



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO
GROSSO CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO
ARAGUAIA INSTITUTO DE CIÊNCIAS
HUMANAS E SOCIAIS**

CURSO DE DIREITO

LÍLLIAN CARLA MAGALHÃES BERNARDES NASSER

**CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE
GESTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Barra do Garças
2021

LÍLLIAN CARLA MAGALHÃES BERNARDES NASSER

CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE
GESTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao curso de
Direito ICHS/CUA, como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientação: Dr^a. Bruna Roncato

Barra do Garças
2021

LÍLLIAN CARLA MAGALHÃES BERNARDES NASSER

CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE
GESTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao curso de
Direito do ICHS/CUA, como requisito
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

_____ em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA
Professora Dr^a.Bruna Roncato
Orientadora

Avaliador 1

Avaliador 2

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, criador e mantenedor de todo universo, por ter me dado forças, saúde e persistência para superar todas as dificuldades nessa jornada acadêmica, que não foram poucas.

Aos meus pais que estiveram sempre presentes me dando apoio, conselhos e suporte financeiro e emocional todos esses longos anos.

Ao meu esposo por todo companheirismo, cuidado, compreensão e amor, sempre me incentivando a nunca desistir quando por várias vezes eu cogitei.

Aos meus filhos, Humberto e Hugo, que são o meu maior incentivo para nunca desistir dos meus sonhos e minha força para continuar todos os dias.

A minha professora orientadora Bruna Roncato que, além de ser uma pessoa extraordinária, é um ser humano altruísta, compreensiva, preocupada e amorosa, me instruindo com carinho e sabedoria e se desdobrando em várias para que fosse possível a conclusão deste trabalho a tempo e com êxito, meu muito obrigado de coração, você é incrível.

Ao meu querido irmão que sempre esteve ao meu lado, e me sugeriu o tema deste trabalho, contribuindo desta forma na sua realização.

A minha querida amiga Ariade Sato, por todo carinho e auxílio mesmo de longe, contribuindo na concretização desta etapa.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram e fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso visa oferecer uma visão geral a respeito do aborto, suas modalidades, o aborto no Brasil, e suas evoluções, principalmente de uma recente decisão no Supremo Tribunal Federal, sobre a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação com o consentimento da gestante, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade e a autonomia da vontade da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos e também a dignidade da pessoa humana. Este tema é de grande complexidade, pois no Brasil pouco ou quase nada se avançou. É preciso que não se feche os olhos e se negue a realidade, pois o aborto tem sido usado como forma de método contraceptivo, alicerçado na falta de esclarecimento de uma população desprovida de condições financeiras e de um bom planejamento familiar. Além desses fatores sabe-se que há o aborto praticado de forma clandestina provocando diversas consequências graves, tanto físicas como psicológicas na vida da mulher e da criança.

Palavras-chave: Aborto – conceito. Modalidades de aborto. Proporcionalidade. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The present monograph of course completion aims to offer an overview about abortion, its modalities, abortion in Brazil, and its developments, especially a recent decision in the Federal Supreme Court, on the decriminalization of abortion until the third month of pregnancy with the consent of the pregnant woman, taking into account the principle of proportionality and the autonomy of women's will, their sexual and reproductive rights and also the dignity of the human person. This is a very complex issue, because in Brazil little or almost nothing has been advanced. It is necessary not to close our eyes and deny the reality, because abortion has been used as a form of contraceptive method, based on the lack of knowledge of a population deprived of financial conditions and a good family planning. Besides these factors, it is known that there is the abortion practiced clandestinely causing several serious consequences, both physical and psychological in the life of the woman and the child.

Keywords: Abortion - concept. Abortion modalities. Proportionality. Autonomy of will.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de inconstitucionalidade
ANIS	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CP	Código Penal
GEA	Grupo de Estudos do Aborto
HC	Habes Corpus
IAG	Instituto Aln Gutmacher
MPF	Ministério Público Federal
ODM	Objetivo de Desenvolvimento do Milênio
OFIU	Óbito Fetal Intrauterino
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PNA	Pesquisa Nacional de Aborto
SMP	Secretaria de Política para Mulheres
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTODUÇÃO.....	09
1. Da prática do aborto: aspectos científicos e legais.....	12
1.1 Conceito e tipos de aborto.....	12
1.2 Formas, métodos de indução e complicações decorrentes de aborto.....	15
1.3 Teoria acerca dos direitos da personalidade jurídica.....	19
1.4 O aborto na legislação: a Constituição Federal e o Código Penal.....	23
2. Aborto – Um problema de saúde pública.....	29
2.1 O aborto clandestino como problema de saúde pública no Brasil.....	29
2.2 O impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres.....	32
2.3 As consequências que a continuação de uma gravidez indesejada pode trazer à vida da mulher e da criança.....	34
3. Descriminalização do aborto: uma perspectiva sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade.....	38
3.1 Da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação pelo STF – Apresentação de caso.....	38
3.2 Preponderância da autonomia da vontade da mulher em relação ao direito à vida ressalvado pela Constituição Federal.....	48
3.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade nas decisões judiciais.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

O aborto é um tema constantemente debatido, mas, sempre envolvido em diversas polêmicas (já que compreende diversas questões relacionadas à religião, a cultura e a aspectos sociais). No âmbito do direito a discussão passa por diversos temas, como os direitos fundamentais a vida (ex.: limites e início da vida), a liberdade (ex.: autonomia da mulher), a igualdade (ex.: consequências desiguais) e relacionadas a descriminalização e despenalização do aborto.

