



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRO-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO**

**A VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM VIRTUDE AOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

ORIENTANDA – JÚLIA LIMA FANTONI DE PÁDUA

ORIENTADOR - PROF. DR. GIL CESAR COSTA DE PAULA

GOIÂNIA-GO
2023

JÚLIA LIMA FANTONI DE PÁDUA

**A VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM VIRTUDE AOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso I, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientador: Dr. Gil Cesar Costa de Paula

GOIÂNIA-GO
2023

JÚLIA LIMA FANTONI DE PÁDUA

**A VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO EM VIRTUDE AOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA**

Data da Defesa: 17 de maio de 2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Gil Cesar Costa de Paula

Nota

Examinadora Convidada: Prof.^a Dra. Eufrosina Saraiva Silva

Nota

Dedico a presente monografia a duas pessoas muito importantes para mim e que não estão mais presentes, meu avô Marcello Bueno de Pádua e minha avó Maria Divina de Lima Borges, que infelizmente não conseguirão me ver apresentando esse trabalho, nem me formando, mas sou muito grata a eles por tudo que fizeram por mim e por terem estado ao meu lado até não poderem mais, sentirei eternamente suas faltas.

Agradeço, em primeiro lugar, à Deus, que me proporcionou todas as oportunidades para eu poder estar aqui e conseguir concluir esse trabalho com êxito. Em segundo lugar, a toda minha família que sempre esteve ao meu lado e me ajudou a passar por toda essa jornada sem desanimar ou desistir, principalmente aos meus pais Ana Paula e Marcelo, que a cada momento me falaram palavras de conforto e me levantaram quando algum obstáculo me derrubava no caminho. Em terceiro lugar agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Gil Cesar Costa de Paula, que nunca desistiu de mim e me apoiou em todos os momentos de produção desta monografia, sendo sempre muito atencioso e disponível. Por último, agradeço a mim mesma, pelo esforço que fiz para trazer o melhor de mim, pelas horas que fiquei em frente a tela do computador escrevendo e por nunca desistir do meu futuro e sonhos. A todos vocês meu muito obrigada!

EPÍGRAFE

“Fazer Direito

é evitar o monopólio de uma teoria.

Pois o Direito, na sua essência, é poesia.

É aquilo te liberta

e da indiferença te distância.

A discussão é aberta.

Opiniões mudam a cada dia.

A verdade, incerta.

A vida, uma ousadia.

Os corações estão em alerta

e as mentes em oferta.

Há sempre uma outra visão,

uma nova interpretação descoberta.”

- Rafael Clodomiro

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

- Theodore Roosevelt

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfica, fez um estudo sobre os princípios constitucionais que estão ligados ao aborto, sendo eles o princípio à vida e da dignidade da pessoa humana, buscando a solução dos conflitos existentes através da ponderação. Esses princípios serão ligados a liberdade e autonomia que a mulher deveria ter perante seu corpo e suas escolhas. Objetivando verificar e analisar a viabilidade da descriminalização do aborto, ligado, principalmente, aos Princípios do Direito a Vida e a Dignidade da Pessoa Humana. Perante essa perspectiva, analisa o direito à vida e relacionar com a questão do aborto, possibilitando um ponto de vista distinto do habitual, abrindo fronteiras para o pensamento crítico.

Palavras-chave: Aborto. Mulheres. Direito Penal. Princípios Constitucionais. Possibilidade de Descriminalização.

ABSTRACT

The present work of monographic research, makes a study on the constitutional principles that are linked to abortion, being them the principle of life and the dignity of the human person, seeking the solution of existing conflicts through weighting. These principles will be linked to the freedom and autonomy that the woman should have before her body and her choices. Aiming to verify and analyze the viability of the decriminalization of abortion, linked mainly to the Principles of the Right to Life and the Dignity of the Human Person. Given this perspective, it analyzes the right to life and relating it to the issue of abortion, allowing a different point of view from the usual, opening up frontiers for critical thinking.

Keywords: Abortion. Women. Criminal Law. Constitutional Principles. Decriminalization Possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO A VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
1.1 O PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA	12
1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	16
1.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: EXAME DA PONDERAÇÃO.....	18
2 CRIME DE ABORTO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO	21
2.1 ABORTO NECESSÁRIO OU TERAPÊUTICO	23
2.2 ABORTO HUMANITÁRIO OU ÉTICO	24
2.3 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO	26
3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ABORTO: VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO	28
3.3 ABORTO EM RELAÇÃO A SAÚDE PÚBLICA	29
3.2 A RELATIVIDADE DO DIREITO À VIDA NO CRIME DE ABORTO	30
3.3 A DIGNIDADE DA GESTANTE E O DIREITO DE ESCOLHA	32
3.4 VIABILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO	36
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A presente monografia procura analisar a viabilidade da descriminalização do aborto, que vem sendo colocado como uma prática ilegal e criminosa, porém, é um assunto que divide opiniões e gera enormes polêmicas, devido ao confronto direto com questões religiosas, principiológicas, morais, humanistas e éticas.

No presente trabalho há exposição do significado dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do direito a Vida, sendo isso ligado a compreensão desse assunto, principalmente no que tange seu relacionamento com o direito ao aborto, sendo apresentado sua relevância na vida dos cidadãos brasileiros e como se dá seu avanço civilizatório.

O direito à dignidade é identificado como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, não restando concretizado enquanto não se garantem outros direitos diversos, como por exemplo a liberdade e a igualdade, visto que estão relacionados ao direito à vida digna de todos os seres humanos. O aborto é um dos exemplos que são indispensáveis, pois pode ser percebido dois lados, o do direito a saúde mental e física da mulher e o direito à vida do feto.

Este estudo foi provocado por meio de parâmetros de pesquisa nos quais se procura examinar a importância do direito à vida e como os brasileiros estão tratando essa problemática atualmente. Deste modo, analisando de amplo aspecto, abordaremos a introdução do princípio da dignidade humana com o direito à vida nos dias atuais.

Está análise se trata de um assunto de extrema relevância jurídica e social, que está ligado ao poder de escolha da mulher na tomada de suas ações. Ademais, a legalização dessa prática teria inúmeros benefícios, como a diminuição de abortos feitos de forma clandestina que acabam desencadeando diversos problemas de saúde a mulher, podendo até mesmo chegar ao óbito.

O conhecimento sobre o tema foi adquirido durante todo o Curso de Direito, sendo ele abordado na Constituição Federal, no Código Penal e no Código de Processo Penal. Por ser um tema bastante polêmico, não há tantas pesquisas na área, porém, há bastante Artigos em que autores abordam como seria essa legalização e o porquê ela deveria ocorrer.

Ademais, será mostrado que o a discussão sobre o aborto no Brasil não está ligada apenas aos conflitos que ocorrem entre os movimentos feministas, entidades religiosas ou grupo

políticos, ela engloba elementos muito mais sérios como a construção da Democracia, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais a todos, como o direito à vida e a dignidade da mulher.

Nesta pesquisa será trabalhada as principais questões ligadas ao aborto, enquanto questão de saúde pública, mostrando que o aborto já é uma realidade em nosso país, não devendo ser negligenciada ou ignorada, já que afeta milhares de mulheres, tendo, com isso, que ser um assunto colocado em pauta para ser debatido.

O tema abordado será algo de suma importância, pois não falará apenas dos Direitos das Mulheres, mas também sobre o poder de escolha de cada cidadão, a saúde pública, a importância da informação, a diferença social presente na sociedade.

Partindo dessa visão, pode ser visto que o aborto, mesmo que ainda não seja legalizado, já é algo quem vem sendo praticado em nossa sociedade, porém, quem acaba sofrendo mais com essa criminalização são as pessoas de baixa renda, pois são elas que não terão acesso a hospitais de qualidade, gerando um grande risco a saúde dessas mulheres.

Por fim, quanto mais falarmos e discorreremos sobre o assunto, trará novas visões a sociedade, podendo mostrar um ponto de vista diferente do habitual, ampliando o conhecimento dos leitores, demonstrando como é importante que a legalização do aborto seja implementada, para que as mulheres brasileiras tenham a oportunidade de exercerem livre escolha e que, além disso, elas possam zelar de sua saúde física e mental.

A metodologia utilizada no trabalho limita-se à natureza do objeto da investigação e aos objetivos traçados de forma a compreender de forma plena e rigorosa a realidade proposta a ser analisada, até porque a seleção do método é baseada na definição dos objetivos.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO A VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não há o que se questionar no que tange ao fato de os direitos fundamentais terem surgido com a intensão de organizar o ambiente em sociedade, onde há o reconhecimento de direitos, porém, também existe a limitação quando necessário, com a intenção de as ações dos indivíduos e do Estado não sejam realizadas de modo ilícito.

Deste modo, é possível perceber que os princípios fundamentais e os direitos e garantias que estão propostos na Constituição são pilares do ordenamento jurídico, sendo que neles é apoiada a necessária segurança jurídica.

Os Princípios Constitucionais são um conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição. Na atualidade, ocupam um lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito aos princípios fundamentais da Constituição.

