menos as grávidas de fetos anencefálicos não terão que passar pelo sofrimento da espera de autorização judicial, por medo da criminalização.

Chegando ao fim deste capítulo, deve-se registrar e compreender de maneira singela os limites conferidos pelo ordenamento jurídico brasileiro à temática do aborto; tratou-se da codificação existente e das nuances multidisciplinares que o tema possui além de sua ligação direta ao direito a vida. Foram explanados os conceitos e nomenclaturas adotados em discussões

relacionadas à problemática e falou-se sobre a origem do aborto como tipo penal.

No capítulo seguinte, serão demonstradas as mais diversas teses que influem no atual cenário vivido pelas mulheres grávidas que não desejam levar a termo a gravidez. Para isso, serão utilizadas três teses: a conservadora, a liberal e as teses adotadas pelas diversas vertentes do movimento feminista, em especial o não liberal. Isto porque será a partir dessas ideias que se determinará, em sede do terceiro capítulo, qual das concepções apresentadas poderá contribuir melhor para realizar de forma plena o direito, protegendo os interesses dos envolvidos de maneira racional e condizente com a realidade vivida atualmente no Brasil.

## **2 AS TESES DO ABORTO E O EMBATE DE ARGUMENTOS**

O debate sobre o tema do aborto pode ser visto como um embate entre aquilo que pertence à esfera privada da livre condução da própria vida e, ademais, à esfera pública. Ocorre que a politização da esfera privada, acaba por dar origem a uma realidade na qual ambas se encontram vinculadas permanentemente, criando uma organização na qual são interdependentes.

A partir dessa afirmação é possível concluir que o grau de liberdade conferido ao indivíduo em sociedade possui impacto na esfera pública. Nesse sentido, afirma Flávia Biroli (2014, p.123): “o direito ao aborto pode ser, assim, situado em um domínio da vida e das escolhas individuais que é profundamente pessoal, ao mesmo tempo que é político”.

A partir do exposto é possível perceber que a questão do aborto ao mesmo tempo em que é assunto personalíssimo, encontra-se no centro de uma infundável discussão em âmbito social, político e religioso.

No debate entre as opiniões pró e contra a legalização do aborto no Brasil, revela-se uma discussão na qual não há consenso. Até mesmo no interior de grandes vertentes de opiniões há divergências, a exemplo do feminismo, que tem como principal objeto a defesa dos direitos da mulher.

Portanto, neste segundo capítulo será feita uma análise dos discursos envolvendo a criminalização do aborto, com especial atenção à abordagem de Ronald Dworkin (2003) em sua obra o Domínio da Vida, de modo a demonstrar que a oposição a essa prática, quando realizada de forma voluntária ou não, ocorre de maneira automática, não sendo possível observar uma reflexão acerca do contexto em que as mulheres estão inseridas ou da própria prática em si mesma, de maneira pragmática.

Este segundo capítulo abordará também aspectos relacionados à religião, feminismo e liberalismo no contexto do aborto, tudo com o objetivo de embasar a discussão do terceiro capítulo, que abordará a ADPF n° 442 do STF (BRASIL, 2017), a qual objetiva a descriminalização do aborto até a 12ª Semana e o possível resultado de seu julgamento sem data para ocorrer.

### **2.1 Tese Conservadora e as objeções derivativa e independente em Ronald Dworkin**

Como já discutido no presente trabalho, nos debates sobre o aborto há ampla polarização. De um lado prevalecem as argumentações de caráter moral e do outro, as de cunho

constitucional.

Para Dworkin (2003) não parece haver solução conciliatória entre os lados que divergem quanto à problemática, uma vez que nenhuma proposta que admita a prática seria aceitável para aqueles que acreditam que o aborto é um “assassinato que viola os direitos e interesses mais fundamentais das crianças não nascidas” (DWORKIN, 2003, p.10).

Seria, portanto, imprescindível despolarizar a discussão para que se chegasse a uma solução conciliatória.

Com esse intuito, no presente momento a pretensão é de ser estabelecida a diferenciação feita por Dworkin entre as duas principais objeções postas pelos conservadores como justificativas na defesa da criminalização do aborto, quais sejam, as objeções derivativa e independente.

É sabido que os conservadores defendem amplamente a proibição do aborto por parte do Estado.

Os adeptos do pensamento derivativo, entendem que o direito à vida é inerente ao feto e que ninguém pode ameaçá-lo, isso porque, segundo eles, a partir de sua concepção o feto adquiriria condição de pessoa titular de direitos e deveres. Por esse motivo defendem ser dever do Estado proteger essas prerrogativas, mesmo que em detrimento aos interesses da mãe. Assim sendo, o feto teria o direito de não ser morto, desde a concepção.

A corrente independente, por sua vez, baseia-se na sacralidade da vida humana.

Nesta modalidade de objeção, a vida é entendida como detentora de um valor intrínseco que o autor relaciona àquele que se atribui ao sagrado, figurando o aborto, assim, como uma ofensa à sacralização da vida e tal valor a ela inerente.

Trata-se de uma modalidade de objeção que independe dos possíveis direitos e deveres do feto. Os defensores dessa forma de objeção, no mesmo sentido que os adeptos do pensamento derivativo, acreditam que o Estado deve proibir e regulamentar a questão do aborto, pois tem uma “responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida humana” (DWORKIN, 2003, p.13).

Dworkin (2003) afirma que poucas pessoas do movimento intitulado “pró-vida” são adeptas da objeção derivativa na qual o feto é titular de direitos e possui interesses próprios desde a concepção.

Segundo o autor, isso se deve ao fato de a maioria das pessoas conferir à vida um valor intrínseco maior do que qualquer outro direito.

Aplicando-se as objeções à realidade brasileira, seria possível caracterizar as previsões do Código Penal estudadas no capítulo anterior, como incompatíveis com as concepções

derivativas.

Isso ocorre, porque, apesar de restritivas ao direito de abortar livremente, as previsões legislativas mantêm casos em que o aborto não será penalizado. Isto é, preveem as causas de excludente de ilicitude do aborto em casos de gravidez decorrente de estupro e do parto necessário para salvaguardar a vida da mãe.

Ou seja, caso fosse aplicado de fato o critério derivativo do feto como detentor de direitos e interesses, não seria possível permitir o aborto sequer nos casos apontados pela lei penal, uma vez que a concepção derivativa dá valor absoluto à vida do feto.

Por outro lado, se a Codificação brasileira fosse fundada nas razões independentes de cunho certamente religioso, estar-se-ia diante de uma afronta à liberdade de religião prevista na Constituição Federal.

Tal afirmação se deve ao fato de que seria contraditório um país que se auto intitula laico, fundamentar suas decisões em âmbito legislativo em princípios oriundos da religião – como o valor sagrado da vida.

Resulta, então, de tal assertiva, um conflito entre o constitucional e o moral, no qual fica evidente que o Estado não deve intervir nas escolhas dos cidadãos.

Dessa leitura, também é possível extrair-se que o valor intrínseco concedido à vida humana, apesar de estar relacionado ao valor sagrado, não deixa de obedecer à liberdade de credo, já que Dworkin (2003) não trata o sagrado a partir do seu sentido somente religioso, mas sim no sentido de ser algo inviolável, algo de valor incomum.

Nesse sentido, expõe o referido autor que “a ideia de que cada vida humana individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado que se combinam e confluem: a criação natural e a criação humana”. (DWORKIN, 2003, p. 115).

Na criação natural, o indivíduo será uma obra divina ou uma criação evolutiva que resultará em um ser complexo e racional.

Na criação humana, haverá um investimento humano. Como exemplo poderia ser citada a gravidez planejada, visto que o fato de os pais quererem e trazerem ao mundo uma criança, é uma decisão pessoal que independe do divino.

É uma tarefa árdua assegurar que o feto possua de fato direitos e interesses, em especial o direito de não morrer ou ser destruído.

No entanto, essa controvérsia não se observa quando se analisa os interesses do feto de submeter a procedimentos dolorosos, uma vez que sentir dor “contraria frontalmente os interesses de fetos com sistema nervoso suficientemente desenvolvido” (DWORKIN, 2003, p.21).

Ressalta-se, porém, que tal preocupação seria apenas no caso de uma gravidez já suficientemente desenvolvida.

Antes disso, até aproximadamente a trigésima semana, segundo o autor, não há o que se falar em dor, pois o cérebro não está suficientemente desenvolvido (DWORKIN, 2003). Seria assim plenamente possível defender a realização de abortos voluntários, contanto que o feto não tivesse desenvolvido a parte do cérebro responsável por sentir dor.

Em suma, segundo Dworkin, para que feto tenha interesses, não é suficiente que esteja em vias de transformar-se em um ser humano, em qualquer circunstância.