Existem inúmeras fontes bibliográficas sobre o tema, o que pressupõe um forte indício da sua importância para todos os âmbitos das políticas sociais, especialmente da saúde pública, sendo muito importante o acompanhamento por parte do Serviço de Assistência Social. Os estudos sobre aborto com evidência são quase todos relativos ao campo da saúde pública. (BERTH, 2016) Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam que a prática ilegal traz consequências negativas e perigosas para a saúde das mulheres, e pouco coíbe o ato e perpetua a desigualdade social e de gênero.

Este trabalho em seu primeiro capítulo fará um estudo sobre o que é o aborto no significado do termo, seus aspectos científicos e legais, os modelos de abordagens do aborto, suas formas, práticas e métodos de indução, também as teorias acerca dos direitos da personalidade jurídica e por fim, o que vigora no nosso Código Penal, -editado em 1940, que optou pela criminalização do aborto nos seus arts. 124 a 128-, a fim de levantar questões sobre a aplicação dos direitos fundamentais em nosso ordenamento e seus princípios correlacionados.

Segundo a OMS, o aborto clandestino mata uma mulher a cada dois dias, e outras milhares sofrem consequências físicas e psicológicas de procedimentos realizados sem qualquer segurança. A relação entre o aborto ilegal e a saúde feminina é inegável, pois o risco não existe apenas quando o aborto é uma simples intervenção cirúrgica realizada em circunstâncias seguras. Já, em condições de insalubridade, a morbimortalidade possui altos índices, principalmente entre as mulheres mais pobres, sem acesso à saúde e sem condições para interromper a gestação de forma segura. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres

pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para a prática do aborto seguro. O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto, portanto, sustenta a tese de que o aborto é, sobretudo, uma questão de saúde pública.

No capítulo dois estudaremos o aborto como problema de saúde pública no Brasil, principalmente quando realizado de maneira clandestina, fazendo com que a vítima de um procedimento mal realizado acabe tendo que recorrer ao sistema público que por sua vez a estigmatiza e marginaliza pela prática de algo que no Brasil é considerado crime. Veremos também que o impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres é real e muito maior em relação às mulheres que possuem condições de realizar tal procedimento de maneira segura e que tal prática empurra centenas de milhares de mulheres, principalmente as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de higiene e segurança, o que ocasiona hoje grande número de mortes maternas no país, ceifando vida de mulheres jovens que poderiam ser poupadas se o Estado tivesse mais políticas de conscientização e auxílio na realização do planejamento familiar.

Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas. Para essa redefinição política há algumas tendências que se mantêm nos estudos realizados com mulheres que abortaram e buscaram o serviço público de saúde: a maioria é jovem, pobre e católica e já possui filhos.

Concluindo o capítulo, abordaremos as consequências que a continuação da gravidez indesejada pode trazer tanto à vida da mãe, que não se sente preparada psicológica, emocional e financeiramente, como da criança que ao não ser desejada e esperada desde a descoberta da gravidez, sofre com a falta de amor, cuidado, carinho e respeito, ocasionando a curto e longo prazo feridas muito difíceis de cicatrizar tanto no âmbito psicológico, emocional e também estrutural dessa criança que uma vez marginalizada pela sociedade se torna vítima e muitas vezes refém do crime, da prostituição, das drogas e todos os malefícios que esses caminhos enveredam.

Por fim, no terceiro capítulo, trataremos sobre a descriminalização do aborto e sua perspectiva sob a ótica do princípio da proporcionalidade, fazendo uma análise sobre a decisão do STF da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação, e a

preponderância da autonomia da vontade da mulher em relação ao direito à vida ressalvado pela Constituição Federal trazendo aplicações deste Princípio ao caso concreto.

Quando estigmatizamos e marginalizamos uma mulher pela prática do aborto, estamos fazendo com que recaia sobre ela e somente sobre ela a responsabilidade da interrupção da gravidez. Quando na verdade o homem tem participação e responsabilidade tanto quanto ela, porém não sofre com os riscos e as consequências suportados pela mulher. É pelo fato de a sociedade tantas vezes fechar os olhos para essas questões que a discussão não avança de maneira positiva a contribuir com a coletividade e cada vez mais centenas de milhares de mulheres recorrem a clandestinidade para resolver um “problema” que na grande maioria das vezes é posto somente em seus ombros, pagando a conta muitas vezes com a própria vida.

Portanto, justifica-se a escolha desse tema a sua relevância e importância, visto que a necessidade de se verificar como é visto o aborto na atualidade, a evolução das discussões sobre o tema, o reconhecimento de todas as implicações envolvidas com essa temática é essencial para que se deixe de condenar à morte tantas mulheres negando-lhes o direito à assistencialidade de qualidade e que ajude-as na prevenção de uma gravidez indesejada.

Capítulo I - Da prática do aborto: aspectos científicos e legais

O assunto central a ser debatido é o aborto, um tema que vem introduzindo muitos embates morais, religiosos, biológicos, médicos, jurídicos, éticos, dentre outros de perspectiva da essência humana. Nesse dilema, as interpretações são ambíguas entre o direito da livre escolha da mulher e a proteção da “vida do feto”, sendo, portanto, um momento em que os direitos se confrontam.