Este pensamento está consolidado, sendo ele utilizado de forma ampla pelos juristas e intérpretes da lei. No entendimento de Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim (2008, p. 70):

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus afins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

No que tange aos princípios fundamentais da Constituição, podemos ver o pensamento de Luís Roberto Barroso (2006, p. 375) que diz:

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político.

Os princípios constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana são, de certo modo, os mais importantes atualmente, em que é possível identificar que nada é decidido em termos jurídicos sem que eles sejam levados em conta, principalmente no que tange

o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo várias jurisprudências que utilizam desse princípio em sua decisão.

Um caso que pode ser citado é o aborto feito em caso de feto anencéfalo ou de estupro, em que sua descriminalização foi traçada nesse princípio, inclusive com ampla jurisprudência. No que diz respeito ao direito à vida, sua importância não é alvo de questionamento, não sendo de forma acidental que ele apareça em primeiro lugar no rol de garantias estabelecidas no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna coloca como uma cláusula pétrea o direito à vida, sendo ele uma garantia fundamental. Ele diz respeito ao direito supremo de continuar vivo ou de estar vivo, dessa maneira, é o primeiro direito do ser humano.

Nos dizeres de Moraes (2007, p.46) "[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de ter ampla aplicação, é atributo inerente ao ser humano, que segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 46) "[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida".

1.1 O PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA

O artigo 5º da Constituição Federal aborda o princípio do direito à vida, onde nele diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

O direito à vida se resume, de forma inicial, a existência do ser humano, mostrando assim o motivo pelo qual ele é um dos princípios mais importantes consagrados pela Constituição Federal.

O conceito de vida dado pelo professor José Afonso da Silva é:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura

com a concepção (ou germinação²⁸ vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.

Este conceito também é abordado pela Ministra Rosa Weber (2013, p. 110-111) no acórdão presente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), publicado no dia 30.04.2013, diz que:

Vê-se que o conceito de vida, não delimitado pelas normas civis e penais, tratado como presença de atividade cerebral pelo Biodireito, é entendido como dependente da possibilidade do desenvolvimento de propriedades intrinsecamente humanas no âmbito do Direito Constitucional, em conformidade com o decidido na ADI n. 3.510/DF, características essas que não são apenas a presença de aspectos da genética humana, mas a capacidade dessas particularidades se desenvolverem em capacidades físicas e psíquicas mínimas que permitam identificar um indivíduo como pertencente ao universo humano.

Desta maneira, aquele que atentar contra a vida de outrem poderá ser penalizado, já que o direito à vida é um bem jurídico quem tem sua tutela feita pela Constituição Federal.

O aborto seria um desses casos, pois existe a proteção à vida intrauterina, é crime previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal e por ser crime contra a vida com previsão expressa no ordenamento jurídico, fica submetido à competência do Tribunal do Juri.

O aborto é conceituado por Fernando Capez (2004, p. 108) como:

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

No mesmo sentido, Bitencourt (2011, p. 160) afirma que “o Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para embrião este para feto, constituindo a primeira fase da formação da vida”.

Todavia, por mais que o aborto seja considerado um crime expresso no Código Penal, ele é praticado todos os dias por mulheres que possuem uma gravidez indesejada ou que veem nele sua única escolha. Na maior parte dos casos, não há nem mesmo o conhecimento da justiça sobre o ato praticado, sendo ela acionada apenas quando algo dá errado, gerando graves lesões à gestante ou ainda, seu óbito.

A punição aplicada nesses casos se trata da proteção ao direito à vida que está sendo gerada, a proteção é feita desde a concepção e qualquer ato que enseja em sua violação é passível de reprimenda estatal. Assim sendo, um dos casos em que não se autoriza o aborto é o de eugênicos, pois, mesmo que o feto possua alguma anomalia, se possuir a possibilidade de haver vida extrauterina viável não é autorizado, somente em casos que a gravidez gere risco para a gestante, caso em que pode ocorrer o aborto necessário.

No mesmo pensamento incorre a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO. PEDIDO DE INTERRUÇÃO DE GESTAÇÃO (ABORTO). FETO PORTADOR DE ARTOGRIPOSE. - A espécie não trata do denominado aborto necessário, o qual é praticado para salvar a vida da gestante. Se este fosse o caso, desnecessária seria qualquer autorização judicial. Com efeito, em caso de aborto necessário (art. 128, inc. I - "se não há outro meio de salvar a vida da gestante"), conforme leciona Edgard de Magalhães Noronha, "É ao médico que cabe a enorme responsabilidade de dizer se deve ou não sacrificar a spes personae. A ele incumbe pronunciar-se acerca da necessidade e do momento da intervenção." Neste caso (aborto necessário), com bem explanou o Professor Dílio Procópio Drummond de Alvarenga, "O pedido deduzido em juízo é desnecessário". - Em relação ao aborto eugênico - interrupção da gestação fundada na circunstância de que o futuro ser vai trazer consigo doenças ou anomalias graves - temos lição dos Professores Antônio José Eça, Delton Croce e Delton Croce Júnior. - Nélson Hungria afirma: "O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico ...". Em igual sentido, Edgard de Magalhães Noronha: "Não é o aborto eugenésico admitido por nossa lei."; e, Cezar Roberto Bitencourt: "... o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado aborto eugenésico, mesmo que seja provável que a criança nascerá com deformidade ou enfermidade incurável.". Quanto ao ponto temos, ainda, precedente do Superior Tribunal de Justiça: HC XXXXX/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ. - Por outro lado, é verdade que o Pretório Excelso, em recente decisão, por maioria, deixou assentado: "ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - MULHER - LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME - INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal." (ADPF 54, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG XXXXX-04-2013 PUBLIC XXXXX-04-2013) - Filiamo-nos, contudo, as lições anteriormente colacionadas. É que mesmo com os olhos voltados para a Constituição Federal e tendo em conta os princípios enunciados - "O Brasil é uma república laica"; LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA - SAÚDE - DIGNIDADE - AUTODETERMINAÇÃO -, pensamos que a nossa Carta Magna garante, como bem maior, o DIREITO À VIDA. - Com efeito, o art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao enumerar os principais direitos individuais e coletivos, garante, em primeiro lugar, a todos, "...aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida ..." (sublinhamos). Não poderia ser diferente, pois, há muito, Sahid Maluf - discorrendo sobre os direitos fundamentais do homem, mais precisamente "direitos naturais da pessoa humana" - lembrou: "É de evidência axiomática - frisa Nogueira Itagiba - que excluído o direito à vida, não necessitaria falar em direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade." - Não podemos olvidar, ainda, que, quando do julgamento da ADPF 54, o Ministro Celso de Mello, embora formando a maioria, consignou: "Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. Reconheço, por isso mesmo, para além da adesão a quaisquer artigos de fé, que o direito à vida reveste-se, em sua significação mais profunda, de um sentido de

inegável fundamentalidade, não importando os modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, pois - qualquer que seja o contexto histórico em que nos situemos - "o valor incomparável da pessoa humana "representará, sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais. "O Ministro Cezar Peluso, que formou a minoria, também proclamou:"(...) a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos." - Não podemos esquecer, por todos, a lição da pena brilhante do mestre Hungria, que já havia assentado: "Como diz Impallomeni, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida." - Além disso - mesmo com entendimento diverso do que restou, por maioria, assentado na ADPF 54 - é importante consignar que o lá decidido não tem aplicação ao caso em exame, pois a espécie não trata de anencefalia. Lembramos, neste passo, a advertência contida no voto da Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento da ADPF 54: "A presente arguição não contempla, como erroneamente poderia alguém supor, proposta de descriminalização do aborto. Circunscreve-se à possibilidade legal de optarem as gestantes pela interrupção de gravidez de feto anencéfalo, assim diagnosticado por médico habilitado, sem incorrer em crime ou ter de se submeter a penalidades juridicamente impostas." (sublinhamos) - Resulta, daí, que por tal fundamento a pretensão não merece acolhida. - Resta, por fim, verificar se o caso trata de pedido de aborto cujo fim é salvar a gestante de enfermidade grave (de perigo próximo a vida da gestante), ou seja, outra das modalidades do denominado aborto terapêutico, como informa o Professor Antônio José Eça: "Existem duas modalidades distintas de aborto terapêutico: - o aborto chamado necessário, que se pratica para salvar a vida da gestante; - o aborto cujo fim é salvá-la de enfermidade grave." Quanto ao ponto - ou seja, existência de perigo próximo à vida da gestante - temos como importante lembrar passagem do voto do Ministro Cezar Peluso (ADPF 54). Em relação ao aborto profilático (preventivo), temos, ainda, a lição do mestre Hungria que o definia como modalidade de aborto necessário. - A questão, quase sempre envolvendo peculiaridades, não se mostra de fácil solução. - Esta Câmara já enfrentou a matéria em diversas ocasiões, sendo que em um dos últimos julgados (Apelação Crime XXXXX, de 12 de abril de 2012), embora a decisão tenha sido unânime, o deferimento do pedido se assentou em fundamentos diversos. Na Apelação Crime N° 70048297840, mais recente (j. em 10/05/2012), também se tratou de aborto terapêutico, conforme se verifica na seguinte passagem da ementa: "Quanto do julgamento da apelação anteriormente mencionada, após desacolher o pedido fundado no denominado "aborto eugenésico"- isto é, tão somente pela mal-formação do feto - , restou abordo matéria relativa aborto terapêutico" (fundamentação reproduzida) - No caso sub judice, então, devemos considerar o consignado no documento juntado a fls. 30, que atesta que o procedimento é necessário e deve se realizar"... COM BREVIDADE SOB PENA DE RISCO DE MORTE DA PRÓPRIA MÃE". - No caso sub judice, contudo, não restou demonstrado, com a certeza necessária - como nos precedentes anteriormente citados -- que se faz necessária a interrupção da gravidez para salvar a gestante de uma enfermidade grave, ou seja, a existência de um perigo considerável a saúde, que acarrete perigo próximo à vida da gestante. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Crime N° 70056632276, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 24/10/2013)

Com a leitura do julgado, nota-se a proteção à vida do ser em formação. Contudo, a proibição dessa prática não é absoluta, existindo algumas ressalvas no Código Penal, como aqueles em que a gravidez é resultante de estupro, previsto no artigo 128, I e II e em caso de gravidez de fetos anencéfalo e em casos em que a gravidez gere riscos a vida da gestante. Logo, o ato não deixa de ser um fato típico, porém, não é cabível a aplicação de punição.