Em realidade, o aspecto fundamental é que já possua ou tenha possuído alguma forma de consciência, mental ou física.

Dworkin (2003), posiciona-se favoravelmente ao pensamento derivativo no que concerne à criminalização do aborto, no qual a vida tem valor intrínseco.

Para o autor, adentrar na discussão de direitos do nascituro é controverso e de difícil aplicabilidade, tanto em âmbito jurídico quanto médico.

### 2.1.1 O Conservadorismo em Maria Helena Diniz

Com o objetivo de trazer a discussão para o âmbito brasileiro e aplicar-se as teses de Dworkin, no sentido de que sejam observadas no sistema jurídico brasileiro, utiliza-se a posição mais conservadora de Maria Helena Diniz, na obra “O Estado atual do Biodireito” (2017) que se revela condenatória e proibitiva da prática do aborto.

A civilista supracitada é referência daqueles que lutam pelo movimento intitulado de “pró-vida”.

Referida autora pauta sua argumentação contrária ao Aborto no direito constitucional à vida, tratando-se de um direito que condiciona os demais direitos de personalidade, possuindo previsão legal no artigo 5º, “caput” da Constituição Federal, em que se assegura a inviolabilidade da vida como cláusula pétrea.

Conforme explica Diniz (2017), a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental, desde o momento da concepção, no qual, segundo ela afirma, resta comprovada cientificamente a existência de vida.

Uma vez estabelecido ser a autora defensora da teoria concepcionista, é possível concluir que em sua opinião o feto/embrião já é uma pessoa humana desde a concepção e que, portanto, tem direito à vida desde esse momento.

O argumento da inviolabilidade do direito à vida é o mais utilizado pela doutrina

conservadora, mas, no entanto, não é absoluto. Com base nesse direito não se admite o aborto, tampouco outras práticas como a pena de morte, a eugenia negativa, a tortura, etc. Por essa linha de pensamento é inadmissível qualquer ato atentatório à vida do embrião.

Para Maria Helena Diniz (2017), mais prioritário do que a legalização do aborto seria não somente a elaboração de normas voltadas para defesa da vida humana e o planejamento familiar – de modo a eliminar as causas daquele, oferecer às crianças indesejadas a oportunidade de viver e sobreviver, contribuir para que se respeite a dignidade da pessoa humana – mas também trabalhar no sentido de levantar os padrões sociais da população, fazendo com que os pais sintam orgulho de querer ter o filho, além da implementação de uma política positiva em prol da vida que resulte por alterar a mentalidade da mulher, abrindo seus olhos sobre os males das práticas abortivas e salientando o valor absoluto da vida humana, consagrado em nosso país na Carta maior.

Para tanto, a autora apresenta em sua obra diversas possíveis soluções à problemática que se apresenta por meio de “lege referenda”, ou seja, possíveis normas que ainda não foram aprovadas.

Conclui seu texto alertando para a necessidade de alteração da postura política adotada pelo Estado, que segundo ela se mantém inerte perante à problemática do aborto, deixando de agir no sentido do favorecimento de práticas e no oferecimento de técnicas anticoncepcionais, dessa forma, omitindo-se em contribuir com opções eficazes e válidas para impedir a eliminação do feto.

Ademais, que com a pretensão de impedir a prática do aborto, deve o Estado investir em educação sexual, esforçando-se na consolidação da justiça social. Para tanto, deve evitar o desvio de verbas públicas e o gerenciamento falho de seus recursos de tal forma que proporcione uma realidade favorável para a proteção de valores da vida, evitando-se, assim, a permissibilidade do abortamento.

Ainda conforme o pensamento de Maria Helena Diniz (2017), o melhor método para que se desenvolva o movimento pró-vida contra o aborto, bem como a solução mais compatível com a dignidade humana, é a criação de um programa que proporcione planejamento familiar e paternidade responsável. Para ela o aborto só poderia ser combatido por meio de políticas de prevenção.

Para que isso ocorra, seria preciso que tanto o Estado quanto à sociedade empenhassem conscientemente uma caminhada árdua e longa voltada a uma filosofia que tenha como principal objeto o respeito à dignidade do ser humano e à vida, em contrapartida a uma mentalidade hedonista e utilitarista que se constitui na tendência da atualidade, na qual há risco

de perda dos padrões morais em função da busca incessante pelo prazer à custa da desumanização.

Para muitos o abortamento é a eliminação de uma vida humana que se inicia.

A partir dessa ideia, estaríamos diante de uma modalidade de “homicídio”, ou seja, se temos que preservar a vida humana, há a necessidade de se proteger a vida do feto, que não se confunde com a vida da mãe.

Com base nesses pressupostos, não seria possível admitir de maneira nenhuma a premissa abortista.

### 2.1.2 O liberalismo pragmático no debate sobre o aborto

Conforme exposto anteriormente, ao analisar a questão do aborto com base em concepções conservadoras, Dworkin (2003, p.42) afirma que existem “graus de opinião, desde as posições extremas até as moderadas”.

Mesmo entre os conservadores, existem opiniões que “aditem algumas exceções” (DWORKIN, 2003, p. 44) em casos específicos.

As concepções liberais seguem a mesma linha de “camadas” de entendimento.

Dworkin (2003) afirma que a maior parte das pessoas, adota concepções liberais ao se posicionar sobre o tema ora debatido, assumindo pontos de vista moderados e complexos, afastando-se de concepções conservadoras que acreditam ser absolutos, os direitos do feto perante à gestante.

A concepção liberal pragmática é explicada por Dworkin (2003) em 4(quatro) vertentes.

Na primeira o aborto se revela sempre uma questão moral, nunca sendo permitido por frivolidades. Nesse sentido, esclarece Dworkin:

[...] seria errado que uma mulher abortasse porque, se não o fizesse, perderia uma viagem à Europa com a qual tanto sonhara, ou por achar que seria mais confortável engravidar em outra época do ano, ou por descobrir que teria uma menina, quando queria um homem. (DWORKIN, 2003, p. 45).

Em segundo lugar, o aborto não teria justificativa plena apenas para salvar a vida da mãe ou em casos de estupro, pois “o aborto não só é moralmente permissível como pode ser uma necessidade moral” (DWORKIN, 2003, p.45). Exemplo disso, seria quando o feto apresenta malformação.

O terceiro componente do liberalismo pragmático sustenta os interesses da mãe em levar



uma vida satisfatória em detrimento do feto.

Por último, o quarto componente é a opinião política que deseja afastar as concepções dos conservadores, segundo a qual o Estado não deve intervir para impedir os abortos ditos como não permissíveis moralmente, esse elemento impõe ao estado que ele “deve deixar que ela (a mulher) decida por si mesma; não deve impor-lhe as convicções morais de terceiros” (DWORKIN, 2003, p.46).

Esse pensamento é incompatível com qualquer concepção que atribua direitos e deveres ao feto. Busca-se por meio dessa percepção, evitar frustrações tanto à vida do nascituro, ao permitir-se o aborto do feto malformado que não apresentará boa qualidade de vida, quanto à vida da mãe, ao conceder-se autonomia de escolha, mesmo que limitada.

Válido ressaltar, que ao mesmo tempo em que permite o aborto em casos específicos, reconhece a necessidade de criação de consciência para que a prática não seja banalizada.

Portanto, no âmbito das teorias conservadoras e liberais há convergência, pois “ambas pressupõem que a vida humana tem em si mesma um significado moral intrínseco” (DWORKIN, 2003, p.47). Sendo assim, o pensamento liberal não defende eugenia tampouco despreza a vida do feto, mas sim visa impedir que as pessoas nasçam sem ter direito a uma vida digna e da mesma forma garante qualidade de vida da mãe/mulher que escolher não levar a gravidez a termo. Pelo exposto, não é meramente um desrespeito à vida e àquilo que é moralmente aceito.

Nesse sentido, esta corrente, preocupa-se mais com as vidas que as pessoas levam agora, vidas reais, do que com as possibilidades de outras vidas ainda por vir. (DWORKIN, 2003).

### 2.1.3 A religião ante aos movimentos conservadores e liberais

Para Dworkin “A controvérsia sobre o aborto realmente parece ter forte dimensão religiosa” (2003, p.49). Nesse sentido, a religião possui ampla voz ativa nas discussões a respeito do aborto. O autor ressalta que elas em sua grande maioria tendem ao pensamento conservador, sendo possível, assim, afirmar, que o movimento antiaborto é liderado por grupos religiosos, utilizando-se a linguagem e afirmações relativas à figura de Deus o tempo todo, para se fundamentar de forma a atribuir valor intrínseco à vida, vinculado diretamente ao valor do sagrado.

Mesmo em localidades como o Brasil, no qual, ao menos legalmente, o Estado e a Religião são instituições separadas, em que pese esta possuir forte influência em âmbito legislativo.

