



CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO

CURSO DE DIREITO

BEATRIZ BRUNA DA ROCHA

ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Fortaleza-CE

2020

BEATRIZ BRUNA DA ROCHA

ABOROTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Artigo apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO – como requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da Prof.^a. Me. Maria Neurilane Viana Nogueira.

Fortaleza-CE

2020

BEATRIZ BRUNA DA ROCHA

ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Este artigo científico foi apresentado no dia 16 de dezembro de 2020 como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO – tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Maria Neurilane Viana Nogueira.

Orientadora - Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof.^a Esp. Anna Cláudia Nery Da Silva

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof.^a Me. Isabelle Lucena

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

ABORTO: O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER.

Beatriz Bruna da Rocha

RESUMO

O presente artigo tem como objeto mostrar como a descriminalização do aborto é mais benéfica para nosso país, mostrando que a norma em vigor não se condiz com o tempo em que vivemos, com a modernização da nossa sociedade, e o direito de escolha da mulher, analisando as algumas importantes decisões tomadas a respeito do tema em diversos países. Entre o histórico de leis relacionadas ao aborto no Brasil, tanto no Código Penal do Império, como no Código Penal Brasileiro vigente hoje. Analise das formas permissivas da lei. Como o Poder Legislativo está tomando decisões em direção a legalização de forma extremamente lenta, mais tentando acompanhar a sociedade moderna. Uma vez que a legalização nos mostra ser mais benéfica trazendo a diminuição nos procedimentos. Por fim, notamos que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo ainda relutam bastante tratando o tema apenas quando se veem obrigados a enfrentar a situação, deixando as mulheres que não tem voz a mercê, vindo a caminhar para uma possível alteração na lei visto as últimas decisões.

Palavras-chave: Direito da mulher. Legalização do aborto. Saúde. Crime.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a Deus, por sempre me mostrar do que sou capaz, quando eu mesma por muitas vezes duvidei de mim. Por me sustentar todas as vezes que eu pensei em desmoronar. Por me mostrar que há um proposito e tempo certo para toda ação que acontece na terra.

A minha mãe, pai, e meu irmão Kauã, eu amo vocês e a base familiar que me deram é tudo pra mim, minha essência e referência de vida.

*Antônio Amirlando, você esteve ao meu lado nos anos mais cruciais da minha vida, e nos momentos mais difíceis que nunca imaginei passar, você me deu apoio e um colo pra chorar quando precisei, mas me deu também muitas das maiores alegrias que já vivi. Você surgiu em um momento em que me sentia perdida e me ajudou a tomar meu caminho para realizar meus sonhos. Você foi o único que **nunca** duvidou de que eu podia realiza-los.*

A Daysiane Alves, você foi a melhor amiga e colega de faculdade que poderia querer, nunca imaginei encontrar alguém que fosse madura e sensível a ponto de me entender nos dias em que não estava bem. E partilhar dos mesmos dramas que eu. (risos)

A Loraine Moraes, por ter sido amiga e paciente nessa minha reta final tão conturbada.

Aos meus irmãos, Alisson e Junior, mal posso acreditar que já se passou quase dois anos desde que vocês partiram, sinto imensamente suas faltas, mais sigo firme por saber que vocês hoje são meus anjos da guarda. Fico feliz em saber que hoje vocês estariam orgulhosos de mim.

1. INTRODUÇÃO

Durante anos a mulher vem lutado pelos seus direitos na sociedade, muitas vitórias foram conquistadas: direito ao voto, direito de dirigir, mas ainda não tem o direito de escolher o que fazer com o próprio corpo, não poder escolher qual o momento para ser mãe. Hoje escolher este momento é um crime previsto no nosso código penal:

Art.124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (Fonte: Código Penal Brasileiro, Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940).

É assegurado expressamente pela Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu 5º artigo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”, este artigo em si, é uma das “cláusulas pétreas”, e violar tal direito é considerado inconstitucional. Em complementação a este artigo da constituição temos o artigo 2º do Código Civil que os nascituros têm seu direito a vida desde mesmo a concepção no útero.

O Brasil assinou vários acordos internacionais de Direitos Humanos, sobre o direito à vida que garantem a sua inviolabilidade, entre eles está o mais conhecido assinado na Convenção Internacional dos Direitos Humanos, Decreto 678/1992, artigo 4º: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Este tratado tem caráter de norma constitucional, muitos dos mesmos países que também assinaram possuem uma legislação permissiva em relação ao aborto.

Não obstante, a proibição do aborto no Brasil, convivemos com um número cada vez mais alarmante de procedimentos abortivos clandestinos, os quais, comprometem a saúde e integridade física da mulher. Em contrapartida, em diversos países onde o aborto é legalizado, observa-se que o número dos procedimentos caiu quase pela metade, e o número de mortes ou complicações por procedimentos clandestinos chegou a praticamente a não existir. Um destes países é Portugal, onde não se faz muito tempo, cerca de 13 anos. Diversas mulheres brasileiras escolhem viajar a outros países onde a prática é permitida para a realização de tal procedimento, “em Portugal 379 brasileiras realizaram o procedimento no país”. (MIRANDA, Giuliana. 2018)

Outros países como Uruguai, considerado menos desenvolvido em comparação com o Brasil, possui uma das leis mais antigas de legalização do aborto, datada de 1938 que estabelece algumas condições, e em 2011 foi aprovado a lei do aborto voluntario até a decima segunda semana de gestação. Na Inglaterra, em 2006, O Supremo Tribunal decidiu que os menores de idade poderiam abortar sem a aprovação dos pais ou responsáveis. (TORRES, José. 2012)

Considerar o aborto um crime é mesmo o melhor para a mulher brasileira? Por que é tão difícil para o Brasil o descriminalizar o aborto?

Diante dessas questões, falar sobre o aborto no Brasil ainda gera grandes divergências, por um lado os que consideram vida desde o momento da introdução do embrião no útero, por outro lado, os que afirma que só a vida desde o momento em que o nascituro pode respirar, pois, a vida no útero é uma presunção, sem garantias de que este feto vá conseguir realmente chegar ao fim de sua gestação e nascer, por assim dizer, vivo.

Nesse sentido, é essencial discutirmos essa temática, tendo em vista que, a prática de aborto em países como o Brasil, tem se tornado um problema de saúde pública, justiça social e direitos humanos.

Essa pesquisa é do tipo dedutiva, com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica, baseada especialmente na legislação, doutrinas e jurisprudências.

Nesse sentido, elegemos como objetivo geral estabelecer uma visão geral sob a temática do aborto, trazendo as principais mudanças sobre o assunto ao longo do tempo e, em especial, o atual posicionamento do Poder Judiciário brasileiro. Neste quesito, os objetivos específicos são: traçar um breve histórico acerca do aborto; pontuar as lutas femininas ao longo da história; problematizar o direito da mulher ao próprio corpo; analisar os principais posicionamentos do Poder judiciário acerca da temática abortiva.