Apesar de a proteção à vida ser um dos princípios pilares presente na Constituição Federal, ele não é absoluto, visto que ele pode ser revisado em detrimento de outras garantias e direitos existentes, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana se destaca em nosso ordenamento jurídico, já que se trata de um aspecto muito importante, sendo considerado na interpretação jurídica de muitos casos. Este princípio está presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que o traz como um de seus pilares na construção do Estado Democrático de Direito, trazendo em seu conteúdo a caracterização de que, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 111), “é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

Deste modo, a Dr. Ives Gandra Martins Filho diz que “é a dignidade essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica”.

No mesmo sentido, Scarlet (2007, p. 113) entende que a dignidade da pessoa humana é inerente a todos os seres humanos, sendo ela irrenunciável e inalienável:

Cumprido salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Está, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece respeita e protege, mas não que ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Na concepção apresentada por André Ramos Tavares:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung

des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza”

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana é algo inerente ao ser humano, dando autonomia a pessoa para que ela faça aquilo que acredita ser essencial para sua vida e lhe proporcionando respeito. Nos dizeres de Moraes (2005, p. 128-129), esse princípio fundamental se constitui “em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais [...]”

Esse princípio visa a proteção do direito da pessoa de tomar suas próprias decisões, preservando sua vontade e livre arbítrio no que diz respeito a sua vida, sem que a ela seja imposto algo. Ademais, ele busca garantir o respeito a integridade física, moral e corporal do ser humano.

O motivo da não punição do aborto em caso de estupro advém justamente desse princípio, pois é algo desumano impor para uma mulher que passou por essa violência a obrigatoriedade de gerar esse feto, de ser lembrada a todos os momentos os traumas que passou. Quando uma mulher é violada, a primeira coisa que ela perde é seu poder de escolha, se retirarem a escolha de manter o feto ou não, seria o caso de deixá-la totalmente impotente em seu próprio corpo e vida. Deste modo, é colocado o feto como uma constituição de indignidade pelo que sua genitora passou, mesmo que ele tenha seus direitos constituídos, porque o risco de que a mãe descarregue no filho todos os traumas que passou, ainda mais por ver no filho o rosto do homem que a estuprou, é muito grande.

Além disso, a decisão da descriminalização do aborto de fetos anencéfalo também parte deste mesmo princípio, pois a partir do momento em que a gestante descobre que carrega um feto sem vida em seu ventre, ela adquire a possibilidade de escolher se quer continuar com ele até o parto ou se ela prefere não postergar o sofrimento e retirá-lo com antecedência, já que não a chances de sobrevivência do feto e pode gerar riscos a vida da gestante.

Caso fosse imposto a mulher que continuasse com essa gestação, seria um sacrifício desrazoável, indo em desencontro a tudo que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe, contrariando também a própria Constituição Federal. O Ministro do STF, Marco Aurélio de Melo diz em seu voto da ADPF nº54 que:

A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema

constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura [...] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Pode ser percebido que, na situação de que a mulher foi estuprada ou que ela carrega em seu ventre um feto anencéfalo, que não possui a possibilidade de viver, é sempre feita a proteção do direito da mulher a sua dignidade e livre escolha.

Contudo, acabam ocorrendo alguns conflitos referentes a diferentes princípios fundamentais, e para que esses conflitos sejam solucionados é utilizada a técnica de ponderação, pois se referem a princípios que possuem a mesma força e regras da mesma hierarquia.

1.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: EXAME DA PONDERAÇÃO

Em muitas ocasiões o julgador fica responsável por tomar a decisão de qual direito é mais relevante, para assim poder aplicar sua sentença. Esse cenário não se difere do que no que diz respeito aos princípios fundamentais, pois essa divergência também ocorre entre eles, sendo que o julgador terá que optar em aplicar aquele que se sobressai mediante o outro no que tange o caso jurídico específico.

Quando há a colisão desses princípios, para que seja feita a resolução do conflito, deve-se utilizar da técnica de ponderação que, de acordo com Barroso (2009, p. 332) é:

A técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional.

No mesmo sentido, Bomfim (2008, p. 50-51) afirma:

A ponderação, critério utilizado para a aplicação dos princípios, busca estabelecer o grau de importância de cada um dos princípios contrapostos, visto que não se pode afirmar que exista qualquer critério que permita se afirmar a superioridade de um princípio sobre outro.

Há um consenso entre os doutrinadores de que, para que não tenha que haver um descarte de um princípio sobre o outro, ou seja, aplicar as técnicas de ponderação, eles deverão tentar fazer com que os direitos conflitantes se harmonizem ou combinem.

Entretanto, não é sempre que se faz possível que haja essa harmonização em direitos conflitantes e nesse caso, terá que ser utilizada a ponderação. A Ministra Rosa Weber (2013, p. 128) em sua manifestação na ADF nº 54 sobre a ponderação afirma:

Não obstante os dois critérios de realização fática, pode ocorrer que os dois princípios se mantenham aplicáveis ao caso, o que leva à situação de um deles vir a limitar o âmbito de atuação do outro. Esse é o limite jurídico, que, de acordo com o modelo teórico da ponderação, deve ser resolvido pelo chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. É a técnica de aplicação deste terceiro subprincípio que demanda a ponderação de valores. Apesar da denominação, diante de tudo o que foi dito acima sobre regras e princípios, estes devem ser concebidos com regras de otimização de condutas para a máxima realização dos valores que os sustentam. Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. Esse padrão compartilhado tem a ver com as razões que levam a racionalidade a se inclinar para um lado em detrimento do outro, para o reconhecimento de que, naquela circunstância específica, é mais consentânea com o ordenamento jurídico aquela decisão.

Surge então um questionamento, caso haja uma colisão entre os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, qual dois prevaleceria sobre o outro? Ora, de primeira vista escolheríamos o direito à vida, pois sem ele nada existiria, ela é o primeiro direito a ser levado em conta.

Todavia, todos os direitos fundamentais devem ser levados em consideração quando se trata de uma colisão direta com outro direito relevante que possa gerar lesão ou ameaça de lesão. Ademais, se levarmos em consideração que existem casos em que o aborto é permitido, o direito à vida não é absoluto.

Quando dois princípios tão relevantes como a dignidade da pessoa humana e do direito à vida se colidem, a responsabilidade é ainda maior e a decisão mais difícil, pois afirmar

qual deles teria maior peso em certo caso e a justificativa pela qual um foi escolhido em detrimento do outro só adiciona um maior peso a decisão.

Nesses casos acaba ocorrendo a ponderação, onde se busca analisar de maneira profunda os valores envolvidos em tal conflito.

Um exemplo que pode ser mencionado é o aborto em caso de estupro, havendo um conflito entre a dignidade da mulher e o direito a vida do feto, porque seria injusto com a gestante fazer com que seja obrigada a ter um filho que foi gerado por uma violação, mas ao mesmo tempo se considera que o feto é protegido pela nossa legislação e tem o direito à vida.

Porém, quando analisamos este caso mais a fundo, podemos perceber que, neste caso, o direito a dignidade da mulher foi prevalecido sobre o direito à vida do feto, tendo ela então a possibilidade de realizar o aborto sem infringir nenhuma norma.

De outra forma, o aborto quando praticado pela gestante que não quer levar a gravidez a diante, mas não possui nenhum risco de vida ou de saúde para a mesma, já considerado um ato ilícito, pois o aborto é descriminalizado apenas em alguns casos especificados em lei.

Posto isso, a aplicação da ponderação é essencial para que conflitos que ocorrem entre dois princípios tão importantes e que não possuem uma hierarquia, sejam sanados, devendo ela ser utilizada, através da avaliação do caso concreto em questão, como um instrumento para que o julgador possa por aquela que suas razões possuam um maior peso.

2 CRIME DE ABORTO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO

Aborto, segundo Hélio Gomes, em seu livro Medicina Legal, “é a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto.”.