A posição da igreja católica, uma das mais importante, se não a mais importante dentre as religiões, condena a prática do aborto, declarando que “todo o ser humano tem direito à vida e à integridade física desde a concepção até a morte”, posicionamento este exposto na Instrução sobre respeito pela vida humana em sua origem e sobre a dignidade da procriação, citada por Dworkin (2003, p.54).

A igreja estabeleceu este entendimento desde os primórdios de sua criação, com certas variações aparentemente permissivas, mas a proibição esteve sempre de forma clara e imperativa, definindo o aborto como uma violação ao dom divino de criar vida.

Atualmente a posição da igreja endurece, “não apenas pela punição que determina para os abortos prematuros, mas, de maneira ainda mais significativa, pelas exceções que nega a reconhecer (DWORKIN,2003, p.61).

A ampla tradição cristã, fortemente enraizada na América Latina como um todo e em especial no Brasil, traz força à concepção religiosa no debate sobre o aborto, tanto em âmbito jurídico quanto moral.

Porém, já é possível notar o crescimento em direção contrária. No Uruguai, nação vizinha ao Brasil, o Senado aprovou lei que descriminaliza o aborto até a 12ª semana de gestação e em casos de estupro até a 14ª semana. Tal decisão tornou o Uruguai o primeiro país da América Latina a reconhecer o aborto legal e seguro, como uma necessidade de saúde das mulheres. Muito embora as mulheres uruguaias ainda tenham que se submeter a um extenso protocolo de avaliação, antes de ter acesso ao serviço, é um grande avanço na região.

Sendo assim, apesar de fortes, os argumentos da Igreja não são únicos, sendo necessário sopesar-se outros argumentos e, em especial, o feminista, que será abordado no tópico seguinte.

#### 2.1.4 Aborto e Constitucionalidade em Dworkin

Ao discorrer sobre a constitucionalidade do aborto, Dworkin (2003) o faz com base no caso *Roe contra Wade*, ocorrido nos Estados Unidos da América, apresentando a realidade daquele país federalista. O referido caso será utilizado no presente trabalho, para fazer comparação com a realidade brasileira ainda no âmbito da laicidade do Estado.

A sentença proferida pela suprema corte americana sustentou que os Estados americanos não podem proibir a prática do aborto nos primeiros dois trimestres de gestação. Vejamos:

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade

ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona do próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não têm condições financeiras de manter os filhos (DWORKIN, 2003, p.143).

Na decisão Roe contra Wade o Juiz Blackmun da Suprema Corte americana, estabeleceu-se o direito constitucional da mulher de controlar o próprio corpo para a reprodução, apesar de tal concepção não ter sido unânime. Não obstante, prevaleceu o interesse da mulher. De forma concomitante, a decisão gerou a necessidade de sanar a dúvida se seria possível tratar o feto como uma pessoa constitucional (DWORKIN, 2003).

A décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos determina que nenhum Estado negará à “pessoa” a igual proteção da lei. Sendo assim, se considerássemos o feto como uma pessoa, seria o fim do debate naquela instância, pois por determinação constitucional as pessoas devem ser protegidas de maneira igualitária (DWORKIN, 2003).

O juiz Blackmun no *Caso Roe contra Wade* decidiu que o feto não é pessoa constitucional, invocando precedentes do tratamento conferido a eles pelo direito norte americano. Sendo a decisão, na opinião da maioria dos críticos, coerente. Isso porque, “se o feto é pessoa constitucional, então os estados não apenas podem proibir o aborto, mas devem proibi-lo em algumas circunstâncias. (DWORKIN,2003).

No caso brasileiro, a Constituição Federal garante a separação da igreja e do Estado. Sendo assim, o Estado é laico, cabendo a ele garantir a igualdade e liberdade de seus cidadãos independentemente de concepções morais e religiosas.

Sucintamente, a laicidade pode ser compreendida como a exclusão ou ausência da religião da esfera pública. Dessa forma, implica na neutralidade do Estado em matéria religiosa. Segundo Baubérot (2005), pode-se falar em laicidade quando o poder político não é mais legitimado pelo sacro e quando não há a dominação da religião sobre o Estado e a sociedade, implicando na autonomia do Estado, dos poderes e das instituições públicas em relação às autoridades religiosas e à dissociação da lei civil das normas religiosas.

No entanto, é bem verdade que a questão da laicidade do Estado não é bem resolvida no Brasil. A invocação de Deus no preâmbulo da constituição, a presença de crucifixos em prédios públicos, a existência de feriados religiosos no calendário oficial são exemplos disso.

Mas, faz-se necessário reafirmar a separação dessas duas esferas na concretização do estado democrático de direito. Nesse sentido Miguel:

O reconhecimento da liberdade de crença religiosa, como direito liberal, e a necessidade de laicidade do Estado, como imperativo democrático, convergem para uma separação estrita entre religião e política que possui uma consequência prática particularmente relevante. Ela implica o abandono, por parte da religião, de qualquer pretensão de se impor coercitivamente (2012, p.662).

No que diz respeito à intervenção religiosa na política, Dworkin (2003) afirma que mesmo entre os adotantes de uma visão teleológica, que argumentam no sentido da sacralidade da vida, há o entendimento de que esse aspecto não é relevante para uma interpretação constitucional. Nesse sentido, “Os argumentos doutrinários de natureza religiosa não têm validade jurídica. Poderiam, portanto, admitir, sem abandonar suas convicções espirituais, que os fetos não são pessoas constitucionais” (DWORKIN, 2003, p.151).

A Constituição Brasileira protege o direito à vida, incluindo aqui a vida do nascituro. Porém, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais essa proteção não é absoluta. Contrário fosse, o aborto não poderia ser permitido em nenhuma instância, o que não se traduz na realidade.

Como já estabelecido, Dworkin (2003) afirma que sendo pessoa constitucional o feto deverá ser protegido a qualquer custo.

No entanto, no direito brasileiro não há consenso sobre o status de pessoa constitucional do feto. Isso porque o Código Civil de 2002 traz definição no artigo 2º, o qual firma tese de que a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas ao mesmo tempo, a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Sendo assim, a questão não se resolve nesse âmbito em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro.

Por todo exposto, considerar o feto uma pessoa constitucional gera conflitos múltiplos, uma vez que ocasiona conflito entre direitos contrários entre si.

## **2.2 Tese Feminista**

O movimento feminista teve origem somente no século XVIII e XIX, após anos de opressão feminina.

Em princípio, as reivindicações, concentravam-se em adquirir direitos exclusivamente masculinos à época, como à educação e participação na política.

No entanto, com o passar dos anos, o controle sobre o próprio corpo tomou espaço nas discussões feministas, com o crescimento da busca de autonomia em relação ao homem e à

libertação de regulamentações legais que prendiam a mulher em um papel de submissão. Nesse sentido destacam Miguel e Biroli:

“Foi percebida a centralidade que a regulamentação da sexualidade feminina e sua contraface, o direito de acesso dos homens ao corpo das mulheres, tinham na manutenção da dominação masculina” (2014, p. 66-67).

Dentro dessa autonomia do próprio corpo, entra o direito ao aborto, mas não só ele, também “a luta pela tipificação do crime de estupro dentro do casamento, contra o duplo padrão da moral sexual, pelo direito à busca pelo prazer ou contra a objetificação das mulheres” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.67).

Tratam-se de diferentes facetas direcionadas a um só entendimento – o de que a mulher deve controlar o próprio corpo, pensamento esse dividido pelos liberalistas como explicado por Dworkin (2003).

No entanto, mesmo a tese feminista encontra em seu interior bastante diversidade e numerosos objetivos e teorias de argumentações diversas. Sendo assim, é seguro dizer que as próprias pensadoras e ativistas feministas possuem compreensões políticas da sexualidade e da abordagem do aborto diversas.

Segundo Flávia Biroli (2014) o aborto figura como temática importante no debate sobre direitos reprodutivos e autonomia reprodutiva. O referido direito compreende o acesso à informação bem como o acesso a recursos que permitam à mulher o controle de sua vida reprodutiva. Sendo assim, da mesma forma que os anticoncepcionais, serve como meio necessário para que a maternidade não seja compulsória. (MIGUEL; BIROLI, 2014).

Uma mulher pode engravidar desde a primeira relação sexual após sua primeira ovulação (ou menstruação). À essa altura ela será fértil durante seis dias de cada mês, ao longo dos quais ao ter relações sexuais possui maior probabilidade de ficar grávida. Não obstante, pode engravidar também no seu período não fértil.

Sendo assim, métodos como o aborto são necessários para o alcance de igualdade reprodutiva. No entanto, ressalta-se que o direito das mulheres de escolherem de realizar ou não um aborto é apenas um aspecto dessa liberdade.