Diante do exposto, a primeira sessão se dispõe a apresentar a história do aborto e sua evolução ao longo do tempo no Brasil, bem como, pontuar as lutas femininas pelo direito ao próprio corpo. Na segunda sessão, adentramos a temática do direito da mulher em interface ao princípio da dignidade e ao direito à vida, para finalmente na última sessão abordarmos os principais posicionamentos do Judiciário Brasileiro acerca do tema aborto.

2. PRIMEIRAS NOÇÕES SOBRE ABORTO

Desde a antiguidade se houve falar no aborto, a origem da palavra vem do latim que descende de *aborior*, que historicamente conceitua de “*orior*”, ou seja, o oposto de nascer. Desta forma, o aborto significa a interrupção da gravidez, portanto, considera-se aborto o

procedimento viável e seguro até 20^o semanas de gravidez, após este período, é considerado parto prematuro. (BRUNA, Maria. 2011)

O ato de abortar é uma prática presente em várias culturas e épocas, de Gregos à Romanos. Chegando a ser citado até mesmo no Código de Hamurabi, antiga escritura feita pelos povos da babilônia do século V a.C., que utilizando-se de ervas, inserção de objetos cortantes, entre outras técnicas, não consideravam a prática um ato criminoso. (TEODORO, 2007)

A religião sempre foi um dos grandes repudiantes da prática abortiva, interferindo até mesmo na legislação, chegando a condenar as mulheres praticantes em uma época em que o papado se sobrepunha aos próprios reis, determinando severas punições, como cita o livro de Êxodo, capítulo XXI, versículos 22 à 25:

Se homens brigarem e ferirem uma mulher grávida, e ela der à luz prematuramente, não havendo, porém, nenhum dano sério, o ofensor pagará a indenização que o marido daquela mulher exigir, conforme a determinação dos juízes. Mas, se houver danos graves, a pena será vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão.

Na idade média era comum a misoginia (ódio contra mulher), ainda sim vivendo em um novo século, há resquícios do que se era aplicado pela Igreja Católica, a ideia de diminuição e submissão da mulher perante o homem, os deveres e obrigações da esposa com o marido, o fato de precisar da autorização do marido para intervenções cirúrgicas, um preceito arcaico mais que ainda sim é aplicado nos dias de hoje. O sacerdócio interferi nas relações matrimoniais ainda é corriqueiro, nos direitos sexuais e reprodutivos como defender a proibição de métodos anticoncepcionais, como o simples uso do preservativo. (GEVEHR, Luciano e SOUZA, Vera, 2014)

A menção criminosa ao aborto ocorreu ainda quando o Brasil era Império, a mulher que se propusera a realizar o procedimento não era condenada propriamente, e sim quem realizava o ato:

Art. 199 –Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas (Código Penal do Império, 1830).

Somente em 1890, no Código Penal da República Brasileira, foi tipificado pela mencionada pela primeira vez a previsão de crime ao ato da gestante praticar o aborto em si mesma. Desde então o não se alterou em quase nada a configuração deste ato, ainda sendo

tratado como crime e agora descrito nos artigos no Código Penal vigente desde 1940, conforme artigo 124, quando a gestora admite a responsabilidade, no artigo 125 quando é praticado por outrem mais sem a permissão da gestora e no artigo 126 quando praticado ainda por outrem mais com o consentimento da gestora, tratando o artigo 127 apenas das qualificações do ato criminoso, conforme artigos:

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Apenas alguns e restritivos casos são permitidos pelo código vigente, e ele está descrito no artigo 128:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A legalização do aborto passou a ser discutida vigorosamente após a década de 70, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou um de seus casos mais imponentes da história, *Roe versus Wade*. “Jane Roe” enfrentou a lei do estado do Texas que até então era bem similar a brasileira, permitindo o aborto apenas em casos de estupro, incesto ou preservar a vida da gestante. Roe aos 17 anos teve sua primeira gestação e entregou a criança para os cuidados da avó materna. Um ano após a primeira gestação Roe com 18 anos de idade, engravidou novamente, a criança foi entregue para adoção.

Aos 21 anos, Roe engravidou novamente, no entanto, desta vez estava decidida a não ter a criança, então seguindo o conselho de amigos, alegou que havia sido estuprada para receber a concessão para o aborto. Entretanto, como não havia provas, o Texas negou a permissão. Roe decidiu então ir à justiça em 1970, ainda sobre a alegação de estupro, no entanto, durante o processo nasceu o terceiro bebe de Roe que foi encaminhado novamente para adoção.

O Tribunal sentenciou a favor da demandante, mais recusou-se a alterar a legislação para legalizar o aborto. Seus advogados então decidiram recorrer, até que chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1973, por 7 votos a favor e 2 contra a Suprema Corte Norte-

Americana decidiu que “*as mulheres tinham o direito ao aborto, como consequência do direito à privacidade protegido pela Emenda nº 14 da Constituição norte-americana.*” (VÉRAS, Érika e BRAGA, Romulo.)

Por fim, destacou-se que era inconstitucional a Lei Estadual do Texas, modificando e dando independência para a mulher escolher seguir em frente ou interromper a gravidez limitando a escolha ao primeiro trimestre da gestação. E estipulou-se limites bem rígidos para a interrupção durante o 2º ou 3º trimestre de gestação.

Este julgamento foi de extrema importância, pois deu partida na modificação de todas as leis federais e estaduais que regulamentavam de alguma forma o aborto e que iam de contrário à decisão da Suprema Corte, sendo considerada a primeira descriminalização do aborto para os 50 Estados da América do Norte (os estados americanos têm autonomia para criar suas próprias leis), sendo o maior ponto de partida para o tema e sua legalização. (VÉRAS, Érika e BRAGA, Romulo.)

2.2 O CAMINHO DAS LUTAS FEMININAS

Durante a Revolução Francesa foi dado o pontapé inicial na luta das mulheres pelos direitos, mais foi somente com a Declaração de Direitos Humanos em 1948, que tiveram uma força maior.

Villela e Arilha relatou que simplesmente não havia diferenciação de gêneros, e sim uma única classe, a dos homens. Nessa classe única poderiam considerar as categorias homens completos e homens incompletos, enquadrando a mulher na categoria homem incompleto, devido a sua forma física e moral eram consideradas assim. (2003, p.95-105)

Após a década de 60, podemos notar algumas das “pequenas” mais, grandes conquistas que a mulher teve por meio de lutas e movimentos sociais. Coisas que hoje parece simples aos olhos de quem vê, mais que foi um marco para aquelas mulheres, o uso de anticoncepcionais era uma novidade que chegava as farmácias, mais que dava autonomia e revolucionava a autonomia sexual feminina. Logo vindo a surgir temas como o direito ao aborto e a esterilização.

Mesmo após esta vitória Buglione, diz que as mulheres continuaram a lutar, salientando seus direitos reprodutivos sexuais, em outras palavras, lutando pelo direito de escolher ter ou não ter filhos, deste modo a luta por serviços de saúde dignos. (2000, p.24)

A temática do aborto faz parte da história da humanidade desde que se possa documentar. Na década de 70, o assunto começou a ser debatido de forma intensa nos tribunais do ocidente,

quando o caso Roe contado acima contado, tomou conta da corte Americana.