É possível encontrar textos e legislações que discorrem sobre o aborto desde a antiguidade. Em Roma, por exemplo, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não tratavam sobre o aborto, já que, para eles, o feto seria parte do corpo da mulher e não um ser autônomo, dessa maneira, a gestante que fazia o aborto estava apenas dispendo de seu próprio corpo.

Posteriormente, houve uma mudança nesse pensamento. Quando a sociedade passou a pensar que a mulher tinha como propósito servir ao homem, a prática do aborto passou a ser considerada como lesão do direito do marido a prole e com o rápido aumento do cristianismo, o aborto passou a ser visto como algo ruim pela sociedade.

Pierangeli (2007, p. 62) traz o entendimento de que somente com o surgimento do cristianismo o feto passou a ser considerado “como criatura de Deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito.”

No Código Criminal do Império de 1830, o aborto, quando praticado pela própria gestante, não estava previsto como crime, sendo apenas criminalizada quando essa conduta era praticada por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Somente com a promulgação do Código Penal de 1940, que o aborto passou a ser tipificado nas figuras de aborto provocado (CP, art. 124), aborto sofrido (CP, art. 125) e aborto consentido (CP, art. 126).

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 164) diz:

O Código Penal de 1940 foi publicado a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram-se mais de sessenta anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológico, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

Na atualidade, o bem jurídico que é tutelado pelo Direito Penal, no que diz respeito ao aborto, é a vida do feto, considerando-o como um crime contra a vida, dessa forma, quem o comete estará sujeito ao Tribunal do Júri.

Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 165) indaga que:

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.

Assim sendo, para que o aborto se torne um crime punível, é necessário que de exista alguns requisitos, como que ele seja provocado ou pela gestante ou por um terceiro com ou sem o consentimento da mesma; que haja a existência de uma gravidez em curso, já que ele se dá apenas até minutos antes do parto, pois a partir do momento do nascimento passa a ser considerado como infanticídio ou homicídio, tranco o bem jurídico tutelado.

Existem alguns meios que podem ser utilizados para a realização do aborto, segundo Fernando Capez (2014, p.144) são eles:

- a) **meios químicos**, são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estriquina, ópio etc.;
- b) **meios psíquicos**: são a provocação de susto, terror; os físicos, sugestão etc.;
- c) **meios físicos: são os mecânicos** (p. ex., curetagem), térmicos (p. ex., aplicação de bolsa de água quente e fria no ventre); e elétricos (p. ex., emprego de corrente galvânica ou farádica). (grifos do autor)

Segundo o autor, o crime também pode ser cometido por omissão, que se refere a falta de atitude vinda de profissionais da saúde, como médico e enfermeira, que deixam de fazer algo ao perceberem que está ocorrendo um processo de abortamento espontâneo ou acidental.

O artigo 124 do Código Penal dispõe sobre o aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento, o artigo 125 do Código Penal fala sobre o aborto provocado por terceiros com o consentimento da gestante e o artigo 126 do Código Penal traz o aborto provocado por terceiros sem o consentimento da gestante. De acordo com o artigo 127 do Código Penal, existe a possibilidade de a pena ser aumentada quando, o aborto provocado por

terceiros com ou sem o consentimento da gestante, em consequência do aborto ou dos meios utilizados para realizá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave ou sua morte.

Ademais, o aborto somente não será considerado crime passível de punição em casos específicos. A Lei Penal brasileira não pune o aborto necessário ou terapêutico, o aborto humanitário ou ético (em caso de estupro), ambos presentes no artigo 128, incisos I e II do Código Penal e quando o feto é anencéfalo.

Por fim, de acordo com Andrea Dip (2013), dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), mostram que o número de abortos legais e ilegais praticados no mundo é de 73,3 milhões, contudo, na América Latina, a cada quatro abortos três são feitos de forma clandestina e se estima que 70 mil mulheres venham a óbito após praticá-lo. Somente no Brasil é estimado que correm 500 mil abortos anualmente e apenas cerca de mil são legais, sendo em sua grande maioria de forma insegura.

2.1 ABORTO NECESSÁRIO OU TERAPÊUTICO

O aborto necessário ou terapêutico está previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal, nele diz que caso o médico determine que a continuação da gravidez possa vir a trazer riscos a vida da gestante, ela será interrompida. Este tipo de aborto caracteriza caso de estado de necessidade.

Sobre o aborto necessário, ensina Pierangeli (2007):

O Código, portanto, fixou a possibilidade de o médico (e só ele) praticar o aborto se, e quando, verificar ser esta a única maneira de salvar a vida da gestante. E o perigo não é, pois, atual, mas futuro. Se atual, existirá o estado de necessidade justificante (arts. 23 I e 24 do CP), e, em tal situação, qualquer pessoa pode prestar a conduta tendente a salvar a vida da gestante, inclusive, é claro, o médico, mesmo sem registro no CRM, que deve sempre preferir aos demais para tal prática.

Outro entendimento que pode ser visto é o de Fernando Capez (2014, p. 156), que diz:

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja

atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro. O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de estado de necessidade, sem, contudo, exigir o requisito da atualidade do perigo, pois basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes.

Dessa forma, é possível se verificar que em casos de aborto necessário, o direito à vida da mãe, que é pontado pelo autor como o “bem maior”, prevalece sobre o direito à vida do feto, que seria o “bem menor”, passível de ser sacrificado, tendo em vista eu o prosseguimento da gravidez causará o óbito tanto do feto, quanto da mulher.

Ademais, é importante frisar que em caso de aborto necessário, não requer que haja o consentimento da gestante, nem de seus representantes legais, podendo o médico intervir à revelia deles, pois em muitos casos a mulher encontra-se inconsciente, não conseguindo fazer a escolha e os familiares, por poderem ser impelidos por outros motivos, não cabendo a eles tomar a decisão.

2.2 ABORTO HUMANITÁRIO OU ÉTICO

O artigo 128, inciso II do Código Penal postula que não será punível o aborto se a gravidez for resultado de estupro. Nesse caso, a mulher deverá ir ao SUS, mesmo que não tenha apresentado ocorrência policial, tendo que realizar exames de sangue e ultrassom, registros periciais dos resultados para que se comprove o estupro. Assim que comprovado, o hospital poderá prosseguir com os procedimentos.

Sobre esse assunto, Júlio Fabbrini Mirabete (2012, p. 805) enuncia:

O aborto humanitário é uma figura criada para a proteção da integridade psicofísica da mulher violentada, valor esse corolário da dignidade humana, considerando que a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de uma criança advinda de coito violento, indesejado, além de se tornar refém dos riscos de problemas de saúde mental, hereditários, que podem se manifestar na criança, fruto de uma relação muitas vezes doentia, violenta e criminoso.

Assim sendo, é possível perceber que a lei é clara ao permitir intervenção do médico para provocar o aborto em casos de estupro. Todavia, existe uma diferença significativa entre o aborto necessário e o aborto humanitário, pois o primeiro pode ser feito mesmo que não haja autorização da gestante, já o segundo não, para que ele seja praticado deve haver o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A realidade é que a gravidez decorrente de estupro é alvo de muitas discussões onde é pautada qual seria o bem maior, a proteção da vida do feto ou a dignidade da mulher submetida à violência. Nesse sentido, o legislador dá a mulher a possibilidade de realizar essa escolha, ou no caso de incapaz, dá ao seu representante legal, relativizando o direito à vida.

Esse entendimento vem sendo consolidado em decisões dos julgadores do Tribunal de Justiça do RS:

Ementa: ABORTO SENTIMENTAL. CONFLITO QUE SE ESTABELECE ENTRE OS VALORES VIDA (DO FETO) E DIGNIDADE HUMANA (DA GESTANTE). ADOLESCENTE COM SEVERAS DEFICIÊNCIAS MENTAIS QUE SE VIU SUBMETIDA A RELAÇÕES SEXUAIS COM O PRÓPRIO TIO E PADRASTO, QUE DETINHA SUA GUARDA FORMAL, DO QUE RESULTOU A GRAVIDEZ. REVOGAÇÃO DA GUARDA QUE CONFERIU AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA FALTA DE REPRESENTANTE LEGAL, LEGITIMIDADE PARA ATUAR EM SEU NOME. O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2007)

À vista disso, se visualiza que nesses casos o direito à vida do feto é relativizado em detrimento da dignidade da mulher. Se pensarmos bem, seria muito cruel fazer com que uma mulher que foi violada, não foi respeitada e não possuiu a escolha de passar por essa situação ou não, perdesse novamente os direitos sobre seu corpo e sua vida. Quando a mulher é estuprada, é algo muito doloroso, que não se cura fácil, gera vários problemas psicológicos,

morais e até mesmo sociais, então obrigá-la a carregar um feto e cuidar de uma criança que é a lembrança constante do ocorrido, seria muita crueldade.

2.3 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO

A anencefalia é marcada pela ausência parcial do encéfalo, calota craniana, cerebelo e meninges, que são estruturas importantes do sistema nervoso central. Nesses casos, devido as alterações, há uma grande chance de o feto morrer ainda dentro da barriga da gestante ou, se chegar a nascer com vida, morre em poucos dias, sendo essa uma doença sem cura.