1.1 Conceito e Tipos de aborto

A Organização Mundial da Saúde define abortamento como sendo a interrupção da gestação antes de 20-22 semanas ou com o peso inferior a 500 gramas. Subclassifica ainda em precoce, quando ocorre até 12 semanas e tardio quando entre 12 e 20-22 semanas. Quando o tempo de gravidez é desconhecido deve-se considerar o peso ou ainda o limite de 16 centímetros de comprimento, aceito por alguns autores. (RIBEIRO, 2008).

A ciência médica distingue o tempo aborto de abortamento. Para a Medicina, abortamento é o processo de perda do produto conceptual, enquanto que aborto é o próprio produto da concepção.

Cabe alertar que o produto da concepção não é apenas o feto, mas também a placenta, membranas amnióticas e cordão umbilical.

Quando ocorre óbito fetal após as 20-22 semanas, chamamos de Óbito Fetal Intra-Útero, sendo sua expulsão o parto de um natimorto. Se o feto inviável, porém com mais de 20-22 semanas, nascer com vida e falecer em seguida, falasse em parto prematuro e não em aborto. (SILVA, 2008).

Coelho e Jarjura, renomados médicos-legistas do Estado de São Paulo, definem aborto como sendo a interrupção da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja o seu estado evolutivo, desde a concepção até o parto. (COELHO e JARJURA, 2008, p. 144-154).

Flamínio Fávero afirma que o “o infanticídio é a destruição de uma pessoa e o aborto de uma esperança”. (FÁVERO, 1991, ápod, SILVA, 2008).

A palavra aborto é derivada de “ab- ortus”, que significa privação do nascimento. (DAVINI, 2005).

Flamínio Fávero define abortamento como a interrupção da gravidez antes do

termo normal, com morte do embrião, sendo indiferente sua expulsão ou não, assim como a viabilidade do produto sobre o qual incidem as manobras. (FÁVERO, 1991, ápod, SILVA, 2008).

A medicina classifica o abortamento conforme ao tempo em que ocorrem, as características do colo uterino, quanto a presença de infecção e ainda quanto a eliminação total, parcial ou não eliminação do embrião e dos anexos.

Quanto ao tempo em que ocorre o aborto ele pode ser definido como precoce (até 12 semanas de gestação) ou tardio (de 12 a 20 semanas). De maneira diversa ao Direito, quando ocorre a morte intra-útero após 20 semanas de gestação, os médicos já não falam em aborto, mas sim em óbito fetal intra-útero (OFIU). Da mesma forma, o nascimento antes de 20 semanas, ainda que vivo, é aborto e após esse período, parto prematuro, ainda que o recém-nascido evolua a óbito poucas horas depois (neomorto). Ao nascido sem vida após as 20 semanas denomina-se natimorto.

Para que ocorra a eliminação do aborto é necessário que o colo uterino se dilate permitindo sua expulsão. Assim, quando a mulher apresenta sangramento e dilatação cervical, ainda que por hora persista a atividade cardíaca fetal, fala-se em aborto inevitável. Entretanto, existem situações em que há sangramento sem cervico-dilatação. A estes chamamos de abortamento evitável ou ameaça de abortamento. (SILVA, 2008.)

Uma das complicações potencialmente fatais do abortamento é a infecção. Quando há sinais de infecção denomina-se o aborto infectado. Por outro lado, na ausência de sinais e sintomas infecciosos simplesmente não se classifica quanto a este fator ou fala-se em abortamento asséptico. (SILVA, 2008).

Configura-se o aborto completo, quando ocorre a eliminação completa do embrião e dos anexos (membrana, placenta). Temos o aborto incompleto, quando da expulsão parcial. Pode ocorrer, no entanto, de não haver a eliminação espontânea do produto conceptual em até trinta dias após a morte do embrião. Falamos então em aborto retido. (SILVA, 2008).

Do ponto de vista legal, o aborto pode ser classificado como natural (espontâneo) ou provocado. O aborto espontâneo é aquele em que o próprio organismo se encarrega de realizá-lo, independe da vontade da mulher. Caracteriza-se pela inviabilidade natural do concepto e sua morte devido a diferentes fatores etiológicos. Observa-se que o filho é desejado, mas ocorre a interrupção da gestação por fatores impeditivos da própria natureza, sem participação da vontade. (DAVINI,

2005).

O aborto provocado é aquele feito intencionalmente, ocasionando, então, a morte do feto por vontade da própria gestante e/ou de outrem. Subclassifica-se em legal ou criminoso.

Aborto legal é aquele que se enquadra em situações previstas e amparadas pela lei. Atualmente, no Brasil, apenas duas situações são consideradas legais: gravidez decorrente de estupro e quando este é o único meio de salvar a vida da gestante. Na primeira situação fala-se em aborto sentimental, moral ou humanitário. A segunda situação configura o chamado aborto terapêutico. (SILVA, 2008).

A lei não define termo de gravidez, permitindo que nessas situações a gravidez seja interrompida a qualquer tempo de sua evolução (ovo, embrião ou feto).

No aborto sentimental o perigo deve ser real e não presumível por prognósticos. A lei oferece amparo ao aborto em situações, por exemplo, de gestação ectópica, câncer de colo uterino, formas graves de diabete, cardiopatia grave, nefropatia severa, insuficiência hepática. Instalado o perigo iminente não há necessidade de autorização judicial, pois a demora poderia caracterizar negligência, imprudência ou omissão de socorro. O médico deve dar ciência à gestante e à família. A questão deve ser discutida e assinada por pelo menos mais dois médicos como, por exemplo, anestesista e diretor clínico. (INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS E IMS, 2005).