Roe, foi apenas uma das inúmeras mulheres que lutaram por direitos básicos ao próprio corpo, abrindo portas para que no futuro toda mulher que quisesse ter esse controle não precisasse lutar por anos de forma desgastante nos tribunais.

3.DIREITO DA MULHER

Como já afirmava Maria Tereza Verardo (1987) *“O aborto não pode ser discutido sem que se leve em consideração a sexualidade, assim como procriar não pode ser encarado apenas como um serviço à sociedade.”*

Neste seguimento, devemos pensar: por que obrigar uma mulher a ser mãe, quando a mesma não se sente preparada, ou simplesmente, não quer ser mãe? O fato de o procedimento ser tratado como crime não impede que aconteça, assim sendo realizado de forma clandestina e sem o amparo que o procedimento requer. *O aborto inseguro no Brasil figura entre as principais causas evitáveis de morte materna* (GALLI; MELLO, 2008).

Com o passar dos anos a mulher foi adquirindo direitos civis que somente os homens tinham, é claro que há diferenças sim entre um homem e uma mulher, notório e visível: seu corpo. Sendo assim, por que homens que não gestam, não possuem um útero, não sabe das dores de uma mulher, continuam legislando sobre o que elas devem ou não fazer com seu corpo?

Vemos então que teoricamente a mulher deveria ter (como qualquer outro ser humano) o direito de escolher o que fazer com seu corpo, sendo assim a mulher que cumpri os requisitos estabelecidos no artigo 128 do código penal e tem a capacidade de escolher entre fazer ou não o procedimento nesta condições extremas, poderia escolher ou não também em “melhores circunstâncias”, dentro dos requisitos estabelecidos por ela para sua vida, falta de condições financeiras, abandono afetivo do “parceiro”, ou o simples fato de não querer ser mãe.

Rocha (2004) descreve que apesar de o embrião ser um ser humano, vivo, dotado de humanidade, ainda assim não é uma pessoa, assim, não tendo personalidade jurídica para exercer seus direitos, o que denota o estatuto constitucional da pessoa humana, já que a personalidade civil é o que defini em que momento a pessoa humana passa a ter a capacidade de direitos e obrigações no ordenamento civil, somente sendo adquirido no momento do nascimento com vida.

Devemos levar em conta que ser mulher é muito mais do que ser apenas um objeto reprodutor, e a partir do momento em que a mulher passa a gerar ao fim de 9 meses uma nova vida, passa a ser reduzida apenas a: mãe. Que deve passar a vida reproduzindo seres para que

um dia venham a ser mão de obra para um país!

Deste modo, instituições legislativas, executivas e até mesmo religiosas (em um país teoricamente laico), definem o útero como: “*algo que pode ser destacado, como parte autônoma, e não como integrante de um todo chamado corpo feminino [...] Nesse processo, perde-se a imagem de uma totalidade ordenada e organizada*” (Verardo, 1987, p. 5). Entretanto, o útero faz parte especificamente e apenas do corpo da mulher, e assim quando não há escolha do que fazer, o sentido de “direito próprio corpo” se perde completamente.

Em pleno século XXI a mulher que aborta, é vista e chamada pela nossa sociedade de criminosa, referenciando-se ao que chamam de assassinato. Mas será mesmo esse o caso, analisemos o que recentemente foi notícia o caso de uma menina de 11 anos que vinha a ser estuprada continuamente pelo tio, dentro da própria casa, talvez se a gravidez nunca tivesse acontecido o fato nunca seria descoberto. Como é de seu direito, a garota foi encaminhada a um hospital para realização do procedimento, que por fim o médico veio a se recusar em realizar o aborto por princípios próprios. Manifestações começaram a acontecer nas dependências do hospital em que a garota estava, sobre gritos de assassina vindo de religiosos, além do trauma passou por um constrangimento, pois foi necessária uma locomoção para outro hospital em outra cidade. Afirma Luciana Temer:

Toda violência sexual, principalmente contra meninas e meninos muito novos, tem consequências sérias para eles e para as famílias. E quanto mais notabilizado for o caso, pior. Esta menina vai ficar estigmatizada, essa família vai ficar estigmatizada com toda essa repercussão. (BBC NEWS, 2020)

Sabemos dos inúmeros casos de mulheres e crianças que são violadas sexualmente, não há como ter um número certo de casos já que muitos se quer são relatados. *Aproximadamente 180 mulheres são estupradas por dia, deste 53,8% são de menores de 13 anos* (fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019), dentre estes, 6 abortos são registrados por dia no Brasil em garotas com idade entre 10 e 14 anos. Deve-se questionar, em que momento se passou a encarar com naturalidade uma adolescente de 13 ou 14 anos grávida.

Apenas o nosso Código Penal fala sobre aborto no Brasil, sendo uma lei um tanto vaga e deixando margens para interpretações, já que falta mais aprofundamento, pois não determina quantidade de semanas, ou peso do feto para realização do procedimento. Somente normas médicas (1999) que determina a viabilidade até a 22ª semana, ou antes, de atingir 500 gramas. Por fim, na decisão, o juiz declarou que: “*a vontade da criança é soberana ainda que se trate de incapaz, tendo a mesma declarado que não deseja dar seguimento à gravidez fruto de ato*

de extrema violência que sofreu".

Melania Amorim, ginecologista e obstetra, defende que o aborto deve ser descriminalizado, pois se trata de uma necessidade pública para reduzir a mortalidade materna que ocorre derivado de procedimentos clandestinos. Ainda segundo Melania, a morte por aborto clandestino é a quarta principal causa de morte materna no Brasil.

A escolha de seguir com uma gestação deveria ser imprescindivelmente da gestora, a gravidez vai muito além de nove meses, dura uma vida toda. Pois, a mulher que escolhe seguir se depara com várias dificuldades pelo caminho, educação, economia, segurança. Muitas dessas mulheres que se tornam mães percorrem este caminho só, sem ajuda de algum companheiro ou familiar.

O aborto deve ser tratado como um fator de saúde pública, não deve ser considerado declarações religiosas neste aspecto, pois o Brasil é um país laico, suas leis não devem ser aplicadas com base no que a religião leva em consideração.

A ONG Mulheres Católicas pelo Direito de Decidir, alega que na religião católica o tema aborto é duvidoso, e que o Brasil como se trata de um Estado Laico não deve considerar qualquer influência de cunho religioso, assim resultando na diminuição de mortes por este fator (aborto clandestino).

Podemos notar que em certo ponto, a ciência, a religião e a lei chegam perto de uma conclusão: diminuir as mortes maternas. A simples descriminalização e regulamentação acarretaria diminuição no número de procedimentos clandestinos e em prevenção para que no futuro não haja reincidência.