Outro motivo que leva ao afronte a este direito é que ele confronta a idealização da ideia de maternidade, que segundo Miguel e Birole (2014, p.123) “é um modo de representação de um papel compulsório como se fosse tendência natural e desejo comum de todas as mulheres”. É certo que não é. Muitas mulheres possuem aspirações que vão além da maternidade, não significa que aquelas que desejarem, não podem ver na maternidade seu principal objetivo na

vida. No entanto, é inegável que no cenário atual visto na sociedade, à mulher incumbe um ônus tremendamente maior do que aquele imposto ao homem nos casos de gravidez, não só fisicamente, mas quanto às responsabilidades geradas perante o nascimento do bebê.

Pelo exposto, é seguro dizer que sem o controle sobre a reprodução, dificilmente as mulheres poderão alcançar maior igualdade em relação aos homens, tanto na esfera política, quanto profissional.

Faz-se necessário então, a garantia dos direitos reprodutivos às mulheres, em especial no que se refere ao aborto. Trata-se de um direito individual que remete a um dos fundamentos do feminismo contemporâneo: o princípio democrático liberal do direito aplicado ao corpo; direito baseado nas ideias de autonomia e liberdade do liberalismo, expresso na máxima feminista “nosso corpo nos pertence”, que marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção e ao direito ora discutido.

Para além desse aspecto, de forma notória, a agenda feminista também se ocupa do assunto aborto em um segundo âmbito, ou seja, o da defesa da liberdade sexual, a qual se mostra como pressuposto da liberdade propriamente dita.

A sexualidade está presente no cotidiano das pessoas, no modo como orientam sua vida, como se relacionam no ambiente social, legal e moral, fazendo parte de seu cotidiano em geral. Nessa linha de pensamento, o aborto serviria como meio favorecedor de uma espécie de libertação sexual da mulher, influenciando no seu despertar sexual e concedendo-lhe maior autonomia sobre seu corpo para que possa explorá-lo de forma equânime ao homem. Isso porque impede que sejam vítimas de uma violência social que vê a gravidez como punição cabível ao sexo fora do casamento:

Há correspondência entre sexo aceitável e maternidade respeitável, assim como entre o sexo reprovável e a maternidade que, vista como resultado de escolhas irresponsáveis e equivocadas, configura-se como ônus que a mulher deve carregar por ter mantido relações sexuais fora do casamento ou de determinados padrões de afetividade (BIROLI, 2016, p.156).

Quando o assunto é a gravidez indesejada, as críticas feitas são direcionadas especialmente para as mulheres, mas, esquece-se que o homem também apresenta sua contribuição na tal indesejada gravidez. A imposição social de responsabilização faz com que a “culpa” recaia sobre a mulher, que é culpada pela não utilização de contraceptivos e demais condutas que levam a gravidez indesejada.

Sendo assim, a autora Flávia Biroli (2016) traz um comentário muito relevante em que o aborto e a sexualidade estão ligados ao cotidiano da vida das pessoas, da forma que essas se

organizam na sociedade. A sexualidade figuraria assim como a forma que o indivíduo se vê e reconhece na sociedade. A gravidez, por sua vez, notadamente, gera diversas consequências físicas e psíquicas nas mulheres e, a não garantia do direito de escolha referente a prosseguir ou não com ela, pode ter severas consequências na vida de uma mulher, pois molda a forma como ela viverá sua vida.

No que concerne o aborto, é necessário instituir medidas públicas com o intuito de descriminalizar a prática e permitir que a mulher possa fazê-lo com segurança, que ela possa ter todo um aparato de médicos, psicólogos, assistentes sociais, formando-se uma rede para a total garantia da autonomia da mulher e sua gravidez.

À vista disso, revela-se a importância de trazer o argumento feminista para o presente debate, pois posiciona a mulher no centro da discussão, tendo seus interesses como principal ponto de partida para a construção literária.

### 2.2.1 Tese feminista e liberal e o caminho para a descriminalização

Por todo exposto, é forçoso concluir que os adeptos do movimento autointitulado “pró-vida”, em sua maioria conservadores e tomados de concepções teleológicas, são radicalmente desfavoráveis ao aborto, pois em geral acreditam ser o feto é uma pessoa com direitos e interesses que o Estado deve garantir e proteger.

Os defensores da vertente pró-escolha, por sua vez, alegam que a mulher possui o direito de decidir sobre esta questão e outras referentes ao seu próprio corpo, pois se trata de uma intimidade sua a decisão de ter ou não um filho, estando aqui elencados dentre estes defensores, os liberais pragmáticos de Dworkin e as feministas.

Dworkin(2003) acredita que em realidade a discussão é outra. Assim, propõe uma tese original na qual afirma que os motivos que geram a controvérsia sobre as questões morais do aborto, em verdade estão relacionados ao valor inerente e inviolável conferido à vida humana, como bem explicitado no estudo acima. Defende o autor, o direito à vida, mas não simplesmente o existir, sem perspectivas futuras, mas sim o direito à vida com determinadas características e qualidades.

Por todo exposto é possível concluir que a vida é inegavelmente importante para o ser humano, bem como é imprescindível que seja protegida pelo Estado, mas sem liberdade perde seu significado.

Nesse sentido, deve-se respeitar o direito de liberdade da mulher de optar em prosseguir ou não com a gravidez, uma vez que ninguém possui mais direito à vida do que aqueles que já

possuem a plenitude para vivê-la.

Tais concepções, em conjunto com os argumentos constitucionais e de laicidade do Estado servem de embasamento para a propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que será estudada no capítulo seguinte.

Com o objetivo de alcançar a finalidade da pesquisa, na terceira parte será feita uma breve análise do cenário atual da jurisprudência do STF, rumo à descriminalização do aborto, com foco na peça inicial da ADPF 442 que objetiva a descriminalização da prática até a 12ª semana de gestação



### **3 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM FACE DA ADPF 442**

Neste capítulo será desenvolvida uma análise pormenorizada da peça exordial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se pretende seja declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República.

Inicialmente, realizar-se-á uma breve introdução sobre os aspectos constitucionais de uma ADPF, com exposição das razões sociais e jurídicas que motivaram o pedido.

Posteriormente, será feita análise jurisprudencial dos debates constitucionais acerca do aborto, já realizados em sede do Superior Tribunal Federal, mais especificamente, o HC/84.025, ADI/3.510, a ADPF/54 e o HC/124.306, para finalmente tentar sinalizar um possível resultado do esforço.

#### **3.1 Apresentação da petição inicial da ADPF nº 442**

A necessidade de revisão legislativa no que diz respeito ao tipo penal do aborto é fonte das mais diversas propostas de alteração do texto legal. No entanto, tais discussões nem sempre são no sentido de descriminalizar a prática.

De forma mais recente vale destacar a título exemplificativo a Proposta de Emenda à Constituição 29, de 2015, realizada pela chamada bancada evangélica no Senado e que objetiva a aplicação da teoria concepcionista ao texto da Carta Magna, alterando a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

Novamente, resta clara nessa proposta a posição religiosa conservadora e o argumento do “sagrado” exposto por Dworkin (2003), influenciando na questão do aborto. Ademais, a previsão no sentido tentado pela PEC apresentaria diversos efeitos negativos, incluindo a possível inconstitucionalidade dos dispositivos que excluem a ilicitude do aborto em casos específicos.

No entanto, em contrapartida à tentativa conservadora de alteração do texto legal, tramita nova discussão sobre o tema do aborto, dessa vez em âmbito do Supremo Tribunal Federal, que objetiva contemplar uma possível legalização/descriminalização da prática de abortamento até a 12º semana de gestação, por livre arbítrio da mulher, a partir de uma análise de constitucionalidade.

Trata-se da ADPF nº442 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

A ADPF pode ser compreendida como uma ação do controle concentrado, destinada a combater o desrespeito aos conteúdos mais importantes da Constituição, praticados por atos normativos ou não normativos, quando não houver outro meio eficaz. Sendo assim, é utilizada apenas quando outros instrumentos similares não são capazes de solucionar o problema.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 06/03/2017, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal. Os referidos dispositivos, são responsáveis por tipificar a prática do aborto como crime no ordenamento jurídico brasileiro. Com o intuito de justificar a pretensão, a ação indica que as referidas previsões ferem uma série de direitos das mulheres.

Pretende-se, portanto, obter do judiciário por meio de controle concentrado de constitucionalidade, a legalização do aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo a sua realização, com custeio e subsídio estatal.

Na petição inicial as advogadas responsáveis pela confecção da peça processual, quais sejam Gabriela Rondon, Luciana Boiteux, Luciana Genro e Sinara Gumieri, afirmam que os artigos ora impugnados - 124 e 126 do Código Penal -, ao criminalizarem a conduta do aborto voluntário e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da mulher, afrontam princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Dentre esses princípios destacam-se: a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I e III; art. 6º, caput; art. 196 e art. 226, § 7º).