O feto pode ser diagnosticado com essa má formação ainda dentro da barriga da mãe através de ultrassonografia, podendo ser detectada e comprovada em até três meses de gestação. Caso haja a conformação da anencefalia total, a gestante tem o direito de escolher se quer continuar com a gestação até o final ou se prefere fazer a interrupção.

Nesse sentido, indaga Fernando Capez (2014, p. 160):

Aliás, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A Lei n. 9.434, de 4-2-97, em seu art. 3º, permite a retirada post mortem de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intrauterina. Fato atípico, portanto.

Por outro lado, caso a criança com anencefalia permaneça viva, mesmo que por pouco tempo, devemos levar em conta que a rede básica de saúde não possui condições de atender tamanhas demandas de casos, pois ela se encontra defasada e carente em relação a seus atendimentos, não possuindo profissionais capacitados para o atendimento da mãe e da criança, e nem medicamentos suficientes para tratar de ambos.

O STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº54 de 2012 entendeu que deve ser garantido total direito de escolha da gestante de continuar ou interromper a gestação, caso esteja comprovado, por meio de procedimentos clínicos homologados pelo Conselho Federal de Medicina, que a gestação é de feto anencéfalo.

Neste tipo de aborto, não se faz necessária a autorização judicial prévia ou posterior, não tendo a necessidade de fazer um pedido ou comunicar ao juiz que o procedimento será realizado, sendo suficiente que os profissionais de saúde envolvidos na situação, seguem os protocolos previsto no CRM. Caso a gestante decida pela interrupção da gravidez, não será caracterizado como crime passível de punição.

Dessa forma, já existe decisões do STJ sobre esse assunto:

Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada” (STJ, 5ª Turma, HC 56.572/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25-4-2006, DJ, 15-5-2006, p. 273).

Desse modo, nada mais justo que deixar essa decisão para a gestante tomar, já que seria muito triste para uma mãe gerar seu filho tão desejado por nove meses e quando desse à luz ele já estar morto ou morrer em alguns dias.

3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA EM RELAÇÃO AO CRIME DE ABORTO: VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Os princípios constitucionais são a base do nosso ordenamento jurídico, como já abordado no primeiro capítulo. A partir deles que é emanada e apoiada a necessária segurança jurídica.

O princípio do direito à vida é um dos mais importantes em nosso ordenamento jurídico, sedimentado como cláusula pétrea, sendo ele utilizado como um dos pilares da Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana, pela sua significatividade, se tornou inerente ao ser humano, onde ele é utilizado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Todavia, muito comumente ocorrem conflitos entre dois princípios que possuem relevante valor jurídico, no qual cada um aponta para direções opostas. Nesse cenário, o julgador deve examinar a situação utilizando a ponderação e, no caso concreto, conferir pesos aos direitos que estão divergindo, decidir qual deles será visto com maior importância jurídica e aplicá-lo em detrimento ao outro.

Em vista disso, há a possibilidade que, caso ocorra conflitos entre os princípios da dignidade da pessoa humano e do direito à vida, mesmo que ambos sejam considerados fundamentais, de mesma hierarquia e pilares da Constituição Federal, seja negado o caráter absoluto de um em detrimento ao outro.

Portanto, pode-se perceber que é completamente possível a relativização do direito à vida quando está em conflito com a dignidade da mulher em razão de uma gravidez que seja de um feto que não possui possibilidades de vida devido a anomalias ou deficiências ou quando a gravidez é decorrente de estupro ou quando a gravidez gera riscos a vida mãe, podendo causar, até mesmo, sua morte, o que possibilita a gestante a interrupção da gravidez sem que seja processada e condenada a crime de aborto.

Para maior compreensão sobre a viabilidade de legalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se levar em conta a relatividade do direito à vida no crime de aborto, a dignidade da gestante e o direito de escolha e o aborto em relação a saúde pública.

3.1 ABORTO EM RELAÇÃO A SAÚDE PÚBLICA

O Brasil possui uma das legislações mais rigorosa em todo mundo no que diz respeito ao aborto. No Código Penal, possuímos apenas dois casos em que há a retirada da ilicitude do fato típico, que são as previstas no artigo 128, incisos I e II, sendo elas em caso de risco a vida da gestante e gravidez proveniente de estupro. A terceira situação que há a descriminalização do crime de aborto é em caso de anencefalia apresentado pelo feto, tendo ela sido criada em 2012 através de uma jurisprudência do Superior Tribunal Federal.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 63), o aborto, quando feito de forma criminosa, constitui delito contra a vida, sendo por isso um ato ilegal, que tem por sua definição:

O aborto criminoso constitui um delito contra a vida, consistente na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto da concepção, seguida ou não da sua expulsão do ventre materno.

Todavia, a criminalização do aborto não tem se mostrado como um forte obstáculo para que ele não ocorra, na realidade, milhares de mulheres fazem abortos clandestinos, no entanto, por ser ilegal, a maioria delas faz em clínicas não confiáveis ou sem ajuda médica, colocando suas vidas em risco.

Porém, o maior número de casos em que há complicações e que podem gerar até a morte da gestante não ocorrem com mulheres que possuem uma maior condição financeira e sim com aquelas que estão à margem da sociedade. Quando a mulher possui dinheiro, mesmo que a clínica seja clandestina ou o próprio procedimento seja feito por baixo dos panos, ela tem a assistência de médicos de qualidade, além de medicamentos necessários para que nada de grave ocorra e toda ajuda psicológica que precisar para superar tal fato.

Já quando se trata de mulheres com baixa condição financeira, que são marginalizadas na sociedade, as coisas já mudam, pois geralmente seus procedimentos são feitos em clínicas clandestinas de baixa qualidade, com pessoas que não sabem ao certo como prevenir que danos graves sejam causados. Ademais, elas não possuem condições de comprar todos os medicamentos necessário e, com certeza, não sabem que é necessária uma ajuda psicológica para depois do procedimento.

O que ocorre, na prática, é que essas mulheres marginalizadas acabam fazendo esse procedimento de forma insegura, muitas vezes até sozinha e acaba tendo que procurar ajuda na rede pública de saúde.

A curetagem após aborto foi a cirurgia mais realizada no Sistema Único de Saúde (SUS) entre 1995 e 2007, de acordo com o levantamento feito pelo Instituto do Coração (InCor), da Universidade de São Paulo. Esse procedimento se trata da extração dos restos placentários que ficam no útero depois do aborto, porém, algumas mulheres são internadas tarde demais, devido ao medo de serem punidas pelo ato que fizeram, levando ao óbito.

Por ser um procedimento não legalizado, muitas mulheres acabam praticando o aborto de forma escondida e inadequada, o que gera várias complicações em sua saúde, como hemorragias, perfurações e infecções. Além disso, por ser crime, muitas mulheres deixam de buscar ajuda até que as complicações se tornem muito graves, o que dificulta as chances de vida.

Dessa forma, pode ser percebido que o aborto ocorre de toda maneira, sendo legal ou não, contudo, quando ilegal, muitas mulheres o praticam de forma a prejudicar sua saúde tanto física, quanto psicológica. A legalização do aborto faria com que elas pudessem realizar esse procedimento de forma mais segura, com médicos especializados e assistência psicológica adequada, tornando as mortes devido a complicações muito menores, garantindo a dignidade da mulher e livre poder de escolha.

3.2 A RELATIVIDADE DO DIREITO À VIDA NO CRIME DE ABORTO

O princípio do direito à vida está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, em que é definido como um direito inviolável, tendo sua garantia assegurada pelo Estado e qualquer tentativa ou consumação que viole a esse princípio é suscetível de punição.

Por essa razão o Código Penal considera como fato típico e ilícito, sujeito a sanção, o aborto, que é a interrupção da gestação com a morte do feto, se for promovido pela própria gestante ou por terceiro com ou sem o consentimento da mulher grávida. Esse princípio busca, então, proteção legal tutelar a vida, mesmo que seja de um ser ainda em desenvolvimento. Porém, o direito à vida não possui caráter absoluto em todas as ocasiões.

Como visto anteriormente, o aborto não é passível de punição, embora não deixe de ser um fato típico, quando for realizado por médico, sendo este o único jeito de salvar a vida da gestante, quando a gravidez seja proveniente ao crime de estupro ou quando a o feto possuir anencefalia.

Em qualquer uma dessas circunstâncias abordadas, se percebe que o direito à vida pode vir a ser relativizado quando se choca com outro bem jurídico. A inviolabilidade do direito à vida é prevista na Constituição Federal de 1988, contudo, ele não é absoluto quando existem outros interesses, de igual relevância, em jogo. Luiz Flávio Gomes (2005, p. 41-44) afirma:

Não há dúvida que o artigo 5º da [Constituição da República] assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. O que se deve conter é o arbítrio, o abuso, o irrazoável. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em criação de risco proibido. Ao contrário, trata-se de risco permitido. A conduta que gera risco permitido, por isso mesmo, não é materialmente típica, por faltar-lhe o requisito (normativo) da imputação objetiva. Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto anencefálico, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para a tutela de outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade, etc.). Não se trata, portanto, de uma morte arbitrária. O fato é atípico justamente porque o risco criado não é desarrazoado. Basta compreender que o 'provocar o aborto' do art. 124 significa 'provocar arbitrariamente o aborto' para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico.