3.1 O DIREITO DA MULHER A DISPOR SOBRE O PRÓPRIO CORPO E O PRINCÍPIO DA O DIREITO À VIDA: REFLEXÕES IMPORTANTES

A nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III, trata do Princípio da Dignidade da pessoa humana tendo como base e valor absoluto a ordem jurídica, ponderando ser de extrema importância por acarretar todas as garantias e direitos fundamentais. Como ponto de partida o direito à vida até o direito de plena realização.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Assim, Cretella Júnior comenta a respeito da Constituição Federal Brasileira de 1988, a

respeito do artigo 1º ao 5º LXVII:

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem descriminalização de cor, sexo, religião, convicção política, ou filosófica, tem direito a ser tratado, pelos semelhantes, como “pessoa humana”, fundando-se o atual Estado de Direito, em vários atributos, entre os quais se incluía dignidade do homem, relido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra este apanágio do homem. (1998, p. 132)

Entretanto, é difícil falar sobre dignidade da pessoa humana, uma vez que o princípio parte do nascimento com vida. O embate que se segue entre este princípio e o direito à vida, pode vir a acontecer quando ocorrer um choque entre morrer ou viver com dignidade.

Alguns defendem a ideia de que a vida sem dignidade não é uma verdadeira vida, razão pela qual seria plenamente aceitável a relativização do direito à vida. A outra corrente ideológica assevera que a vida é pressuposta lógico da dignidade da pessoa humana, ou seja, não há o que cogitar da vida ser digna ou indigna se não houver vida em si. Logo, advogam a tese de que o direito à vida não pode ser apequenado. (GONÇALVES, 2009)

Em uma analógica acerca do início da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da vida parte da tese em que sua iniciação a tal proteção começa do nascimento com vida. Levando como base desta analogia a nossa letra de lei constitucional (1988), que é clara no que tange a garantia de direito à vida está atribuída a pessoa humana (para considerar como tal, juridicamente: as nascidas com vida). Não permitindo “níveis de intensidade” quanto a sua proteção: ou é inviolável o direito à vida, ou simplesmente não é. Mesmo sendo ausente em relação à proteção constitucional, visto que não há bem jurídico, por assim dizer, poderá ser tutelado de forma inconstitucional pela legislação.

Deste modo, Vives Antón vós lecionais sobre:

O nascituro não é, pelo menos por si mesmo e de modo direto, um bem jurídico constitucional. E isto porque a Constituição proclama o direito à vida em relação às pessoas, condição que juridicamente só se alcança com o nascimento. E o mesmo ocorre com a proclamação da dignidade das pessoas. Por conseguinte, o nascituro não é pessoa a partir da ótica do ordenamento jurídico e a proclamação do direito à vida e da dignidade, não o atinge diretamente. Poderá arguir-se a necessidade de outorgar proteção jurídico penal ao nascituro e isso ninguém põe em dúvida. Mas, desde logo, técnica e valor ativamente falando, não é um direito constitucional. Pode e deve entender-se como um interesse ou bem jurídico, com certa relevância constitucional.

Então, no que tange ao nascituro, este não é titular de direito à vida, de acordo com os

preceitos estipulados pela Constituição Federal, uma vez que este até certo momento é incapaz de viver independentemente.

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: MARCOS IMPORTANTES

A legislação brasileira permite o aborto em apenas algumas situações específicas, gravidez que resulte em risco a vida da mulher se trata de aborto necessário, e as gravidezes resultantes de estupro vindo a ser o aborto sentimental ou aborto humanitário.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Entretanto, após analisar o Código Penal, vemos que este permite apenas os dois casos mencionados pelo art. 128, porém após a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54, consideramos mais um tipo de permissão para realização do procedimento.

A ADPF – 54 trata-se da permissão para realização de aborto em mulheres grávidas de feto anencéfalo, Antes só era possível diagnosticar a anencefalia após o nascimento do feto, porém com a tecnologia e a medicina mudando a cada dia, hoje com exames ainda no útero, na 12ª semana é possível realizar o diagnóstico. A anencefalia é um defeito congênito que se dá pela má formação do feto, onde ele não desenvolve cérebro e o cerebelo. Após a anomalia diagnosticada é possível prosseguir com um procedimento seguro. É claro que o assunto gerou polêmica, mais devemos analisar a expectativa de vida de um bebê anencéfalo.

José Roberto Goldim, professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 50% das mortes ocorrem ainda no útero, dos que chegam a nascer com vida, 99% morrem em seguida ao parto, dentre os poucos que restam vivem apenas por dias ou alguns meses. (TERRA, 2012)

A quem diga que mesmo se tratando de uma interrupção por conta de feto anencéfalo enfrenta diretamente o preceito de direito fundamental à vida em vista de outros direitos fundamentais, assim como o direito fundamental a dignidade humana. Será que levar uma gestação nestas condições sabendo do fim iminente e do sofrimento maior que virá, nesta situação, não seria melhor encerrar antes que se possa causar e fazer sentir-se dor ao feto? Este não seria esse o conceito de dignidade humana, evitar infligir dor a outrem.

Deste modo torna-se inevitável o confronto de interesses entre os direitos legítimos da mulher de modo que se desrespeite sua dignidade e infrinja seus direitos por parte da sociedade

que anseiam proteger, sem considerar nenhum aspecto de sua índole física ou da condição de sobrevivência.

4.1 O RECURSO ESPECIAL 1467888 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão por unanimidade, sentenciou um padre residente do interior de Goiás, a pagar por danos morais, uma indenização no montante de R\$ 60 mil reais por se colocar entre uma interrupção de gravidez mesmo tendo sido concedido autorização da justiça.

Luiz Carlos Lodi da Cruz, também padre, em 2005 ensejou na justiça ação de Habeas Corpus, de modo a interromper o procedimento abortivo de uma mulher com auxílio médico, o feto diagnosticado com Body Stalk (termo dado a uma síndrome que resulta em um conjunto de más formações que torna inviável a vida do feto fora do útero). Nos termos do Habeas Corpus oferecido pelo padre em favor do feto, afirmou-se que os pais praticariam um homicídio.

Os pais residentes da cidade de Morrinhos, cidade que se encontra a 128 km de Goiânia, ao saberem do fato da impossibilidade do feto de sobreviver fora do útero, adquiriram junto a justiça autorização para proceder com a interrupção. Já internada e medicada para a indução do parto, a gestante foi surpreendida quando tomou ciência da decisão do Tribunal de Justiça de Goiás favorecendo o pedido do padre que interrompeu a continuidade do procedimento.

A mulher, que já se encontrava em meio a dilatação, se viu obrigada a voltar para sua residência. Nos dias que vinham a seguir, oito para ser mais exata, com o auxílio do marido, angustiou-se até que se iniciou-se o parto em seguida retornando ao hospital. Logo após o nascimento, o feto não resistiu vindo a morrer.

Em frente a situação atípica, ferindo visivelmente o princípio da dignidade humana, o casal pleiteou ação por danos morais em desfavor do padre que até então era presidente da Associação Pró-Vida de Anápolis. Sem sucesso na ação na Justiça de Goiás, recorreram junto ao STJ.