Desde logo a pretensão da agremiação revela sua atenção à realidade vivida no Brasil, uma vez que os problemas concernentes à legislação vigente são facilmente identificáveis, entre eles o estigma da mulher “abortista”, o qual se traduz no preconceito criado em torno da mulher que deseja realizar o aborto voluntário.

Tal mazela permeia de forma notória o comportamento dos profissionais de saúde: uma pesquisa realizada pela IPAS Brasil em 2006 revelou que de quarenta médicos trabalhando em serviços de auxílio a vítimas de violência sexual, apenas 2 (duas) médicas mulheres estavam dispostas a realizar procedimentos abortivos (IPAS, 2006 *apud* GALLI, 2011, Tradução livre).

A objeção de consciência utilizada por esses profissionais, embora justificável, por tratar-se de um direito fundamental previsto no artigo quinto da Constituição da República de 1988, implica em violação dos direitos da mulher em ser tratada sem qualquer forma de discriminação e preconceito.

Outra questão é que mesmo não havendo qualquer previsão legislativa quanto à necessidade da mulher em apresentar autorização judicial para poder gozar de seu direito ao aborto nas formas legalmente permitidas, muitos médicos fazem tal exigência.

Uma pesquisa realizada entre 2013 e 2015 denominada “Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional” concluiu que dos 68 serviços de aborto legal cadastrados no SUS, só 37 de fato prestavam o atendimento. Além disso, 14% exigiam boletim de ocorrência, 8% pediam laudo pericial e 8% queriam alvará judicial para fazer o aborto (DINIZ; MADEIRO, 2015).

Sendo assim, uma medida como a ora proposta se mostra pertinente.

A forma escolhida, qual seja, uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental demonstra que o caminho para a descriminalização encontra barreiras no legislativo, conforme as próprias advogadas que produziram a petição inicial afirmam. As referidas definem o esforço como uma “*ousadia necessária para enfrentar a questão*” (BOITEUX, 2017, online) no Judiciário, dado a dificuldade de fazê-lo no Legislativo, onde, segundo elas, a questão é tratada somente sob um viés de repressão.

### 3.1.1 Motivos e justificativa

Inicialmente, buscou-se demonstrar a inconstitucionalidade dos tipos penais impugnados, quais sejam os artigos 124 e 126 do Código Penal. Para tanto, foi feita análise da Constituição Federal; de casos concretos internacionais e de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, os quais afirmam o caráter não absoluto da proteção jurídica à vida feto ou desenvolvimento embrionário, bem como utilizou-se métodos de interpretação com o intuito de pacificar a matéria diante da Carta Maior e de instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Na nota introdutória foi feita análise fático jurídica dos tipos penais pertinentes do Código Penal. Ressaltou-se a irrazoabilidade da lei penal no que diz respeito à garantia de vida do embrião. De mesma forma, reafirmou-se a ausência de fundamentos constitucionais para essa proteção, uma vez que a proteção ao feto e seu desenvolvimento embrionário possui carácter relativo/não absoluto e sim gradual, destacando-se ainda a Laicidade do Estado e o princípio da não discriminação.

Sobre a laicidade do Estado, ressalta ainda que, ante ao seu regime democrático constitucional o Brasil deveria inserir em seu ordenamento tão somente os axiomas morais indispensáveis à garantia do bem-estar da coletividade (NADER, 2012).

Nesse esteio a ADPF 442 provoca a Constituição Federal a analisar a razoabilidade constitucional do Estado em exercer seu poder coercitivo para coibir o aborto, uma vez que com essa conduta está causando graves violações a direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, à cidadania e ao princípio da não discriminação de gênero.

Sendo assim, questiona-se a criminalização, que se revela medida desproporcional ao problema, pois:

Não coíbe a prática nem promove meios eficazes de prevenção da gravidez não planejada e, conseqüentemente, do aborto, que exigem educação sexual integral, acesso a métodos contraceptivos adequados, combate à violência sexual e fortalecimento da igualdade de gênero (BRASIL, 2017, p.57).

Entrementes, a peça inicial também questiona a legitimidade do Estado para impor a maternidade de forma coercitiva às mulheres, em especial àquelas menos abastadas, asseverando ser este um mecanismo de controle estatal do pluralismo razoável. Nesse sentido, dispõe Mirabete:

Apontam-se várias razões para a liberação do aborto: um país que não pode manter seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento; a ameaça penal é ineficaz porque o aborto raramente é punido; a proibição leva a mulher a entregar-se a profissionais inescrupulosos; a mulher tem o direito de dispor do próprio corpo etc. Atualmente, grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão, Estados Unidos etc.). O Código Penal brasileiro não contempla sequer o chamado aborto *honoris causa* como tipo de crime privilegiado (2013, p. 60).

Noutra senda, impende destacar que a ciência jurídica possui natureza dinâmica e continuada, ou seja, o direito resulta dos padrões de comportamentos observados à época de sua elaboração. Sendo assim, torna-se imprescindível que tenha suas normas reformuladas ocasionalmente, para que não fiquem obsoletas e consigam atender às necessidades dos cidadãos que a elas se subordinam, uma vez que valores sociais e culturais se alteram ao longo das gerações.

Sendo assim, a manutenção da integridade e da coerência do direito depende de padrões interpretativos, estruturais e intersubjetivos. Por conseguinte, é inconcebível que a sociedade fique estagnada e presa as opções legislativas feitas pelo legislador em 1940, uma vez que, evidentemente, ao longo das quase oito décadas de vigência do Código Penal Brasileiro, foram numerosas as modificações sociais, a começar em 1988 com a implantação de uma nova Constituição Federal (BITENCOURT, 2018).

Fica clara a necessidade de reforma do Código Penal, uma vez que com o passar do tempo seu texto se revela ultrapassado e inadequado.

Ademais, incumbe destacar a posição de supremacia da Carta Constitucional em detrimento do Código Penal, que é lei ordinária. Consequentemente, é insustentável a manutenção dos tipos penais obsoletos e violadores do texto da Constituição, tais quais os impugnados pela ADPF n° 442.

Sendo assim, conclui-se que a petição inicial se pautou na violação de preceitos da constituição Federal e em diversos outros argumentos, dentre eles se destaca a laicidade do Estado Brasileiro, a segregação social e discriminação gerada pelo tipo penal do aborto e na necessidade de evolução do Direito Penal em atenção as mudanças sociais que ocorrem ao longo dos anos. Além disso, a peça processual fez ampla análise da jurisprudência da Suprema Corte, visando, a partir de método interpretativo, sinalizar o entendimento prevalecente de que o feto não possui o status de pessoa conferido àqueles já nascidos com vida e expor o entendimento do STF a respeito do tema do aborto, conforme será exposto no tópico seguinte.

### **3.2 Jurisprudência do STF e a discussão do aborto**

Por oportuno, faz-se necessário agora expor sobre a jurisprudência do Superior Tribunal Federal no que se refere a casos pretéritos em que foi discutida a questão do aborto e aspectos do direito à vida. Isso porque, ao analisar o histórico jurisprudencial, permite inferir de maneira argumentativa e por amostragem a respeito de um possível resultado favorável ou não à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação como intentado pela APDF n°442

#### **3.2.1 Casos notórios e suas repercussões jurídicas**

Com o objetivo de demonstrar o caráter não absoluto da proteção conferida ao feto pela constituição federal, a ADPF n°442, ora analisada, realiza uma série de comentários sobre ações nas quais, direta ou indiretamente, o STF já discutiu a questão do aborto. Importam aqui o HC n° 84.025, o HC 124.306, a ADPF n° 54 e a ADI 3.510.

A petição inicial estabelece duas linhas de argumentação com o intuito de obter provimento ao pedido de legalização. O primeiro argumento visa à desqualificação da proteção à vida do feto. O segundo, por sua vez, objetiva indicar que a criminalização da conduta é desproporcional frente à lesão dos direitos femininos, para tanto faz uso da jurisprudência

pátria. (BARBOSA, 2017).

Nesse sentido, interessa estabelecer a temporalidade das decisões jurisprudenciais que impõe o entendimento exarado na petição inicial da ADPF n°442.

Em 2003, por ocasião da interposição do pedido de Habeas Corpus n° 84.025, chegou ao Supremo Tribunal Federal pela primeira vez o debate sobre o aborto e sua constitucionalidade.

A ação foi ajuizada em favor de Gabriela Oliveira Cordeiro, jovem de 18 anos que se encontrava grávida de feto portador de anencefalia.

A anencefalia, conforme já tratado neste trabalho, é uma doença que inviabiliza a prolongação da vida do bebê fora do corpo da mãe pela falta dos órgãos superiores do sistema nervoso central, de maneira que a morte da criança é certa.