Ainda nesses casos, é mister a autorização expressa e formal da gestante ou de seu representante legal para que se proceda a prática do aborto. O procedimento poderá ser realizado sem o consentimento como medida de absoluta exceção.

Não é absurdo ressaltar que mesmo o aborto legal somente pode ser realizado por médico devidamente habilitado. (INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS E IMS, 2005).

No caso de estupro (conjunção carnal mediante violência física ou grave ameaça) é permitido o aborto. Em geral, há outras lesões associadas e frequentemente há sinal de asfixia. Mesmo na ausência de sinais típicos, a violência pode ser presumida no caso da vítima ser menor de 14 anos, alienada ou débil mental, desde que isso seja de conhecimento do autor, ou ainda se a vítima for incapaz de oferecer resistência contra o agressor.

Além do aborto provocado – legal, há o aborto acidental, ou seja, aquele decorrente de um traumatismo acidental como, por exemplo, atropelamento, queda

de escada, acidente motociclístico. O aborto decorrente de acidente também não configura crime.

Qualquer outra prática das duas previstas pelo Código Penal Brasileiro e de acidentes é considerado crime. Portanto, o aborto eugênico, econômico, social ou estético são práticas criminosas.

1.2- Formas, métodos de indução e complicações decorrentes de aborto

O abortamento espontâneo pode ter diversas etiologias. As alterações genéticas, em especial as translocações balanceadas, são as principais responsáveis pelos abortamentos espontâneos que ocorrem até a 12ª semana de gestação. As modificações genéticas podem determinar alterações químicas no óvulo, as quais serão precursoras de alterações na vascularização placentária e, por conseguinte, aborto. (DAVINI, 2005).

O óvulo também pode sofrer alterações pela ação de agentes tóxicos (intoxicação exógena), por infecções e por distúrbios metabólicos. (DAVINI, 2005).

Alterações anatômicas com malformações uterinas, vícios de posição do útero, miomas, septos uterinos, sinéquias (aderências), pólipos, incompetência cervical e doenças endometriais são outros fatores etiológicos. As causas habitualmente vistas como alterações anatômicas, em geral, se correlacionam com o abortamento de repetição, isto é, aquele que ocorre por mais de duas gestações consecutivas. (DAVINI, 2005) (BARINI, 2000).

O corpo Lúteo é a estrutura ovariana responsável pela produção de progesterona até a 12ª semana de gravidez. A progesterona, por sua vez, é responsável pela sustentação da gestação até este período por ser a principal responsável pela maturação do endométrio. Na chamada insuficiência do corpo lúteo, a produção deste hormônio é deficiente ou mesmo ausente. Conseqüentemente, o endométrio não sofre maturação e é incapaz de suportar a nidação (implantação) e desenvolvimento do embrião. (BARINI, 2000).

Os métodos abortivos podem ser os mais variados: químicos, medicamentosos, por indução, físicos, cirúrgicos e psíquicos. A variedade de formas buscadas para a prática do aborto aumenta os riscos à integridade física e psicológica da gestante, além de poder determinar sua morte de forma direta ou não, imediata ou

não. As principais complicações são perfuração uterina e de outros órgãos, formação de aderências, esterelidade, infecção, sepses, hemorragias, coagulopatias, intoxicação hídrica, parada cardíaca por reflexo vagal (morte por inibição), embolia aérea e óbito.

As principais complicações, tanto em frequência quanto pelo risco de morte, são a hemorragia e a infecção.

Os métodos químicos se dão pelo uso de substâncias inorgânicas como o fósforo, arsênico e mercúrio ou orgânicas, como o princípio ativo de algumas plantas, que podem matar o produto da concepção por perigosa intoxicação das gestantes, muitas vezes, colocando em risco a própria vida, agindo, portanto, em todo o organismo da mulher, provocando, por toxicidade, o deslocamento do ovo, seguido de aborto. As substâncias químicas mais utilizadas para fins abortivos são: fósforo amarelo, arsênico, ingestão de mercúrio, antimônio, esporão de centeio, quinina, apiol, jalapa, ópio, estricnina, álcool, óleo de Sabina, chumbo, ferro, cobre, dentre outros. Substâncias orgânicas animais, como cantáridas e pitutrina também foram usadas. Todas estas substâncias causam intoxicação da gestante. (LIMA, 2000, p. 168-172.)

A intoxicação exógena por determinados agentes químicos pode determinar alterações da coagulação sanguínea, com hipobibrinogenemia. Conseqüentemente, a gestante apresenta graves hemorragias o que pode levar a choque hemorrágico e morte. (SILVA, 2008).

Os métodos medicamentosos ou farmacológicos são utilizados por alguns médicos em situações específicas como por exemplo o aborto retido, situação em que ocorre morte do conceito sem que ocorra sua expulsão naturalmente. São utilizadas, por exemplo, prostaglandinas, que determinam a contração da musculatura lisa do miométrio, provocando a expulsão do conceito. Podem ser utilizadas endovenosamente, por via oral, vaginal ou retal. (LIMA, 2000, p. 168-172).

O Misoprostol inicialmente era utilizado para tratamento de úlceras gastroduodenais, porém à partir da observação de que mulheres grávidas em uso da medicação evoluíam com aborto, passou a ser utilizado com tal finalidade, tanto no meio terapêutico como no meio criminoso. (LIMA, 2000, p. 168-172).