Tendo em vista, profere-se breve trecho do voto da Ministra Relatora:

O intenso sofrimento vivido pela mãe, após o diagnóstico de uma síndrome que incompatibiliza a vida do feto com o ambiente extrauterino, é de tal quilate, que faz preponderar o particular direito dela à própria intimidade, liberdade e autodeterminação na condução de sua vida privada. Leia-se, também aqui, cabia só a ela, pela similaridade das condições apresentadas, dizer, diante de sua realidade emocional, da fé que professava, ou não professava, das expectativas que nutria, ou diante daquelas que deixara de alimentar, se deveria ou não interromper a gestação. A

interrupção da gravidez era um direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, na tentativa de obstar sua decisão.

Seguindo o voto da relatora, a ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma compreendeu que o padre excedeu-se do seu direito de ação violando os direitos da mulher grávida e de seu marido, fazendo-os com que passassem por sofrimento inútil, visto que não faria diferença entre interromper a gravidez e leva-la adiante não alterando seu resultado final. O padre por fim, condenado ao pagamento de R\$ 60 mil como indenização por danos morais, sendo acrescido ao valor, correção monetária e juros a contar do dia em que a mulher e seu marido foram forçados a deixar o hospital.

4.2 HABEAS CORPUS Nº 124306 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 29 de novembro de 2016, removeu o auto de prisão preventiva em vista dos pacientes que haviam sido denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, supostamente pelos crimes de aborto tendo a gestante permitido a realização do procedimento e associação criminosa, anteriormente conhecido como formação de quadrilha previstos nos artigos 126 e 288 do Código Penal.

Tendo ocorrido a prisão em flagrante, o juiz de primeiro grau concedeu liberdade provisória aos que foram acusados considerando que os atos infracionais mencionados são considerados de médio potencial ofensivo, avaliada com penas brandas. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, recebeu um recurso vindo do Ministério Público do Rio de Janeiro assim decretando de forma preventiva a prisão, mantendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Em 2014, o Ministro Marco Aurélio, relator do Habeas Corpus no Supremo, concedeu cautelar que revogava a prisão, num momento posterior estendida aos corréus e seus demais. O Ministro Luís Roberto Barroso, na mesma ocasião pediu vista. Além disso, Barroso enfatizou a necessidade de consultar a constitucionalidade penal instituída sobre os acusados. Disse ainda que: “No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”.

Segue adiante ementa do voto mencionado, ao qual foi acompanhado pela maioria dos Ministros da Suprema Corte:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios artigos. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, 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. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (Voto-vista no HC nº 124.306/RJ, Min. Luiz Roberto Barroso, Primeira Turma, STF)

O ministro entende que a necessidade de interpretar de acordo com a Constituição Federal dos artigos 124 á 126 do Código Penal, aos quais caracterizam o crime de aborto, a excludente do meio a junção voluntaria da gestação palpável no primeiro trimestre.

Embora nosso Código Penal de 1940, que é anterior a nossa Constituição de 1988, seguindo a jurisprudência do STF ao qual não se permite declaração de inconstitucionalidade da lei que é anterior a Constituição, assim o Ministro Barroso entende-se que a teoria não é de recepcionar. Ainda concluiu dizendo que “Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a

presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva”.

O Habeas Corpus decidido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tende sua eficácia em meio a *Inter partes*, deste modo, somente a paciente tem direito as determinações asseguradas constitucionalmente assim sendo a única beneficiada. Assim, a decisão não descriminalizou o aborto descrito nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro. Deste modo, no caso apresentado vemos a inexistência de ações de controle de constitucionalidade, tendo em vista que a matéria tenha eficácia *erga omnes*, devendo ser levantada mediante o controle da constitucionalidade.

Enfim, é dever salientar que diversos debates do meio jurídico a respeito do tema aborto, ainda se alongarão por anos afins. O Supremo Tribunal Federal divulgou que o assunto está na pauta, porém sem previsão de data para o julgamento. Uma análise que se refere ao aborto, por um lado, os casos sobre as mulheres infectadas pelo Zika vírus e por outro uma decisão dada pela Primeira Turma da Corte referindo-se à descriminalização do aborto até o terceiro mês gestacional, concedida pela maioria de votos.

4.3 EQUIPARAÇÃO DAS LEIS DE ABORTO NO MUNDO

Nos Estados Unidos da América, trata-se de regulamentação de forma estatal, desde 1973 sobre orientação da Suprema Corte depois do caso *Roe vs. Wade*, o procedimento se tornou legal em todo o país. Há diferenças porém nos quesitos para a realização, em alguns estados por exemplo é possível que seja feito o aborto até instantes antes ao nascimento, mais apenas em caso de risco para a mulher/mãe. Porém, desde 2010 alguns estados com inclinação mais conservadora e de sua maioria no legislativo se tratando de representantes do partido Republicanos, foram criadas cerca de 130 leis que tem o intuito de restringir o aborto. No estado do Texas, em outubro de 2013, aprovou-se leis que tendiam a dificultar a autorização do procedimento. Assim, como resultado após estas leis de endurecimento do procedimento constatou-se um aumento significativo de “autoabortos” no estado, em comparação aos outros estados dos EUA.

Já no Uruguai, a lei diz que qualquer mulher pode solicitar e realizar o procedimento sem nenhum impedimento até a 12ª semana de gestação. Em casos de gravidez resultante de estupro a lei autoriza até a 14ª semana de gestação. Entretanto, quando existe periculosidade de vida da mãe ou o feto está em má formação, o aborto pode ser realizado a qualquer momento da gestação. Desde 2012, quando a lei passou a vigorar, passado um ano de sua vigência foram realizados 6.676 procedimentos de aborto de forma segura sem nenhuma morte ser registrada.

(Fonte: Ministério da Saúde Pública do Uruguai)

Na Espanha, em dezembro de 2014, foi aprovada um projeto que tende a restringir a Lei Orgânica de Proteção aos Direitos Humanos, em que o procedimento abortivo era permitido há qualquer momento ou condição, que se encontrava em atividade até aquele momento. Desde então, após a modificação da lei, o aborto só é autorizado em caso de grave risco a saúde da mulher gestante, seja ela física ou mental. Em caso do feto se encontre de má formação, é necessário que a mulher comprove através de diagnóstico médico o risco de dano a sua saúde psicológica para só então obter a permissão de realizar o procedimento.

Na Argentina, a leis do aborto não é tão diferente da qual vigora no Brasil. Permitido apenas em caso a mulher corra risco iminente de vida, estupro, ou se tratando que uma mulher que julgue incapaz. Porém, o parágrafo que descreve o tema é base para que os juízes e médicos interpretem de forma atípica gerando polemica no meio. Um hospital de Buenos Aires em 2013, se negou a seguir adiante com um aborto, se valendo da lei utilizado costumeiramente por grupos conservadores. Deste modo foi necessário que o Ministério da Saúde de Buenos Aires intrometer-se para que a mulher conseguisse fazer valer seu direito e seguir em diante com seu aborto.