O pedido foi motivado, pois a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu HC 32.159 em favor do feto.

No entanto, o Habeas Corpus foi julgado, por decisão unânime, prejudicado por fato superveniente, pois o feto veio a óbito após seu nascimento. Sendo assim, a tutela jurisdicional foi tardia.

Apesar disso, o então ministro relator do caso Joaquim Barbosa já havia proferido voto favorável a impetrante, nos seguintes termos:

Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal. Por fim, com relação ao argumento de que o aborto eugênico não se encontra incluído no rol de excludentes de ilicitude previsto no art. 128 do Código Penal, tenho que, sendo o comportamento atípico, a questão fica prejudicada. De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal (BRASIL, 2004, p. 22).

Dispôs ainda que “no caso em exame, [...] a situação da vida e a situação jurídica encontram-se de tal forma imbricadas que a ordem concedida em favor quer do feto, quer da paciente implica obrigatoriamente restrição da liberdade do outro” (BRASIL, 2004, p. 4).

Impende analisar essa afirmação com afinco, pois até o presente momento neste trabalho, é notável a existência de argumentos fortes em ambos os polos de fundamentação, seja contrário ou favorável ao aborto.

Vale destacar ainda que o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou em relação à condição do feto anencefálico, o qual não tem expectativa de vida, afirmando não ser necessário

ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível a vida extrauterina independente (BRASIL,2004).

Posteriormente, em 2004, a questão do feto anencefálico retornou para discussão do STF, dessa vez na ADPF 54, analisada previamente no primeiro capítulo deste trabalho.

Em âmbito dessa ação, ainda no ano de sua impetração, a Corte Suprema concedeu uma liminar para garantir às mulheres o direito de decidir pela interrupção da gestação de fetos anencefálicos. No entanto, esta foi cancelada após se ter considerado necessário um julgamento prévio sobre o cabimento de ADPF para discussão da matéria.

Cabe salientar que o julgamento acabou ocorrendo somente 8 anos depois da impetração da ação, em 2012.

A corte decidiu pela procedência do pedido realizado em sede inicial julgando procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, e por maioria (BRASIL, 2012).

Válido ressaltar que a ADPF 54 foi o primeiro caso na história do Supremo Tribunal Federal a promover a realização de audiência pública para debate do assunto analisado. Tal fato só serve para enfatizar ainda mais a complexidade do caso ora enfrentado, pois o mesmo possui grande apelo filosófico, moral, ético e político, que, por sua vez, obstaculizam a interpretação constitucional.

Da mesma forma ocorreu recentemente com o advento da ADPF 442, pois foi realizada também audiência pública. Além disso, diversos foram os pedidos de ingresso na ação como *amicus curiae*.

No período que separou a interposição da ADPF 54 e seu julgamento, outro processo envolvendo a discussão relativa ao direito à vida chegou ao STF: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº3.510.

Apesar de a presente ADI não ter lidado diretamente com a criminalização do aborto, debateu assunto muito pertinente à essa discussão, qual seja: (o) “critério no nascimento com vida para a imputação dos direitos fundamentais” (BRASIL, 2017, p. 26), conforme será discutido a seguir. Posteriormente, as teses firmadas na ADI, serviram no julgamento da ADPF 54.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, impugnou o artigo 5º da lei nº11.105/2005, descrita como a Lei de Biossegurança. A referida lei permite que sejam

utilizados embriões humanos fora do corpo da mulher para pesquisa e terapia, contanto que já estejam inviáveis ou congeladas há três anos ou mais. Além disso, é necessária autorização dos doadores.

A ação teve como objetivo central buscar o reconhecimento da tese que dita a existência de vida desde a concepção, quando o espermatozoide fecunda o óvulo: “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação” (BRASIL,2008, p.10).

Nesse sentido, a lei seria afronta direta ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana listados na Constituição Federal em seu artigo 5º.

Em sede de decisão, o STF reconheceu a constitucionalidade da pesquisa com células tronco embrionárias. Sendo assim, permitiu a pesquisa em embriões, o que não pode ser feito com seres humanos já nascidos com base em princípios bioéticos e na violação de direitos fundamentais. Dessa forma, estabeleceu distinção de tratamento entre feto e pessoa, mas sem alterar o marco temporal da tutela penal para proteção do direito à vida.

A Suprema Corte defendeu ainda, em contraposição ao argumento concepcionista, que a constituição não dispõe sobre o começo da vida “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva”. Assim:

[...] quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. [...] sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). (BRASIL,2008, p 31).

Nesse sentido, destaca-se a fala da então Ministra Ellen Gracie, em seu voto a respeito da inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, no qual aduziu não ser tarefa do Supremo Tribunal Federal “estabelecer conceitos que já não estejam explícitos ou implicitamente plasmados na Constituição Federal” (BRASIL,2008, p.214).

Pelo exposto, é possível concluir que os direitos elencados no artigo 5º, da Constituição, entre eles o direito à vida, destinam-se à pessoa humana nascida com vida, que não pode ser confundida com um embrião.

Nos dizeres do ministro Barroso, existem inúmeras concepções a respeito do início da vida, baseadas em vários critérios, sem que haja um consenso, ocorrendo o que “a filosofia moderna denomina de desacordo moral razoável” e salienta:



Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas. Foi exatamente isso que o fez a Lei nº. 11.105/2005 ao exigir, em qualquer caso de pesquisa com células-tronco, “o consentimento dos genitores” [...] o Congresso Nacional assegurou o direito de cada um decidir, de acordo com seus valores pessoais. (BRASIL, 2008, p. 677).

Por todo exposto, consoante entendimento expresso nessa decisão a proteção do embrião se restringe a leis infraconstitucionais, pois a Carta Magna a ele não se estende.

No mesmo sentido do entendimento exarado pelo STF em sede do julgamento que declarou a constitucionalidade da pesquisa com células tronco, destaca-se decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia e outros vs. Costa Rica*, o qual versava sobre fertilização *in vitro*. Pugnava-se a aplicação do artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica o qual se lê: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A corte decidiu por condenar a Costa Rica nos seguintes termos:

[...] o objetivo e fim da cláusula ‘em geral’ do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos. [...] A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *apud* BRASIL, 2017, p.24).

Sendo assim, a Corte Interamericana afirmou que a proteção do direito à vida prevista no Pacto de São José da Costa Rica tem que ser gradual e não autoriza a equiparação de um embrião a uma pessoa.

O Supremo Tribunal Federal julgou, com fulcro nos argumentos supracitados, pela improcedência da ADI 3510.

A petição inicial da ADPF 442 encerra fazendo rápida referência ao Habeas Corpus 124.306, preferido pela primeira turma do STF no dia 29 de novembro de 2016.

O habeas Corpus com pedido de medida cautelar foi impetrado em face de acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ. Extrai-se dos autos que os pacientes, que mantinham clínica clandestina de aborto, foram presos

em flagrante, em 3 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, por terem provocado aborto na gestante/denunciada com o consentimento desta (BRASIL, 2016).

Insta frisar que apesar da inadequação da via processual, por tratar-se de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, a Turma julgadora recepcionou a ação, “em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria” (BARROSO,2016, p.4).

Em sede de julgamento do HC, a corte entendeu, por maioria dos votos, que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação (12 semanas) não pode ser equiparada ao aborto.

O voto-vista proferido pelo Ministro do Supremo Luís Roberto Barroso, merece atenção.

O Ministro supracitado demonstrou convicção de que a criminalização do aborto fere direitos fundamentais, entre eles os sexuais e reprodutivos da mulher – conforme defendido pelo presente trabalho e pela inicial da ADPF nº442 que tramita no STF.

Além disso, reafirmou que questões relativas ao aborto não devem ser políticas, pois a mulher não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada (BARROSO, 2016).

Posteriormente, mostrou-se ciente da patente questão social imposta pela criminalização da conduta do aborto, pois tende a ser mais onerosa a mulheres de classes sociais menos favorecidas, marginalizadas pela sociedade, que acabam recorrendo a métodos clandestinos que cominam com danos, por vezes, irreparáveis:

É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (BARROSO, 2016, p.2).

Em suma, o ministro acredita que o aborto já é realizado por muitas mulheres, apesar de proibido pelo Código Penal, sendo as mulheres mais pobres aquelas que sofrem os efeitos mais severos da prática, pois se submetem a procedimentos duvidosos em lugares sem qualquer infraestrutura, o que acaba resultando em mortes e danos desnecessários a dignidade destas e que poderiam ser evitados.

Esses abortos clandestinos constituem uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Estudos do Ministério da Saúde (2007) demonstram que está no “top 5” causas de morte materna na gravidez.