No meio médico, além do misoprostol, utiliza-se ainda a oxitocina, substância capaz de estimular a contração uterina. De forma isolada ou associada, podem ser utilizados estrógenos, progestágenos, curetagem e vácuo- aspiração. Antigamente

utilizava-se a laminaria, alga que colocada no canal cervical absorve o conteúdo hídrico local e aumenta de tamanho provocando a dilatação do canal cervical. Alguns centros têm voltado a usar a laminaria para indução do parto. (SILVA, 2008).

Outras substâncias podem determinar a falta de contração do miométrio (parede uterina), com perda sanguínea substancial e potencialmente fatal. É o fenômeno conhecido por atonia uterina. Nestas circunstâncias, frequentemente é necessário intuir-se transfusão de sangue, uso de drogas que promovem a contração uterina e até a realização de histerectomia (retirada do útero).

Há relatos de utilização de agentes físicos como o calor ou a eletricidade diretamente sobre o abdômen grávido. Os métodos mecânicos térmicos são as bolsas de água quente, cataplasmas, que podem causar congestão pélvica e conseqüentemente o aborto. Já o elétrico seria a passagem de corrente elétrica pelo útero. (FÁVERO, 1991, ápod, SILVA, 2008).

Os meios mecânicos ainda são usados com determinada frequência principalmente nas camadas populares incultas e paupérrimas. Os mecânicos indiretos atuam à distância do aparelho genital, por exemplo, sucção dos mamilos, sangrias, banhos, escalda-pés, exercícios extenuantes, queda. Os diretos atuam por pressão sobre a parede uterina, traumatismos da vagina, do colo ou do ovo. São exemplos de meios abortivos mecânicos as agulhas de tricô, talos de mamona, varetas de bambu, pens de ganso, sondas, duchas, dentre outras. Estes métodos apresentam um maior risco de causar aborto incompleto, isto é, a não eliminação ou eliminação parcial do produto conceptual (feto e placenta), tornando imperativa a intervenção médica no sentido de salvaguardar a vida da mulher. (FÁVERO, 1991, ápod, SILVA, 2008).

Traumatismos violentos aplicados diretamente sobre o abdômen grávido, ou em outras regiões do corpo, até extragenitais, podem provocar a interrupção endo-uterina da gravidez, apesar de não frequente. É o caso dos acidentes e violência doméstica, por exemplo. No entanto, não raramente nos deparamos com gestantes que foram atropeladas ou sofreram queda de alturas significativas sem que desenvolvessem qualquer alteração gestacional. (FÁVERO, 1991, ápod, SILVA, 2008).

Nas formas mecânicas de aborto, podem ocorrer graves lesões locais, como perfurações uterinas, das alças intestinais e bexiga. Com a rotura desses órgãos, ocorre contaminação da cavidade peritoneal e conseqüente infecção (pelviperitonite),

que por sua vez é potencialmente fatal quando não feito diagnóstico precoce, fato bastante comum. (SILVA, 2008).

A perfuração do útero é mais comum quando é usado o histerômetro (instrumento que mede a cavidade uterina), a colher de curetagem ou o aspirador, porém o mesmo em mãos experientes e em procedimentos legalmente aceitos pode ocorrer este acidente, sobretudo com o histerômetro. O útero grávido é mais fino, podendo ser perfurado mesmo pelo cirurgião mais experiente. (SILVA, 2008).

Havendo perfuração uterina, a conduta médica pode ser desde observação até histerectomia, dependendo da extensão da lesão. Podem sobrevir infecção, esterelidade, lesão intestinal, vesical, tubárea, arterial e de qualquer outra estrutura pélvica, por exemplo, ureter. (SILVA, 2008).

Ainda vemos como consequência do aborto provocado, a insuficiência cervical que consiste na incapacidade do colo uterino em manter-se fechado numa próxima gestação, determinando o nascimento prematuro ou aborto espontâneo. (SILVA, 2008).

Os métodos cirúrgicos compreendem a microcesariana e a curetagem uterina. A microcesariana é tecnicamente idêntica à cesariana segmentar transversa. Tem os mesmos riscos inerentes a ela e é empregada em gravidez cujo estágio de desenvolvimento é de monta a impedir a passagem do feto pelo canal cervical e colo do útero ou ainda quando há contra-indicação materna para o trabalho de parto, por exemplo, mulher com duas ou mais cesáreas prévias (devido o risco de rotura uterina). (SILVA, 2008).

A curetagem uterina consiste na raspagem, por curetas, das paredes da matriz, após dilatação cervical, para deslocar o ovo e a placenta para o exterior, sob sedação ou sob anestesia, que pode ser geral ou raqueanestesia. (SILVA, 2008).

Alguns autores acreditam que fatores psíquicos com o choque emocional, o susto, o terror, a sugestão, em certas circunstâncias, possam ser determinantes do aborto. É difícil se provar o nexa técnico entre esses agentes e seu efeito.

Para a mulher e sua família ainda restam as consequências psicológicas, como queda na autoestima pessoal pela destruição do próprio filho, frigidez (perda do desejo sexual), aversão ao parceiro, culpabilidade ou frustração de seu instinto materno, desordens nervosas, insônia, neuroses diversas, doenças psicossomáticas e depressões. (DAVINI, 2005).