Em Cuba, a lei é uma das mais antigas, datando de 1965, garanti a mulher o direito de aborta se assim for sua escolha até a 10º semana de gestação. Desde que foi legalizada, os estudos no país mostram uma queda bastante significativa da mortalidade materna, seguida da abrupta diminuição na taxa de fecundação. Paraguai e Cuba vem a ser dentre os países da América Latina os únicos que permitem a realização do aborto em qualquer circunstância, dependendo apenas do desejo, vontade, da mulher.

A França, tem uma legislação bastante permissiva no que tange o assunto, assim permitindo o aborto até a 12º de gestação de modo que venha apenas a depender da vontade da mulher. A lei ainda assegura a mulher que irá fazer o procedimento aconselhamento pelo tempo que perdura o processo. Em 2015 a lei passou por uma modificação, até então a mulher tinha o consentimento mediante comprovação de “situação de desamparo”, e após a alteração bastou a mulher manifestar sua vontade de não seguimento com a gravidez.

A Inglaterra, País de Gales e Escócia, permite desde 1967 a realização do aborto até a 24º semana em qualquer circunstância, e após determinados casos, tais como risco de vida da mulher ou deformidade irremediável do feto pode ser realizado a qualquer momento.

Em países como Senegal, Filipinas, Egito, Iraque e Cisjordânia não há nenhuma hipótese de realizar o aborto independente de qual seja o motivo.

4.3 O PODER JUDICIÁRIO E SEU POSICIONAMENTO ATUAL

Para falar do atual posicionamento do Judiciário brasileiro é necessário que analisemos algumas de suas mais recentes decisões tomadas acerca do tema em questão aqui debatido.

A primeira discussão decisivas tomadas a respeito do tema pelo Supremo Tribunal Federal foi por meio do Recurso Especial 1467888, como já relatado aqui.

Logo depois deste caso, foi apresentado ao STF a ADI 3510 que tratava de células-tronco tendo como enfoco a Lei 11.105/05 propuseram ação direta de inconstitucionalidade com base no seu art. 5º:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O Procurador Geral da República alegou que o artigo citado vai contrariar “*a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica a preservação da dignidade da pessoa humana*”. Os Ministros sentenciaram a respeito do tema aborto que a probabilidade de se torna humano já é o bastante para encobri-la, infraconstitucionalmente, em desfavor de tentativas “*levianas ou frívolas*” de interromper a ordem fisiológica natural. Não devendo confundir de forma alguma as realidades, entre embrião, feto e pessoa, cada uma contínua com sua própria personalidade. Pois, o embrião não pode ser considerado uma vida pura, entende-se que a gestação humana deriva a princípio de um embrião, porém nem todo embrião humano vem a ser uma gestação humana, assim deixando de existir a concepção e nascituro, até o óvulo fecundado se aderir às paredes do colo do útero da mulher. Deste modo a lei não pode intervir nos direitos de uma gravidez, pois nesse cenário não há pretensão.

Logo após chegou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 54, já mencionado aqui. Distribuído para o Ministro Marco Aurélio, que concedeu a liminar pedida pela autora, que logo

após o Plenário cassou sua decisão monocrática (ADPF 54-QO), alegando que os procedimentos médicos realizados são irreversíveis. O Ministro Marco Aurélio se manifestou alegando que não está em pauta a descriminalização do aborto, pois existe claramente uma diferença entre ele e o parto em caso de anencefalia que é antecipado, destacou ainda que *“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível”*. Sendo a anencefalia uma doença incurável, e não havendo nenhuma possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica futuramente, *“O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”*.

Deste modo, o relator entendeu que não há base para alegar direito à vida ou quaisquer garantias para o indivíduo se tratando de um natimorto, pois a probabilidade de sobrevivência por mais de 24 horas é quase que inexistente, pois de outro ponto se trata dos direitos da mulher.

É importante reforçar, nas palavras do ministro, que o Brasil se trata de um Estado laico desde sua Carta Magna de 1891, desde sua transição de Império para República. *“O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”*.

Os Ministros Celso de Mello, Ayres Britto, Luiz Fux, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Carmem Lúcia seguiram a mesma compreensão do relator.

Importante ressaltar que cada ministro teve seu ponto de vista exposto, para Luiz Fux, essa ideologia de punição vai de contrarrio a sociedade moderna e não se atrela a *“necessidade de se reservar para o direito penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade”*. Colocou como caso de saúde pública a interrupção de fetos anencéfalo, atingindo quase sempre, mulheres pobres, assim devendo ter auxílio também da assistência social.

A Ministra Carmem Lúcia enfatizou em suas palavras que, *“não há bem jurídico a ser tutelado como sobrevalor pela norma penal que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez, até porque talvez a maior indicação de fragilidade humana seja o medo e a vergonha”*. Pois, segundo ela uma mulher que é impedida de interromper sua gravidez de feto anencéfalo, tem medo da situação que vem posteriormente, seja ele físico, psíquico ou da sanção que venha penalmente resultante de suas ações.

Enfim, o Ministro Ayres Britto realçou que a legislação brasileira oferece proteção para a mulher tomar suas próprias decisões, inclusive se ela escolher interromper a gestação resultante de feto anencéfalo. Em suas palavras, disse ainda que *“Se (a mulher) for pela interrupção da gravidez, (essa decisão) é ditada pelo mais forte e mais sábio dos amores: o amor materno”*. Pois, segundo ele *“o amor materno é tão forte, tão sábio, tão incomparável*

em intensidade com qualquer outro amor, que é chamado por todos de instinto materno". Finalizou ainda alegando que para a mulher, *"essa decisão é mais que inviolável, é sagrada"*.

É importante ressaltar aqui os motivos alegados para ser contrário ao termo. O Ministro Ricardo Lewandowski disse que *"não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da união legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos"*.

Já o Ministro Cezar Peluso ressaltou que do âmbito jurídico para que o aborto se concretize crime é necessário apenas que a vida seja ceifada, *"abstraida toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina"*. Partindo deste ponto, o aborto de anencéfalo se torna *"conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica"*. Entretanto, o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade *"são limitados pela existência das leis"*, pois segundo ele *não, à abertura* para liberdade jurídica quando o crime tipificado. Considera ainda que os pedidos de autonomia e liberdade do próprio corte são *"inócuos"* e *"atentam contra a própria ideia de um mundo diverso e plural"*. Assim considerando que discriminar o feto reduz *"à condição de lixo"*, desse modo não diferenciando em nada do sexismo, racismo ou especismo. Vindo a ser retratado em seu voto, *"a absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros"*.

Seguindo estas diretrizes, devemos observar se o Poder Legislativo está sendo objetivo e empregando no contexto nas circunstâncias brasileiras ou apenas se atrelando em questões filosóficas, assim como a apreciação jurídica do que seria ou não vida. Devemos então questionar qual a argumentação plausível o Estado por meio do Poder Legislativo defende? Claro que o Poder Legislativo tende como foco e característica principal sua majoração, indo de confronto a defesa que é claramente da natureza do Poder Judiciário.