Sendo assim, a criminalização da prática não serve ao seu propósito de proteger a vida do feto, tampouco impacta o número de abortos praticados no país. Nas palavras do Ministro Barroso (2016) apenas impede que sejam feitos de modo seguro, pois a criminalização é desproporcional em sentido estrito, uma vez que gera custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Vale acrescentar que o Brasil contraria a tendência mundial no que concerne à prática de abortamento, uma vez que, “Praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália”. (BARROSO, 2016, p.2).

Por todo exposto, o Ministro Roberto Barroso discutiu a criminalização da interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre, questionando a constitucionalidade dos tipos penais ora impugnados pela ADPF nº442, alegando que inobstante o bem jurídico tutelado seja evidentemente relevante, a tipificação da conduta nos primeiros três meses gestacionais viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade:

Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal (BARROSO, 2016, p. 5).

O Ministro conclui afirmando pela insolubilidade jurídica da controvérsia, pois sobre ela sempre perpassará uma escolha eivada de controvérsias e questionamentos atinentes a preceitos filosóficos ou religiosos cultivados por cada um indivíduo em sociedade a respeito da vida.

Nesse cenário, a criminalização do aborto no primeiro trimestre gestacional é uma “medida legal desproporcional. Tal medida viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade” (BRASIL, 2017, p.27).

Por todo exposto é imperativo reconhecer que a ADPF ora apresentada, norteadora da discussão relativa à descriminalização do aborto, configura-se como “resultado de um processo cumulativo, consistente e coerente desta Suprema Corte no enfrentamento da questão do aborto como uma matéria de direitos fundamentais” (BRASIL, 2017, p. 27).

Resta claro que o conjunto jurisprudencial brasileiro sinaliza que a Corte Suprema deve

descriminalizar a conduta do abortamento induzido e voluntário quanto julgar a ADPF n°442. Nesse sentido, faz-se necessário, então, analisar essa premissa e a realidade fática do Tribunal, apontando um possível resultado do julgamento, o que será feito no tópico seguinte.

### 3.2.2 Descriminalização possível e constitucional

Analisada a petição inicial da ADPF n° 442 e explanados os seus argumentos, se faz necessário agora tentar realizar previsão da decisão do Superior Tribunal Federal no caso apresentado da ADPF n°442.

Notadamente, nos termos explanados pela ADPF ora analisada, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro possui arcabouço legal e jurisprudencial que permitem uma descriminalização da conduta do aborto voluntário, sem ofender a Constituição Federal.

Ainda, com base no exposto no tópico anterior, a ADPF n° 442 envolve questões que ultrapassam os limites do estritamente jurídico.

No entanto, juridicamente é possível perceber que a questão tende a ser resolvida a favor da descriminalização do aborto.

A Constituição Federal garante ao direito à vida status de cláusula pétreia. O Código Penal, por sua vez, possui previsão no sentido de criminalizar a prática do aborto. Não obstante, essa lei infraconstitucional fez constar excludentes de ilicitude, ou seja, situações em que o aborto mesmo praticado, não será criminalizável.

Impende concluir que por si só, já há no Código Penal uma espécie de relativização do valor do direito à vida.

Para além, a Constituição não trata de estabelecer o marco temporal do começo da vida, e conforme o trabalho bem explicitou, já se reconheceu em sede dos tribunais superiores que esse direito fundamental, direito à vida, refere-se ao ser humano já em plena capacidade de direitos, após seu nascimento com vida e não permite ampliação para alcançar o embrião.

É válido destacar ainda que a Constituição assegura uma gama de direitos fundamentais, que ao confrontarem-se necessitam ser sopesados, sob pena de violação de um deles ou de todos.

Sendo assim, não há o que falar em vácuo legislativo. A bem da verdade a questão continua a ser reiteradamente discutida pelo ordenamento jurídico, e cada vez mais a compreensão dos decisórios tende à uma visão social, afastada de dogmas religiosos que possam ter influência sobre a sociedade brasileira.

Isso porque, caso fosse feita análise estritamente social dogmática, a conclusão

talvez fosse no sentido de garantir a proteção da vida de maneira estanque e dos valores do humanismo cristão. Tal constatação se deve ao fato de o Brasil ter em seu interior forte influência cristã, assim como os demais países da América Latina.

Resta claro que a temática do aborto desperta paixões mais políticas e ideológicas do que de qualquer outra ordem.

Nesse sentido, é forçoso concluir que se a discussão da descriminalização do aborto fosse posta ao Congresso Brasileiro, local que se presta à elaboração, revisão e aperfeiçoamento das leis, mínimas seriam as chances de êxito de pretensão como a ora apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Isso porque, nesse âmbito ainda prevalece um conservadorismo enraizado, como se observa pela bancada evangélica e pela inúmera quantidade de projetos de lei contrárias aos direitos mais atuais como os sexuais e reprodutivos, e contra visões progressistas. Relativos ao aborto, vale citar à título exemplificativo a PEC n° 164/2012 e o Projeto de Lei n° 478/2007.

Não obstante, a estratégia de ajuizar a ação perante ao Superior Tribunal Federal revela a inércia do Congresso, que reiteradas vezes já teve a oportunidade de legislar a respeito do assunto ora abordado, mas se recusou a fazê-lo ou o fez sem abordar as questões necessárias e pertinentes.

Não se pretende aqui entrar no mérito das críticas ao STF, de que estaria tomando parte como legislador, ferindo a divisão dos poderes. Tampouco considera-se que de fato haja quebra na divisão dos poderes, pois observa-se, em realidade, o esforço na garantia de direitos fundamentais, constitucionalmente defendidos, os quais cabe ao STF tutelar e proteger, por meio de ações constitucionais como a ora apresentada.

Realizar previsão de um possível julgamento não é simples. Se por um lado ministros como Luís Roberto Barroso já se posicionaram explicitamente de maneira favorável à descriminalização do aborto, outros dão a entender que tal alteração legislativa deve-se dar no âmbito do Congresso Nacional.

As Ministras Rosa Weber, relatora da ADPF n°442 e Carmen Lúcia, já comentaram a respeito do assunto e dão a entender que pessoalmente são favoráveis a descriminalização nos termos pleiteados na ação ora debatida. No entanto, não é possível afirmar com certeza se em sede de julgamento no âmbito do STF decidiriam conforme convicções pessoais, ou se remeteriam o feito ao Congresso Nacional.

Por sua vez, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, votaram favoravelmente no sentido de tornar atípica a conduta do aborto voluntário de fetos anencefálicos em sede da ADPF n°54, sendo assim, possivelmente votariam de forma favorável

na presente.

No entanto, considerando que a ADPF nº442 trata de feto viável, a discussão pode vir a tomar caminho diferente daquela proposta na ADPF 54, na qual o feto se revelava inviável, sem qualquer perspectiva de sobrevivência após o parto. Sendo assim, é difícil qualquer previsão.

Para além, a imprevisibilidade cresce ainda mais no cenário atual diante da alteração da composição do STF, pois em 2020 e 2021 irão vagar duas cadeiras na Suprema Corte, devido à aposentadoria obrigatória dos Senhores Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello, respectivamente.

A decisão de determinar os substitutos que deverão ocupar os lugares vagos, caberá, então, ao atual presidente do Brasil, Jair Bolsonaro.

Não precisamos nos alongar para concluir que o Presidente deve nomear ministros conservadores, tendo inclusive deixado clara sua intenção na nomeação do atual Ministro da Justiça Sérgio Moro para o cargo.

Resta dúvida quanto à segunda cadeira. No entanto, é possível visualizar o julgamento da ADPF nº442, estendendo-se ao longo dos anos, como ocorreu com a ADPF 54, dada a natureza controversa da discussão e seus impactos.

Sendo assim, não há como precisar com certeza a respeito da composição da corte, tampouco quanto à posição dos Ministros em sede de julgamento.

Seja qual for a decisão do Supremo Tribunal Federal, a expectativa é grande por parte da sociedade.

Os efeitos de uma decisão que descriminalize a conduta do aborto voluntário são numerosos, em especial, destaca-se o efeito na vida das mulheres e mães, que verão seus direitos sexuais e reprodutivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma mais explícita e devidamente protegidos.

Não resta dúvida do cabimento do pedido da ADPF 442, pois a violação de direitos fundamentais da mulher é clara e evidente, posto que os tipos penais que definem a conduta do aborto, impugnados na ação, ferem de maneira explícita uma série de preceitos estabelecidos constitucionalmente.

Pelo exposto, como fundamentado no presente trabalho, deve o Supremo Tribunal Federal decidir em permitir ou coibir essas violações, prestando seu papel de defesa da Carta Maior.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir da presente pesquisa que o ordenamento jurídico brasileiro possui sim arcabouço legal e jurisprudencial que permitem uma possível descriminalização da conduta do aborto voluntário, sem que haja ofensa à Constituição Federal.