1.3 Teorias acerca dos direitos da personalidade jurídica

Uma das questões discutidas hoje no direito envolve a situação do nascituro. Por ainda 'estar por nascer' definir seus direitos e, conseqüentemente, sua relação com a personalidade jurídica se torna mais conflitante. A característica, personalidade jurídica, é comum a todos que estão vivos, mas e quanto ao nascituro, quando começa sua vida? Existem teorias para tratar do começo da vida que são as seguintes: Teoria Natalista, Teoria Concepcionista e a Teoria da Personalidade Condicionada.

Mas, quando se entende que um pré-requisito para possuir direitos é a personalidade jurídica, fica incoerente adotar outra teoria senão a Teoria Concepcionista, uma vez que essa defende que a personalidade jurídica de qualquer pessoa começa na concepção, por isso o nascituro é portador da mesma. (GONÇALVES, 2015).

O próprio art. 2º do Código Civil, quando coloca que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” já deixa claro que o nascituro tem direitos e que esses são protegidos por lei. (CÓDIGO CIVIL, Lei nº 10.406/2002).

Alguns desses direitos são: o direito a vida, a receber heranças, de pleitear alimentos do possível pai. Mas devido a sua condição de incapacidade, esses direitos são defendidos por um representante legal, que pode ser a própria mãe que o está gerando.

Segundo Maria Helena Diniz “nascituro é todo aquele que já foi concebido, ou seja, o resultado do encontro do gameta masculino com o feminino e posterior processo de nidação pelo qual o zigoto se prende ao endométrio da mulher para o seu desenvolvimento”. Ou, como indica seu significado, “aquele que esta por nascer, que deverá nascer”.

De acordo com Maria Helena Diniz (2002, p.27):

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida iniciase no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.

Mas há um ponto que gera discordância: é o momento exato em que começa

a vida. É a partir desse que se inicia a personalidade jurídica e a obtenção dos direitos. Por isso existem algumas teorias que abordam esse assunto: a Teoria Concepcionista na qual a vida começa na concepção, a Teoria Natalista que defende o início da vida após o nascimento e a Teoria da Personalidade Condicionada que afirma que há personalidade no nascituro, mas essa é confirmada após o nascimento.

Segundo a teoria concepcionista “a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto” (ALBERTON, 2001. p. 35).

É a partir desse momento que começa a personalidade jurídica, que é a aptidão para figurar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica, ou seja, possuir direitos.

O Código Civil Brasileiro, de 2002, em seu art. 2º protege os direitos do nascituro: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos humanos do embrião e do nascituro”. Não o define devido à necessidade de abranger áreas diversas do conhecimento, mas garante que o nascituro possui alguns direitos e conseqüentemente, personalidade jurídica. (CÓDIGO CIVIL, Lei nº 10.406/2002).

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 113):

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica.

Um dos direitos mais básicos do nascituro é o direito à vida, uma vez que a prática do aborto é considerada criminosa pelo direito brasileiro, art. 124 do Código Penal.

Outro direito que o nascituro possui é a alimentos. Definido por Alexandre Marlon da Silva Alberon (2001, p. 74 - 75) como:

O termo ‘alimentos’ vem significar tudo aquilo que é indispensável para satisfazer as necessidades da vida, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como indispensável à manutenção da vida, tanto física como intelectual e moral.

Também, por meio do seu representante legal, devido a sua incapacidade, o nascituro tem direito a receber bens por doação, sendo que essa só é concretizada após o nascimento com vida do mesmo, caso isso não ocorra é como se a doação

não tivesse ocorrido.

Ainda segundo Clovis Beviláqua (citado na obra de Carlos Roberto Gonçalves p. 94), personalidade jurídica é “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”. Ou seja, é a competência para figurar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica. (BEVILÁQUA, ápod, GONÇALVES, 2014).

Essa figura jurídica está diretamente ligada à posse de direitos e deveres, portanto só tem direito a algo quem possui personalidade jurídica. Diante desse conceito a afirmação de que o nascituro não é detentor da personalidade jurídica se torna incoerente, uma vez que são inúmeros os seus direitos.

Maria Helena Diniz (2002, p. 112) pontua que: “Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica”, ao tratar do nascituro.

A personalidade jurídica começa com a vida e é nesse ponto que se encontra o conflito, pois existem teorias diferentes para tratar do momento em que começa essa vida, sendo elas: Teoria Natalista, Teoria Concepcionista e Teoria da Personalidade Condicionada.

A adotada pelo Direito Brasileiro é a Teoria Natalista, na qual a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida. “Para se dizer que nasceu com vida, todavia, é necessário que haja respirado. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido em seguida” (GONÇALVES, 2014, p. 101). Ou seja, o judiciário brasileiro não aceita que o nascituro possua personalidade jurídica, mas o concede inúmeros direitos e a proteção dos mesmos.

Isso acaba se tornando uma inconsistência que gera discussões, uma vez que a posse de direitos está intimamente ligada à personalidade jurídica. Uma possibilidade para contornar essa situação seria a troca da teoria aceita, Teoria Natalista, pela Teoria Concepcionista.

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência

do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Destarte, a teoria concepcionista coloca que a vida começa desde a concepção, ou seja, a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando um ovo ou zigoto e esse zigoto, ou nascituro, por ser um ser vivente, é um possuidor da personalidade jurídica. (GONÇALVES, 2015).

A justificativa utilizada por alguns para não adotarem essa teoria está no fato de afirmarem que a mãe e o nascituro são um só, mas é importante colocar que o nascituro é um ser individualizado, com características próprias em relação à sua mãe, ele apenas depende de determinadas condições que a mãe disponibiliza, em seu útero, para o seu desenvolvimento.