Desse modo, o aborto necessário, previsto no artigo 28, inciso I do Código Penal, que é aquele em que é feito no intuito de salvar a vida da gestante, o conflito se instaura entre o direito de nascer do feto e o direito à vida da gestante, onde, nesses casos, o legislador optou em salvar a vida da mãe em face da vida do feto, podendo ele ser feito por médico, sem a necessidade de autorização judicial e do consentimento da própria gestante ou de sua família para que o aborto seja realizado, o que mostra que nenhum direito é, de fato, absoluto.

Nesse sentido, o relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, no acórdão nº 56572 – SP (2006/0062671-4), em Habeas Corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça por uma gestante que buscava a interrupção da gravidez devido a grave anomalia que seu feto apresentava, diz:

[...] verifica-se que as duas causas especiais de exclusão de ilicitude previstas na legislação de regência (CP, art. 128, incs. I e II) envolvem dois bens contrapostos e igualmente tutelados em nosso ordenamento jurídico. A primeira hipótese cuida do aborto necessário (CP, art. 128, inc. I), por ser o único meio de salvar a vida da

gestante. Nesse caso, em que os dois bens juridicamente tutelados estão no mesmo plano e em conflito, que são as vidas da mãe e a do feto, o legislador fez indiscutível opção pela preservação daquela antecedente, permitindo o perecimento da vida do nascituro, mesmo que sem o consentimento da gestante, enquadrando a situação como espécie de estado de necessidade, reafirmando a máxima de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Logo em seguida, o relator continua sustentando e seu argumento que a proteção que o artigo 128, inciso I do Código Penal, deve ser conferida a gestante mesmo que o feto possua potencial de vida e seja saudável:

De fato, não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal e para os princípios nela contidos, sob pena de transformar a norma criada para proteger bens jurídicos essenciais em instrumento de desamparo, de abandono, afastada dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, inc. I), promovendo “... o bem de todos, sem preconceitos (...) e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, inc. IV).

Outro caso em que se é possível fazer a relativização do direito à vida, é em casos de gravidez decorrente de estupro. Este tipo de aborto se trata do aborto sentimental, previsto no artigo 128, inciso II do Código Penal, que torna legítima a interrupção da gravidez em caso de violação sexual, pois se trata de um atentado contra a dignidade da mulher por ser um ato forçado. Assim sendo, nesse caso foi posto pelo legislador que o bem maior seria a dignidade da vida da gestante em detrimento ao direito à vida do feto.

À vista disso, por se trata de um atentado contra a dignidade da mulher, que o legislador colocou o direito a dignidade da gestante acima do direito à vida do feto. Ora, seria muita crueldade tirar de uma mulher que foi estuprada, ou seja, foi imposto a ela a prática sexual por meio de violência ou ameaça, o poder de escolha, novamente, e obrigá-la a gerar uma criança que foi fruto de algo tão cruel que deixa marcas irreparáveis.

3.3 A DIGNIDADE DA GESTANTE E O DIREITO DE ESCOLHA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios de maior importância presente na Constituição Federal de 1988, por isso também é chamado de princípio fundamental, além disso, ele é um dos pilares da República Federativa do Brasil, sendo ele inerente ao ser humano.

Este princípio é bastante aplicado com o intuito de preservar a autonomia, o respeito, o livre arbítrio, mesmo que, quando necessário, seja utilizado em sobreposição ao direito de outra pessoa.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 105) diz que não deve ser retirado o controle das pessoas sobre sua própria autonomia física e psicológica:

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa (...). Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade.

Alguns exemplos que podem ser citados é o aborto de gravidez proveniente de estupro (artigo 128, inciso II do Código Penal), em que a dignidade da mulher recebe plena proteção do Estado. Ademais, pode-se falar também sobre a legalização do aborto em caso de fetos anencéfalo, casos no qual o poder estatal salvaguarda a dignidade e o direito de escolha da gestante, que pode tanto optar em manter a gestação até o fim ou interrompê-la.

No que tange esses casos, o legislador isenta a gestante e o médico que praticar o aborto de punibilidade pela prática do crime de aborto, o que retira a ilicitude da conduta, mesmo que ela continue sendo um fato típico. Essa liberação feita pelo Estado se trata de dar a gestante um poder de escolha, onde a mulher poderá decidir o que ela acredita ser melhor para si mesma, podendo ela interromper a gravidez ou não.

O Estado, então, dá a legitimidade para a mulher que sofreu violência sexual, para, caso queira, abortar o feto que é o fruto da violência sofrida, não precisando de autorização judicial e retirando a ilicitude do fato típico. O estupro é a maior violação a dignidade que qualquer ser humano pode sofrer, quando a mulher é forçada a ter coito com uma pessoa, todo seu poder de escolha e dominância sobre sua vida é retirado dela imediatamente, a deixando sem o controle de sua vida. Quando isso ocorre, vários danos físicos e emocionais são deixados na vida da vítima, marcas que, provavelmente, nem o tempo apagará e obrigá-la a carregar o

fruto dessa violência e ter que levá-lo junto a si para o resto de sua vida, seria de uma maldade sem tamanho.

Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso (2013, p. 410) em seu pronunciamento feito durante o julgamento da ADPF nº 54, que tratou da descriminalização do aborto em casos de fetos que possuísem anencefalia, afirmou que obrigar a mulher que foi estuprada a ter a criança seria uma violência da mesma proporcionalidade da antes sofrida:

Na previsão do chamado aborto sentimental, cuja autorização independe de ser o feto saudável ou isento de qualquer anomalia, há, como experiência objeto da normação jurídica, uma situação de relevante conflito teórico, que exigiu intervenção legislativa, entre os interesses do feto indesejado, o qual de certo modo não é seu, e os da mãe agravada por injusta, odiosa e infamante violência, que, como tal, repugna à consciência jurídica. Aqui, há bons motivos por reconhecer que, sob certo ponto de vista, seria violência não menor exigir à gestante que, contrariando ou inibindo sentimento de profunda aversão à injustiça sofrida, assumisse atitude heroica de, por peregrino amor da vida humana, condescender na continuidade da gestação.

No mesmo julgado (ADPF 54), o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ayres Brito (2013, p. 263) diz e seu pronunciamento que o estupro seria a maior violência contra a autonomia da mulher e uma situação de tortura eterna:

o estupro é para sociedade em geral e para o Direito em especial – já que é uma das excludentes de punibilidade –, uma ação humana da maior violência contra a autonomia de vontade do ser feminino que o sofre, uma aberração, uma hediondez. O estupro é o instante da mais aterradora experiência sexual para a mulher, projetando-se no tempo como uma carga traumática talvez nunca superável, principalmente se resultar em gravidez da vítima, pois o fato é que seu eventual resultado em gravidez tende mesmo a acarretar para a gestante um permanente retorno mental à ignomínia do ato em que foi brutalizada. Uma condenação do tipo *ad perpetua rei memoriam*, (para a perpétua memória da coisa), no sentido de que a imposição do estado de gravidez em si, e depois a própria convivência com o ser originário do mais indesejado conúbio, podem significar para vítima do estupro uma tão perturbadora quanto permanente situação de tortura. Daí que vedar à gestante a opção pelo aborto caracteriza um modo cruel de ignorar sentimentos que, somatizados, tem a força de derruir qualquer feminino estado de saúde física, psíquica e moral, aqui embutida a perda ou a sensível diminuição da autoestima. Sentimentos, então, que se põem na própria linha de partida do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um princípio de valiosidade universal para o direito penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de direito constitucional.

Assim sendo, quando consideramos o sofrimento que a mulher passa quando é vítima de uma violência sexual, o legislador opta em dá-la a opção de escolher se quer permanecer com a gravidez ou se prefere interrompê-la, sendo isso possibilitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Pode ser visto, então, que não existe a banalização da vida do

feto e sim a devolução do poder de escolha da gestante que já foi demasiadamente violado, dando o direito a mulher de manter sua saúde mental e física, pois existem sequelas que ficam quando tal ato é praticado.

Nesta mesma linha de raciocínio se encontra a viabilidade do aborto em casos de anencefalia, a Ministra Cármen Lúcia (2013, p. 221), também na ADPF nº 54, discorre sobre o respeito perante o poder de escolha da gestante em manter ou não a gravidez:

A despeito da unanimidade da ciência médica quanto à impossibilidade de vida extrauterina, é certo que toda pessoa tem o direito a suas crenças e convicções pessoais, a serem respeitadas. Entretanto, o magistrado, a despeito de seus credos e ideais, tem obrigação de entender a angústia experimentada pela gestante que opta pela interrupção da gravidez, por chegar ao seu limite humano psíquico. O útero é o primeiro berço de todo ser humano. Daí haver de se enfatizar que todo aborto é sofrimento. O aborto é o reverso do parto. Todo parto é luz. O aborto é a negação da luz. A mulher que procuraria uma roupa para vestir o filho é a que passa a buscar a mortalha com que romperá o parto de dor e frustração. Não se há negar compaixão, porque seria injustiça, menos ainda o direito, porque seria antijurídico, à mulher que, trazendo um pequeno caixão no que é o seu berço físico, vai às portas do Judiciário a suplicar pela sua vida.