A justificativa usada pelo Supremo Tribunal Federal para debater quase sempre a respeito de projetos de lei com enfoque na legalização ou facilitação do aborto, com uma análise empírica do Poder legislativo se baseia em preceitos morais, (sejam ele sexuais, raciais, religiosos ou de gênero), sem perspectiva de abertura para que haja as mudanças sociais necessárias, sendo debates sobre o tema ou opinião pública. Importante ressaltar que tal questão é consideravelmente imponente para a Corte e o Congresso analisar novamente tais decisões ou apenas tomar sua decisão baseada na maioria, podendo até mesmo representar as minorias se caso as decisões se baseiem em afirmações de estimativas.

Deste modo podemos alegar que a temática sobre o aborto vai contra a maioria, e, em simultâneo, representa a maioria (mulheres)? Analisando de forma superficial, poderíamos falar que o Poder Legislativo iria se pôr contra a maioria caso viesse a defender o direito fundamental

individualista que por um lado pede a legalização do aborto, e do outra parte da população que vai contra a prática do procedimento. Quando o Poder Judiciário se coloca nesta posição, saindo em defesa alegando direito fundamental fazendo a vontade da maioria da população, este seria o seu trabalho? Em contrapartida, quando o Poder Legislativo se coloca na posição que vai contra a vontade da maioria ao ponto de sair em defesa de questões polemicas, sejam elas, de cunho moralista tratando de religião, sexo ou gênero, ou qualquer outra que venha pesar seu valor, hipoteticamente estaria indo em favor a minoria, mais, na verdade, estaria exercendo seu direito de debater, dessa forma não estaria ele sendo propriamente autoritário e arbitrário? Pois, mais que essa seja a vontade da maioria, ainda sim estaria prejudicando uma minoria. Então estaria ele violando seus direitos de justiça? Não seria esse o papel do Legislativo? Ou praticar-lo seria apenas dever do Poder Judiciário?

Importante ressaltar que através destes pontos se faz essencial seu pragmatismo para que a questão tome relevância em prática e consequência. Podendo utilizar-se de audiências públicas, plebiscitos entre outras formas abertamente para que a população tome ciência dos fatos é dever do Poder Legislativo. Ignorar é ceder ao poder de expressar sua opinião. Pois, o indivíduo que não deve satisfações sobre suas demais decisões tendo como base a expressão do desejo da maioria ou vá levar em contar o momento seja ele político, social ou econômico que se vive, é quem exclusivamente no caso de aborto, realizou audiências públicas em detrimento a questão e se dispôs a ouvir a opinião da população.

Digamos que, o Poder Judiciário, ao qual não tem obrigação de fazer fez, mais o Poder Legislativo não fez. Nesta conjuntura qual foi a posição tomada pelo Congresso a respeito? Para que se pudesse entender a questão pautada, o que o Poder Legislativo fez? Defender a descriminalização do aborto ou sua continuidade como crime, mais sim se isso ainda é o melhor de forma benéfica. Assim vemos dois viés, onde a mulher pode decidir sobre seu próprio corpo se abortariam ou não isento de sanções legais pelas suas escolhas; de outro lado o Estado que enfatiza que a vida é um bem jurídico e assim tornando-o sua tutela importante. O poder do seu próprio corpo na sua mão, ou na mão do Estado.

Do ponto de vista constitucional, não vemos nenhum espaço para qualquer dúvida razoável sobre o aborto, pois está em conflito direito. O patriarcado opressor que impõe seus valores morais ultrapassados, visivelmente não está conseguindo influenciar. Os debates sobre o tema estão cada dia mais assíduos na justiça brasileira, se distanciando cada dia mais do que antes detinham o poder decisivo (Poder Legislativo), chegando cada vez mais no Poder Judiciário obrigando-o a tomarmos decisões que resolvam a tratativa, dentre elas, as de efeito vinculante, tais como as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do casamento civil

homoafetivo e o aborto de feto anencéfalo. Se tem como intuito privar a mulher ao direito de decisão sobre seu próprio corpo, não está dando certo, já que a cada dia que se passa o número de procedimentos abortivos clandestinos crescem, aumenta também o número de clínicas e pessoas sem qualquer conhecimento para realizá-los, que acabam resultando em complicações piores e chegando a morte.

A maior intenção não é saber se abortar é certo ou errado, se é pecado ou não, mais levar a debate o que nossa justiça faz, o mundo está mudando a cada dia que se passa, e o Poder Legislativo do Brasil está simplesmente parado no tempo quando se trata deste assunto. Indague-se, o que o Poder Legislativo pode fazer para que se centralize e discuta este tema?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de ser proibido e criminalizado no Brasil, não quer dizer que o procedimento não seja realizado, pois, mesmo correndo o risco de ser presa em selas com pessoas realmente perigosas, muitas mulheres ainda preferem arriscar e fazer o aborto. O número de casos que vem a ocorrer de forma clandestina não nos dar controle sobre a situação ou outra escolha como acompanhamento psicológico, ou encaminhamento para agências de adoções, onde nesse quesito nosso país se encontra defasado. Já que a falta de amparo e condições financeiras, estão entre os maiores motivos para que as mulheres optem por interromper a gestação.

Independente de qual punição será estipulada para estas mulheres, não vai impedi-las de abortar. O aceite do procedimento por estas mulheres nos indaga que há um fator maior do que o instinto da mulher, que naturalmente é o de ser mãe.

As finalidades educativas que se pretendem obter com o modelo penal atual não está a desempenhar os resultados que se era esperado, deste modo sendo completamente ineficiente nesta luta que a justiça cisma em ter contra o aborto. A legislação atual ficou parada no tempo, não acompanhando as mudanças e se adaptando aos moldes da sociedade que se modifica a cada dia.

O Código Penal Brasileiro é extremamente retrogrado quando o tema é aborto, seguindo os moldes conservadores de compreensão e costumes a época em que foi criado, 1940. Além dos diversos ramos que o tema engaja na sociedade, levando em consideração as ramificações morais, jurídicas, éticas, sociológicas e ideológicas entre outras. É de extrema importância ressaltar que a interferência religiosa em questões jurídicas de direitos individuais endossa a laicidade do Estado, pondo em risco a autonomia, soberania e independência para consolidar

sua própria colocação.

No presente momento, a grande maioria dos países tende o aborto como prática legal oferecendo apoio e auxílio a mulher, em sua maioria países com nível de desenvolvimento elevado. É claro que o simples fato a propensão internacional a legalização do aborto não exprimi que ocorreria o mesmo no Brasil, pois nosso Estado é independente para tomar suas próprias decisões e fixar seus posicionamentos.

Disto isto, é notório que as mulheres vêm garantindo tendo cada dia mais seus direitos sendo reconhecidos de forma gradual ao longo da história, uma vez que a mulher já foi considerada incompleta por não ser um homem e mera reprodutora, hoje vem tendo seus direitos essenciais garantidos com muita luta.