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Para a teoria concepcionista o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse entendimento é defendido por doutrinadores como Maria Helena Diniz, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho, Silmara Juny Chinelato, dentre outros.

Por conseguinte, tem-se a teoria da personalidade condicionada aduzindo que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil:

Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

Percebe-se na verdade, que também a teoria da personalidade condicionada é em sua essência, natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em um ordenamento jurídico que se depara com diferentes anseios sociais diariamente, faz-se necessária uma análise sobre qual teoria melhor se aplica ao caso concreto, para assim obter sucesso na resolução das lides processuais, resguardando os direitos conferidos ao nascituro desde a sua concepção de forma satisfatória.

1.4 O aborto na legislação brasileira: a Constituição Federal e o Código Penal

A legislação, ao contrário da medicina, não define tempo limite para a ocorrência do aborto, aceitando a denominação desde a concepção até o termo.

Brandão afirma que o abortamento consiste, em essência, na morte do concepto antes de sua viabilidade. Quando provocado dolosamente, tipifica o crime de aborto, tratado nos artigos 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro. (SILVA, 2008, *ápu*d, BRANDÃO, 1993).

Aborto provocado é um crime doloso, contra a vida, de ação pública incondicionada, sujeito, portanto, a julgamento pelo tribunal do júri. A lei protege a vida humana, a pessoa humana em formação e não a vida autônoma.

O tipo penal só ocorre na forma dolosa, devendo ser demonstrado os meios necessários à interrupção da gravidez para se tipificar o delito. Havendo aborto, mas não tendo havido a interferência externa sobre a gravidez, ou não sendo esta demonstrada, não há como caracterizar o crime. Caso o feto sobreviva à manobra abortiva, o crime não terá se consumado, mas tentado.

O Estado protege o nascituro através de suas leis dando ênfase ao direito à vida, integridade física e psíquica.

O nascituro tem seus direitos garantidos, além das nossas leis, através de convenções, declarações e recomendações internacionais tais como: Declaração de Genebra, Pacto de São José da Costa Rica e as Recomendações n.º 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa. (DAVINI, 2005).

O Código Civil, em seu artigo 4º dispõe que a personalidade do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. (CÓDIGO CIVIL, Lei nº 10.406/2002).

O Código Penal, em seus artigos 124 a 128, adota medidas coercitivas contra a prática de aborto. As condutas previstas nestes artigos referem-se à provocação do aborto, ocorrendo a morte do produto da concepção tanto dentro como fora do útero e independentemente os meios utilizados para alcançá-lo.

O Código Penal protege tanto os fetos viáveis quanto os inviáveis, normais ou não. Em geral, o ato é pretendido pela gestante e o conceito é o verdadeiro alvo. Portanto, ela é a própria agente ou co-participante, por isso protege e oculta o co-autor.

O artigo 124 dispõe “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. (CÓDIGO PENAL, Decreto – Lei nº 2.848/1940). No caso de auto-aborto a punição a ser aplicada à gestante é a descrita neste artigo: detenção de um a três anos. Caso terceiro participe por instigação, induzimento ou auxílio secundário à gestante a prática de aborto, a pena será a mesma.

Haverá crime impossível se o meio empregado for inteiramente ineficaz e consistirá em tentativa inidônea as manobras realizadas em mulher que não se encontra grávida ou na qual o feto já esteja morto.

Poderá ocorrer o aborto por omissão nos casos onde as pessoas envolvidas têm o dever jurídico de impedir esse resultado. Sendo assim, o médico, a parteira ou enfermeiro, que dolosamente, não tomarem as medidas para evitar tal resultado, responderão por aborto. (SILVA, 2008, *ápu*d, FÁVERO, 1991).

Artigo 125: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Este artigo trata sobre o aborto praticado por terceiro, sendo a pena cominada mais grave pela falta de consentimento da grávida. Sempre que houver problemas em relação ao consentimento, quer seja pela falta de capacidade da grávida (menor de 14 anos), por debilidade mental, alienação ou utilização de fraude, grave ameaça e violência, o delito será o previsto neste artigo e não o do artigo 126. A pena nesse caso é de reclusão de três a dez anos. (CÓDIGO PENAL, Decreto – Lei nº 2.848/1940).

O artigo 126 se refere ao aborto consensual: Provocar o aborto com consentimento da gestante. Neste caso, a gestante irá responder pelo crime previsto no artigo 124 e o executor será punido de forma mais severa como demonstra este artigo: Pena – reclusão de um a quatro anos.

O consentimento pode ser expresso ou tácito e deve existir desde o início até a consumação do crime. Caso a gestante revogue o consentimento durante o crime, o agente irá responder pelo que está previsto no artigo 125. No entanto, se o agente supôs, justificadamente, que houvera consentimento ele responderá pelo artigo 126 e não pelo 125, dado o erro de tipo.

O aborto qualificado é tratado no artigo 127. Esse artigo se refere ao crime preterdoloso, em que o agente não quer o resultado, mas assume o risco da consequência. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Não ocorre a qualificadora quando houver lesão grave necessária para o aborto, pois ela é consequência normal do fato. Se a ofensa corporal for de natureza leve, o executor responderá pelo artigo 124 e não pelo 127. (SILVA, 2008, *ápu*d, FÁVERO, 1991).

O artigo 128 trata sobre o aborto legal e dispõe que não se punirá o aborto praticado por médico (aborto necessário) se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se o aborto é em gravidez resultante de estupro e é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental, piedoso ou moral). (RIBEIRO, 2008).