Nesse mesmo julgado (ADPF nº 54), encontra-se o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa (2013, p. 149) no que tange a antecipação do parto de fetos anencéfalo, tendo em vista a preservação da integridade física e psicológica da mulher, dando a ela o poder de escolha, já que o feto não possui potencial de vida:

Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobre viver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

Em ambos os casos, há uma busca constante em se respeitar a dignidade da gestante e seu poder de escolha, ou seja, possibilitar a gestante o pleno exercício de sua autonomia, o que é a premissa básica do princípio da dignidade da pessoa humana.

A autonomia em poder decidir o que é melhor para si mesma e o respeito ao poder de escolha da gestante, vem sendo o tema central em debates que visam o respeito aos direitos das mulheres, principalmente quando se trata de conflitos entre dois princípios fundamentais, que no caso do aborto é do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Mesmo que o aborto ainda seja um tema muito polêmico em nosso país, cada vez vem crescendo mais as discussões sobre a possibilidade de viabilização do mesmo, ligado, especialmente, ao princípio da dignidade da mulher grávida.

3.4 VIABILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO

A viabilidade da descriminalização do aborto, vem sendo discutida devido ao aumento do número de abortos clandestinos malsucedidos e o aumento do número de morte de mulheres devido a suas complicações.

A Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) de 2010, coordenada pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros (ANIS) e excetuada pela Agência Ibope Inteligência, que foi responsável por entrevistar mais de duas mil mulheres no país, traz dados preocupantes (GEA – Grupo de Estudos contra o Aborto, 2012):

uma em cada cinco mulheres entre 18 e 40 anos de idade já realizou pelo menos um aborto. Isso significa que mais de cinco milhões de mulheres em idade reprodutiva, ou 15% das mulheres nessa faixa etária, já realizaram o aborto. Os resultados obtidos em outros estudos, baseados em dados indiretos, eram subestimados e indicavam que 6% das mulheres haviam praticado o aborto, número bastante expressivo, mas aquém da realidade agora comprovada [...] Entre as mulheres que já realizaram algum aborto, mais de 40% têm apenas o ensino fundamental, o que demonstra que o aborto é mais frequente entre mulheres com baixa escolaridade e maior vulnerabilidade. A incidência do aborto foi praticamente o mesmo entre diferentes religiões: entre as mulheres que realizaram algum aborto, 15% se declaram católicas; 13%, evangélicas; 16%, de outras religiões; e 18% não tinham religião ou não responderam.

Ademais, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que sejam praticados em torno de 20 milhões de abortos inseguros ao ano no mundo. Somente levando em conta o Brasil, são feitos em torno de um milhão de abortos clandestinos ao ano, tendo em média 250 mil internações devido a complicações e diante dessas situações, a cada dois dias uma brasileira morre em decorrência dessa prática.

O ginecologista e obstetra Jefferson Drezett (apud DIP, 2013), representante do Grupo de Estudos do Aborto (GEA) que foi criado em 2007 com o intuito de discutir o aborto sob a ótica da saúde pública, tendo a intenção de retirá-lo da esfera criminal, diz que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), os abortos inseguros estão diretamente ligados com a morte de gestantes, já que por ser um ato criminoso, sua prática é realizada de forma clandestina e insegura:

Por aborto inseguro, a Organização entende a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene. O aborto inseguro tem uma forte associação com a morte de mulheres – são quase 70 mil todos os anos. Acontece que estas 70 mil não estão democraticamente distribuídas pelo mundo; 95% dos abortos inseguros acontecem em países em desenvolvimento, a maioria com leis restritivas. Nos países onde o aborto não é crime como Holanda, Espanha e Alemanha, nós observamos uma taxa muito baixa de mortalidade e uma queda no número de interrupções, porque passa a existir uma política de planejamento reprodutivo efetiva.

O Grupo de Estudos do Aborto (GEA) também defende que o aborto deveria ser um caso de saúde pública, devido a sua alta taxa de mortalidade e que o fato de ele ser ilegal só faz com que o número de mulheres mortas e com complicações a saúde aumentem:

É sabido que a criminalização e as leis restritivas não levam à eliminação ou redução de abortos provocados, além de aumentarem consideravelmente os riscos de morbidade feminina, da esterilidade e de mortalidade materna. O abortamento representa um grave problema de saúde pública e de justiça social, de grande amplitude e com complexa cadeia de aspectos envolvendo questões políticas, legais, econômicas, sociais e psicológicas. Pesquisas apontam para a existência de uma relação direta entre restrições legais ao aborto e o alto número de mortes maternas e sequelas em consequência do aborto inseguro, pois a proibição faz com que o procedimento seja realizado em condições inseguras.

Levando em consideração a realidade do nosso país, é possível saber que esse risco à vida da gestante que pratica o aborto de forma clandestina aumenta muito mais quando se trata de mulheres com menor capacidade aquisitiva, pois elas não possuem acesso a médicos especializados, nem clínicas clandestinas confiáveis e muito menos acesso a medicamentos e ajuda psicológica pós procedimento.

Em muitos países que o aborto foi legalizado, como a África do Sul e a Romênia, foram percebidos uma diminuição no número de mortes devido ao aborto ou complicações que decorrem do mesmo. Na África do Sul, em 1996, após a legalização do aborto, as taxas de mortalidade materna reduziram 91% em apenas 5 anos. A descriminalização dessa prática

também é vista em países como Estados Unidos, Canadá e México, sendo que em Portugal, Espanha, Alemanha, Áustria, Noruega, Suíça, Bélgica, Dinamarca, Países Baixos, Grécia, Itália e no Uruguai, o aborto é permitido até a 10^a, 12^a ou 13^a semana de gestação; no Reino Unido até a 24^a; na Suécia até a 18^a; e na Nova Zelândia até a 20^a (GEA, 2012).

O Uruguai, que aprovou a descriminalização do aborto no ano de 2012, de acordo com a Andrea Dip (2013), teve uma rápida diminuição no que diz respeito a mortes maternas e abortos praticados:

O Uruguai, que descriminalizou o aborto em outubro de 2012, também tem experimentado quedas vertiginosas tanto no número de mortes maternas quanto no número de abortos realizados. Segundo números apresentados pelo governo, entre dezembro de 2012 e maio de 2013, não foi registrada nenhuma morte materna por consequência de aborto e o número de interrupções de gravidez passou de 33 mil por ano para 4 mil. Isso porque, junto da descriminalização, o governo implementou políticas públicas de educação sexual e reprodutiva, planejamento familiar e uso de métodos anticoncepcionais, assim como serviços de atendimento integral de saúde sexual e reprodutiva.

No Brasil, existem debates que visam ampliar as causas que há a isenção de punibilidade mediante a prática de aborto, essa discussão de reforma do Código Penal está presente no Senado federal.

O documento apresentado ao Senado Federal pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), juntamente com várias outras entidades, sugere que haja uma nova redação do artigo 128 do Código Penal:

A SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA (SBPC) e todas as entidades civis abaixo subscritas MANIFESTAM O SEU APOIO ao PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL (CP), da Comissão do Senado Federal, no que diz respeito à nova redação do artigo 128, que, avançando na defesa dos direitos humanos, exclui a criminalização do aborto nas seguintes hipóteses:

I – quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”;
 II – se “a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”;

III – “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e

IV- “por vontade da gestante até a 12^a semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade”.

É relevante salientar que o Conselho Federal de Medicina (CFM) fez um pronunciamento dizendo ser favorável a legalização do aborto até a 12ª semana de gestação, caso essa seja a vontade da gestante e o médico fizer a constatação de que ela não tem condições psicológicas para a maternidade. O presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM) disse, na página de internet onde esclarecia o posicionamento da entidade mediante a autonomia da mulher para realização do aborto, “somos a favor da vida, mas queremos respeitar a autonomia da mulher que, até a 12ª semana, já tomou a decisão de praticar a interrupção da gravidez”.

Nessa perspectiva, ainda possui o documento do Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), escrito juntamente com outras entidades, que estão de acordo com a reforma do Código Penal (GEA 2012), que:

Enquanto a medicina, a bioética, a técnica genética e outras áreas da saúde caminham a passos largos, a legislação brasileira não segue o mesmo ritmo. O atual CP, que é de 1940, apresenta sinais de cansaço e esgotamento. Urge a sua atualização. Vários de seus dispositivos estão em descompasso com as legislações da maior parte do mundo e devem ser adequados aos parâmetros e princípios consolidados pelos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. É por isso que é imprescindível a revisão do Capítulo “**Dos Crimes Contra a Vida**”, especialmente no que tange ao aborto, cuja criminalização tem se mostrado ineficaz e produzido custos e danos sociais imensos, principalmente para as mulheres. (grifo do autor)

Além disso, esse grupo sustenta que com a descriminalização do aborto, nosso país ficará amparado pelos diversos tratados Internacionais da População e Desenvolvimento (CIPD), do Cairo, de 1994, e da Conferência Mundial sobre a Mulher (CMM), de Pequim, de 1995, “que são diretrizes para ação governamental na área de saúde sexual e reprodutiva.” (GEA, 2012).