A ADPF nº 442, em trâmite no STF, apresenta-se como um esforço no caminho de uma maior garantia de direitos reprodutivos e sexuais da mulher, pautando-se na inexistência de direito fundamentais ao feto, pois não equiparado à pessoa da mulher, a qual já possui plenitude de vida.

Além disso, fundamenta-se na violação ampla de direitos fundamentais das mulheres e revela a exclusão social acarretada pelo aborto, que acaba por ser inalcançável apenas para mulheres de baixa renda, negras e pobres (DINIZ; MEDEIROS, 2010), que não possuem a opção de realizar abortos em clínicas clandestinas ou em outros países. Tal situação ocasiona numerosas mortes desnecessárias e evitáveis, revelando o problema como uma emergência na saúde pública.

Tal entendimento é defendido por Dworkin (2003), na principal obra a fundamentar o presente trabalho, o qual afirma que as leis que proíbem o aborto privam as mulheres de uma liberdade que é crucial para elas. Uma mulher forçada a ter uma criança indesejada "não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão" (DWORKIN, 2003, p. 143).

Em que pese a existência das mais diversas previsões sobre o tema, não há consenso sobre qual medida deveria ser adotada pelo Estado. Talvez o aborto seja inclusive uma das infrações penais mais controvertidas dos tempos modernos, uma vez que a todo instante são travadas discussões em torno de sua revogação ou manutenção no Código Penal.

Nesse sentido, destaca-se novamente que a situação jurídica na questão do aborto encontra-se de tal forma imbricada, como afirmado por Joaquim Barbosa, que a ordem concedida em favor quer do feto, quer da paciente implica obrigatoriamente restrição da liberdade do outro.

No entanto, entendo que diante da grave violação de direitos humanos, direitos fundamentais, direitos reprodutivos e à liberdade das mulheres que a criminalização representa, impende ao Estado cumprir com sua obrigação legal de defesa dos cidadãos e proteger aquelas que no presente caso está deixando vulneráveis.

Ademais, ressalta-se que a descriminalização do aborto não tem intenção de afrontar ou limitar o exercício de crença ou religião dos membros da sociedade. No entanto, em um país

laico, que legalmente prevê a separação de igreja e Estado, esta questão não deveria se impor sempre que o aborto é discutido em âmbito legislativo.

A religião deve ser afastada da política. Isso porque, a própria liberdade de religião, defendida pelo Estado brasileiro, prevê a necessidade de respeito àquilo que não é defendido pela sua crença, mas que para os demais é aceitável. A liberdade é para o indivíduo ter autonomia sobre si, independente da concordância dos demais.

Sendo assim, o argumento baseado em concepções teológicas não tem espaço no ordenamento jurídico, devendo ater-se à esfera do privado de cada um, uma vez que concepções próprias de uma religião ou de um grupo de indivíduos não podem ser impostas aos demais, conforme preza a liberdade de religião.

Da mesma forma a descriminalização do aborto não almeja impor ou induzir um determinado comportamento nas mulheres, que não desejarem realizá-lo.

A vida é direito fundamental, constitucionalmente expresso no artigo 5º da constituição federal de 1988 e deve ser protegido. No entanto, como qualquer outro direito possui limites. E ainda, a própria legislação infralegal prevê excludentes de ilicitude para o tipo penal do aborto, que na concepção deste trabalho, em si já revela o valor não absoluto conferido à vida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Questiona-se aqui, não o início da vida, como nem mesmo ousa a Constituição Federal definir, mas sim se deveriam as mulheres ser obrigadas pelo Estado a servir sua vontade, a serem escravizada pelas crenças e opiniões alheias.

Defende-se aqui um viés liberal, no qual a mulher deveria ser capaz de fazer o que deseje com seu corpo, não ser um mero útero à serviço da sociedade. (BARROSO,2016).

Jamais defenderia o assassinato de criancinhas ou bebezinhos como Maria Helena Diniz chama os embriões ou os fetos em formação. Nesse sentido, ressalta-se que mesmo com a eventual descriminalização da prática do aborto, esta não deveria ser feita de forma indiscriminada, pois deve haver limite de tempo: 12 semanas conforme definido na ADPF nº 442, e ainda, nos termos definidos por Flávia Biroli, deve vir acompanhada do apoio psicológico e médico à mulher que se submeter ao procedimento e do incentivo à educação sexual e ampliação do acesso a métodos contraceptivos.

Não há cabimento em limitar a liberdade da mulher ao ponto de ela não ter um dizer em uma questão tão decisiva como a de ter ou não um filho, que acarreta consequências que repercutem em todas as esferas da vida de uma mulher à curto e longo prazo.

É inquestionável a beleza da maternidade, e que as mães amam os filhos, às vezes mais do que a si mesmas, mas o Estado não deveria poder impor a maternidade como uma obrigação.



Sendo legal ou não, o aborto é uma realidade na sociedade civil como um todo, além disso, é uma prática comum e frequente entre as mulheres de todas as classes sociais, etnias e religiões. Sendo assim, o Estado possui o dever legal de lidar com essa problemática de forma realista, sendo que a questão principal que se impõe é se as mulheres irão morrer ou não realizando esses procedimentos.



## REFERÊNCIAS

- ARAGUAIA, Mariana. **Aborto**. 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1936/1860>. Acesso em: 17 ago. 2018.
- BAUBÉROT, Jean. 2005: **A laicidade**. Disponível em: [www.france.org.br](http://www.france.org.br) . Acesso em: 15 de mai. 2019
- BARBOSA, Renan. **É Proporcional Descriminalizar o Aborto?** 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/e-proporcional-descriminalizar-o-aborto-dalzqp59cv5yijt0l59faaqoj>>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Voto-Vista: Habeas Corpus 124.306**. Relator Min. Marco Aurélio. Pacientes Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante Jair Leite Pereira. Coator Superior Tribunal De Justiça. Rio De Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: limites da democracia no Brasil**. 1. ed. São Paulo :Boitempo, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial dos crimes contra a pessoa** [recurso eletrônico]. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BOITEUX, Luciana. GENRO, Luciana. RONDON, Gabriela. GUMIERI, Sinara. **AADPF 442: ousadia necessária para descriminalizar o aborto**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/15/adpf-442-ousadia-necessaria-para-descriminalizar-o-aborto/>>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF. 29 de maio de 2008. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 16 mai.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Nº54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal (12. abr. 2012). Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 17 mai. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus no 124.306**. Relator Min. Marco Aurélio. DOU. Brasília, 16 março, 2017, Seção 2, 149 págs. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/140090800/dou-secao-2-16-03-2017-pg-28>>. Acesso em: 18 mai. 2019

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus no 84.025**. Relator Min. Joaquim Barbosa. DOU. Brasília, 04 fevereiro, 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>>. Acesso em: 18 mai. 2019

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 – Petição Inicial**. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Débora e MADEIRO, Alberto Pereira. **Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional**. 2015.

DINIZ, Debora e MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, suppl.1, pp.959-966. ISSN 1413-8123. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002>.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

DWOKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004

GALLI, Beatriz. **Negative Impacts of Abortion Criminalization in Brazil: Systematic Denial of Women’s Reproductive Autonomy and Human Rights**, 65 U. Miami L. Rev.n 969 (2011).

GILABERTE, Bruno. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**. Parte Especial. 1 edição. São Paulo: Saraiva 2011

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte Especial, vol.2. 15 edição Rio de Janeiro: Impetus, 2016. pag 143-158.

IDOETA, Paula. Um ano após decisão do STF, aborto de anencéfalos esbarra em entraves. **BBC BRASIL**, são paulo, 27 maio 2013. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130522\\_anencefalia\\_abre\\_pai](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130522_anencefalia_abre_pai). Acesso em: 18 fev. 2019.

KOOGAN E HOUAISS.(1999). **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. Rio de Janeiro: Seifer.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamental à Vida** – São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. Pag. 33

MIGUEL, Luis Felipe. **Aborto e Democracia**. Universidade de Brasília. Revista Estudos Feministas. 2012

MIGUEL, Luis Felipe, BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. 1.ed. – São

Paulo: Boitempo, 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Atenção Humanizada ao Abortamento**. Norma Técnica. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 4 2ª edição. Brasília. 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, **Manual dos Comitês de Mortalidade Materna** (2007), disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/comites\\_mortalidade\\_materna\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/comites_mortalidade_materna_3ed.pdf). Acesso em: 29 de fev. 2018

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. v.2: parte especial**. São Paulo: 2007, p.69.

MUTO, Eliza ; NARLOCH, Leandro. **Quando a vida começa?**. [S. l.], 31 out. 2005. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>. Acesso em: 22 fev. 2019.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O nascituro e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. **Facts on Induced Abortion Worldwide**. [S.l.], 2008. (special report). Disponível, em: Acesso em: 21 fev. 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015.