Indaga-se ainda se, deveria mesmo a mulher que aborta ser comparada com um “verdadeiro” criminoso. As pesquisas mostram que a legalização acarreta constante diminuição no número de procedimentos abortivos. Em determinados países a mulher arca com os custos do procedimento, gerando ainda uma renda para o país, e as que não podem pagar o governo presta um auxílio. Desta forma a mulher garantiria seus direitos e ainda geraria uma nova renda, invés de se gastar com remediações que venham a ocorrer devido a possíveis complicações pós-procedimento, e diminuindo a morte materna.

Observa-se que quanto mais dura é a lei proibindo o aborto maior é o número de procedimentos abortivos que acabam resultando em morte. A legalização traria segurança para a mulher que não precisaria mais viajar para outro país para realizar o procedimento seguro.

Por fim, conclui-se por meio desta pesquisa que o Poder Judiciário Brasileiro vem seguindo por um caminho tendencioso a alterar sua posição nos últimos julgamentos sobre o aborto.

ABORTION: WOMEN'S RIGHT TO CHOOSE.**Beatriz Bruna da Rocha¹****ABSTRACT**

The purpose of this article is to show how the decriminalization of abortion is more beneficial for our country, showing that the norm in force is not consistent with the time we live in, with the modernization of our society, and the right of women to choose, analyzing some important decisions made on the subject in several countries. Among the history of laws related to abortion in Brazil, both in the Penal Code of the Empire, and in the Brazilian Penal Code in force today. Analysis of permissive forms of law. Like the decrease in the number of procedures in countries where abortion was allowed. As the Legislative Power is making decisions towards legalization in an extremely slow way, more trying to keep up with modern society.

Keywords: Women's rights. Legalization of abortion. Cheers.

¹ Student of Law of the Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO.

REFERÊNCIAS

- ARAGAO, Nikolly. **A Descriminalização do Aborto no Brasil**. [S. l.], 17 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil/>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- AVILA, Sabrina. **DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DO ABORTO – UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA**. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://www.ucv.edu.br/fotos/files/tcc-ss-sabrina.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.
- ABORTO: Saúde muda portaria e desobriga comunicação à polícia em caso de estupro. [S. l.], 24 set. 2020. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/pais/aborto-saude-muda-portaria-e-desobriga-comunicacao-a-policia-em-caso-de-estupro-1.2992408?fbclid=IwAR2-8JGraS1EXTZkT7OTv0ox3sW3F22psbR11q4_IrIgYEIIaagFkW5nz6U. Acesso em: 26 out. 2020.
- O ABORTO e o direito à livre escolha da mulher. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/250815036/o-aborto-e-o-direito-a-livre-escolha-da-mulher>. Acesso em: 4 nov. 2020.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 17 nov. 2020.
- BRASIL, Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 17 nov. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Urgências e emergências maternas. Guia para diagnóstico e conduta em situações de risco de morte materna. Brasília (DF); 2000.
- CUNICO, Sabrina. Algumas considerações acerca da legalização do aborto no Brasil. **Mudanças – Psicologia da Saúde**, [S. l.], p. 113-121, 22 jan. 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229060473.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- CHADE, Jamil. **Portaria sobre aborto viola padrões internacionais, denuncia carta da ONU**. [S. l.], 16 ago. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/09/28/portaria-sobre-aborto-viola-padroes-internacionais-denuncia-carta-da-onu.htm?utm_source=facebook&utm_medium=social-media&utm_campaign=uol&utm_content=geral&fbclid=IwAR1Kpw1M9yn_9CCyA-adsmVeYeeLzb7FtRt5H3qZkDfc9nNsPLeiHOhKUEc. Acesso em: 20 out. 2020.
- CRISOSTOMO, Laina. Aborto como direito humano. *In: Justificando Mentas Inquietas Pensam Direito*. [S. l.], 30 nov. 2020. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/11/aborto-como-direito-humano/>. Acesso em: 2 nov. 2020.

DELLATORRE, Babi. **Legalização e Descriminalização do aborto: qual a diferença? Ou, com qual estratégia o movimento de mulheres deve lutar por seus direitos.** [S. l.], 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/Legalizacao-e-Descriminalizacao-do-aborto-qual-a-diferenca-Ou-com-qual-estrategia-o-movimento-de>. Acesso em: 6 nov. 2020.

GEVEHR, Daniel; SOUZA, Vera Lucia. AS MULHERES E A IGREJA NA IDADE MÉDIA: misoginia, demonização e caça às bruxas. **Revista Acadêmica Licencia & acturas**, [S. l.], p. 113-121, 1 jun. 2014. Disponível em: <http://ieduc.org.br/ojs/index.php/licenciaeacturas/article/viewFile/38/34>. Acesso em: 6 nov. 2020.

LIRA, Danielle. **CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO Reflexos da negação de direitos.** [S. l.], 2013. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/4349/1/DanielleAL_Monografia.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

MAGENTA, Matheus; ALEGRETTI, Lais. **Brasil registra 6 abortos por dia em meninas entre 10 e 14 anos estupradas.** [S. l.], 17 ago. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/08/17/brasil-registra-6-abortos-por-dia-em-meninas-entre-10-e-14-anos-estupradas.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1&fbclid=IwAR32vgnEXv0pO00HPlan1ePIIJH7sMBUP1Medzlu6FbtYZYmFcRHtaIMLpc. Acesso em: 6 nov. 2020.

POLEGATI, Gustavo Henrique Borges. **STF acertou ao descriminalizar aborto de anencéfalo.** [S. l.], 18 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/stf-acertou-descriminalizar-aborto-anencefalos>. Acesso em: 4 nov. 2020.

ROCHA, Beatriz. **LEGALIZAÇÃO DO ABORTO BENEFÍCIOS A LONGO PRAZO EQUIPARANDO O BRASIL A OUTROS PAÍSES. Conexão Unifametro 2019**, [S. l.], p. 1-8, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://doity.com.br/anais/conexaounifametro2019/trabalho/124589>. Acesso em: 15 set. 2020.

SGANZERLA, Rogerio. **ATIVISMO OU SEPARAÇÃO DE PODERES? ATÉ ONDE O ABORTO PODE PONDERAR?. TEORIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO**, Universidade Federal da Paraíba, p. 271-288, 5 nov. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7164e1051f613361>. Acesso em: 26 nov. 2020.

STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>. Acessado em: 17 nov. 2020.

STF - HABEAS CORPUS 124.306-RJ, Voto-Vista: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/11/16 Primeira Turma. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acessado em: 17 nov. 2020.

STJ - REsp 1.467.888-GO, Relator: Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1467888&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em 17 nov. 2020.

VERAS, Erika do Amaral; PALITOT BRAGA, Romulo Rhemo. MULHER E O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: A TUTELA DO ABORTO. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, [S. l.], p. 126-143, 30 dez. 2017.