Sobre esse assunto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004) descreve e faz observações sobre a formulação de importantes princípios em relação ao direito reprodutivo que surgiram mediante a Conferência de Cairo de 1994, como:

conhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos pelos Estados; o direito da pessoa de ter controle sobre questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva; liberdade de decisão sem coerção, discriminação ou violência como direito fundamental.

Sobre esse mesmo plano, o autor ainda recomenda que haja a adoção de medidas que busquem a obtenção de certos objetivos, sendo eles “a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e o acesso universal e democrático aos serviços de saúde reprodutiva especialmente de planejamento familiar e de saúde reprodutiva e sexual.” Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2004) ainda ressalta que:

A Conferência de Cairo se vincula mais proximamente às esferas pessoais do homem e da mulher: às mulheres deve ser reconhecido o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade - com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas [...]

Vale ressaltar, que a descriminalização do aborto não se trata da banalização do direito à vida do feto, mas sim de dar o direito a dignidade da mulher, evitando danos físicos e psicológicos que podem ser gerados na mulher devido a uma gravidez não desejada. Além disso, o aborto praticado por terceiros sem a autorização da gestante, continuará a ser um crime passível de punição.

Com a descriminalização do aborto se busca, além de diminuir a taxa de mortalidade materna que se dá por meio de abortos clandestinos, dar a mulher o poder de determinar o que é melhor para si, entregar o controle de sua vida em suas mãos. Ademais, se tornarmos o aborto coisa de saúde pública, poderiam ser gerados menos danos à saúde física e psicológica da gestante, dando a ela as informações e apoio necessário para que ela possa tomar a melhor escolha para sua vida.

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia (2013, p. 236) diz em seu voto na ADPF 54, que “quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado.”

Permitir que a mulher escolha se quer continuar com a gravidez ou não, é possibilitar a ela gozar do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois estará dando a ela o pleno poder sobre seu corpo, sobre sua vida, o reconhecimento de seus direitos sexuais e reprodutivos, a sua privacidade e a sua individualidade.

Quando descriminalizarmos o aborto e falarmos dele mais abertamente, as mulheres se tornarão mais conscientes de como ele funciona na realidade, pois como é proibida essa

prática, muitas pessoas não possuem o apoio emocional e não sabem o que pode ocorrer em sua vida logo em seguida.

Além disso, quando esse se torna um caso de saúde pública, as mulheres que não possuem uma alta condição financeira, passarão a ter os mesmos cuidados e oportunidades que as de classe mais alta, de disporem sobre seu corpo, tornando a sociedade mais justa e igualitária.

Outorgar à mulher o direito de escolher se quer realizar o aborto ou não, nada mais é do que atender ao princípio basilar previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, fundamento do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A proposta desta pesquisa foi analisar os tipos penais de aborto, abordar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, relacionando-os com a questão do aborto no contexto do Direito Constitucional e Penal, visando o exame da viabilidade de descriminalização do aborto no ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo foi feita uma análise dos princípios fundamentais presentes na Constituição Federal, sendo destacados o princípio do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, mostrando que existem colisões entre eles e que se deve utilizar a ponderação para resolvê-los.

A ponderação é utilizada quando existe conflitos entre os bens jurídicos tutelados, onde ambos possuem extrema relevância jurídica, porém, com a análise do caso, se torna possível que um deles seja escolhido como o de maior relevância em detrimento ao outro.

Dessa forma, quando ocorre uma colisão entre o direito à vida e a dignidade da pessoa, como em casos de gravidez proveniente de estupro, o direito a dignidade da mulher acaba se sobrepondo ao direito à vida do feto.

O segundo capítulo se dedicou ao Aborto, onde foi mostrado seu fundamento jurídico e classificação. Pode ser visto que o aborto é um tema que está presente desde a antiguidade e que passou por uma significativa evolução histórica.

A legalização do aborto em caso de anencefalia vem em busca da proteção da gestante, tendo em vista de que a possibilidade que o feto possua vida seja mínima e caso ele nasce morrerá logo em seguida, de maneira que família não preparará a chegada de um bebê, e sim, um funeral. Isso causaria danos físicos e emocionais na gestante, o que faz com que ela possua a escolha de interromper a gravidez ou mantê-la.

Outra modalidade de aborto permitida pela legislação é o aborto necessário, previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal, sendo ele feito quando a gestação gera riscos à vida da gestante, podendo ela ser feita pelo médico sem necessidade de autorização judicial e de autorização por parte da própria gestante ou sua família.

O último caso é da viabilidade do aborto em casos de gestação proveniente de estupro, previsto no artigo 128, inciso II do Código Penal. Considerando que o estupro é um

dos crimes mais odiosos e hediondos previstos na legislação penal, por atingir de maneira tão repugnante a dignidade da mulher, sua dignidade acaba ficando acima do direito à vida do feto, por ser muita crueldade com ela tirar seu poder de escolha novamente e obrigando-a a carregar um lembrete recorrente do fato mais traumatizante de sua vida.

Conforme apontado no terceiro capítulo, dados apontam que a não descriminalização do aborto somente faz com que os índices de mortalidade materna aumentem cada vez mais, não reduzindo a quantidade de abortos praticados, pois o fato de ele ser ilegal apenas faz com que as mulheres procurem clínicas clandestinas para que possam fazer o procedimento que desejam, o que acaba causando uma série de complicações na gestante, podendo até levar a morte.

Ademais, foi mostrado que os países em que foram feitas a descriminalização do aborto, o índice de mortalidade materna, de problemas decorrentes de um aborto inseguro e os abortos foram reduzidos de forma rápida.

Diante de todo o exposto, é possível se perceber que a descriminalização do aborto não se trata da banalização da vida do feto e sim de se dar a devida importância à vida da gestante. Os abortos ocorrem de qualquer maneira, porém, caso seja legalizado, ele se tornará caso de saúde pública, dando então acesso a hospitais e médicos especializados, além de consultas psicológicas antes e depois da realização do procedimento.

Além disso, a mulher finalmente irá gozar de seu direito a dignidade e a autodeterminação, podendo ter o controle sobre sua vida e corpo e decidir se quer ou não continuar com a gravidez, sabendo que, se quiser, terá uma rede de apoio para ajudá-la a passar por todo esse processo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PÚBLICA. **Clandestinas**: Retratos do Brasil de 1 milhão de abortos clandestinos por ano. Último Segundo. 2013. Disponível em: <<https://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>>. Acesso em: 20 set.2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2** - parte especial – dos crimes contra a pessoa. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 21 set. 2022.

_____. HC 56572 / SP. Habeas Corpus 2006/0062671-4, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima (1128), julgado em 25/04/2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa, a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CFM. **CFM esclarece posição a favor da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação**. CFM. 2013. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao/>> Acesso em: 11 dez. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIP, Andrea. **Mulheres Clandestinas**. Vermelho. 2013. Disponível em: <<https://vermelho.org.br/2013/09/20/andrea-dip-mulheres-clandestinas/>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípio da Paternidade Responsável**. Revista de Direito Privado, vol. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Teoria da imputação objetiva e aborto anencefálico**: atipicidade material do fato. Revista Jurídica Consulex, ano IX, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, v.2:** parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 25ª ed. São Paulo: 2007.

NISHIDA, Erika. Artigo. **Quais números mudam após a legalização do aborto?**. Giz_br. 2021. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/quais-numeros-mudam-legalizacao-aborto/>>. Acesso em: 07 dez. 2022.

PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SBPC, Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência. **Apoio da sociedade civil à reforma do Código Penal:** excludentes de ilicitude do aborto. Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência - SBPC. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515721&ts=1645029384597&disposition=inline>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

SCIELO. Artigo. **Aborto no Brasil:** o que dizem os dados oficiais?. Caderno de saúde pública. 2020. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/csp/a/8vBCLC5xDY9yhTx5qHk5RrL/?lang=pt>>. Acesso em: 20 set. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VEJA. Revista. **Curetagem após o aborto lidera cirurgias no SUS**. Editora abril. 2010. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/curetagem-apos-aborto-lideracirurgias-no-sus/>> Acesso em: 20 set. 2022



Núcleo de
Prática Jurídica

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
Pró-Reitoria de Graduação
Escola de Direito, Negócios e Comunicação
Curso de Direito
Núcleo de Prática Jurídica
Coordenação Adjunta de Trabalho de Curso 2

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE PRODUÇÃO ACADÊMICA

A estudante Júlia Lima Fantoni de Pádua, do Curso de Bacharelado em Direito, matrícula 2019.1.0001.0499-9, telefone: (62) 98219-2601, e-mail julia_fantoni@outlook.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei no 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “A viabilidade da descriminalização do aborto em virtude aos princípios constitucionais do direito à vida e à dignidade da pessoa humana”, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SNS); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 28 de março de 2023.

Assinatura da autora: Júlia Lima Fantoni de Pádua

Nome completo do autor: Júlia Lima Fantoni de Pádua

Assinatura do professor: Gil Cezar Costa de Paula

Orientador: Gil Cezar Costa de Paula

Nome completo do professor-orientador: Gil Cezar Costa de Paula