O aborto terapêutico embasa-se no estado de necessidade. Para ser realizado obrigatoriamente têm que estar presentes os seguintes itens: perigo vital e real da gestante sob influência da gravidez, sendo a interrupção da gravidez fundamental e a única forma de cessar o perigo de vida da gestante.

O aborto necessário visa salvar a vida da gestante quando há risco de vida decorrente de diversas doenças, como tuberculose, anemia profunda, diabetes, cardiopatias, câncer uterino, entre outras.

Contudo, no decorrer do século XX, diversos médicos se insurgiram contra o aborto em mulheres com essas doenças, alegando ser essa prática uma agravante do quadro em vez de uma atenuante. (DAVINI, 2005).

O médico que realizar o aborto necessário não será punido criminalmente, desde que haja laudo de médicos atestando que a gestação trará risco de vida á gestante. Neste caso, o juiz deverá excluir a ilicitude do crime, absolvendo o médico, por se tratar um direito público subjetivo do autor do fato, também remediável por habeas corpus. (DAVINI, 2005).

Igualmente não se pune em nosso país, o chamado “aborto sentimental”, ou seja, aquele decorrente de estupro, desde que haja aquiescência da vítima ou se incapaz, de seu representante legal e desde que praticado por médico devidamente constituído. Esta norma permissiva tem cunho de proteger a mulher, não a obrigando a ficar com o fruto de um ato violento, não desejado, não querido. Prioriza a vontade da gestante como propulsor da autorização do aborto. (DAVINI, 2005).

O Alvará Judicial que muitas vezes é exigido por muitos médicos para a realização do aborto autorizado, não se faz necessário em nenhum desses dois casos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no dia 12 de Abril de 2012 que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos ou antecipação terapêutica do parto também não constitui crime de aborto, tipificado nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. Foram 8 votos a favor da interrupção e 2 contra, cabendo a gestante decidir se leva a gestação adiante ou realiza a antecipação terapêutica do parto, sem necessidade de decisão judicial para tanto. Em parecer, o procurador geral da República, Roberto Gurgel, já havia se manifestado a favor da possibilidade de escolha da gestante de interrupção de gravidez nesses casos.

A decisão do STF foi resultado de dois dias de julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADFP 54), ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) defendendo a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. (SILVA, 2008).

Para a maioria dos ministros, não há aborto no caso dos anencéfalos porque não há vida em potencial e, por isso, não há crime. Pela legislação brasileira, o aborto é permitido apenas em casos de estupro e de risco à vida da gestante.

Em sua manifestação, Roberto Gurgel ressaltou que a discussão situa-se no domínio da medicina, sem que isso envolva quaisquer escolhas morais relacionadas à interrupção voluntária da gravidez viável. O que é defendido pela Procuradoria Geral da República é o direito fundamental da gestante de decidir sobre o prosseguimento, ou não, da gestação em caso de anencefalia. Segundo a medicina, a anencefalia é uma patologia em que o feto não tem calota craniana ou cérebro e ao nascer, tem poucas horas de vida. A escolha sobre o que fazer nessa difícil situação tem de competir à gestante, e somente a ela, que deve julgar de acordo com seus valores e a sua consciência, e não ao Estado. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Existem dois tipos de elementos do crime: o subjetivo e o objetivo. O primeiro é representado pela intenção específica do agente em interromper a gravidez,

expulsar o embrião. Apresenta variantes como define Marciano (Tratado de Direito de Eugênio Floriano): sofrido (a mulher é vítima), consentido (ela participa), procurado (ela é autora). Há ainda aquele que por consequência a lesões corporais ou ainda qualificado, se não sobrepostas lesões ou morte da gestante. O segundo é a morte do feto, a qualquer tempo, antes do nascimento.

A perícia no caso de aborto se destina a confirmar o diagnóstico de gravidez atual ou pregressa e a ocorrência ou não de aborto.

Comprovando-se a presença de gravidez atual ou recente, deve-se tentar estimar o tempo de gestação e em que época ocorreu o aborto. Não havendo comprovação de gravidez não pode haver aborto e por conseguinte trata-se de crime impossível. (DAVINI, 2005).

É preciso diferenciar aborto espontâneo, traumático (acidental), provocado e decorrente de lesão corporal. No caso de aborto provocado, a perícia deve verificar a presença de vestígios de trauma (lesões, secreção purulenta), buscando comprovar a prática abortiva e estabelecer onexo causal entre a ação e o dano, identificando o meio causador do aborto sempre que possível. (SILVA, 2008).

Os restos fetais e placentários devem ser encaminhados para exame necroscópico ou anátomo- patológico (COELHO E JARJURA, 2008, p. 144-154).

Não se esquecer de que a paciente / pericianda é um ser humano e deve ser dada especial atenção ao estado clínico geral, padrões hemodinâmicos, sinais de infecção, enfim, proceder-se ao exame e descrição completa. O estado psicológico também deve ser descrito devido o risco de intoxicações. Sugere-se coleta de exame toxicológico, ou pelo menos que se mantenha amostra disponível no caso de solicitação judicial. (SILVA, 2008).

As lesões observadas no embrião devem ser relatadas em prontuário pelo médico assistente que posteriormente encaminhará o feto e anexos para o Instituto Médico Legal. Se houver informações, descrever a data e as manobras realizadas e horário das expulsões. Do mesmo modo, se houver relato de ingestão de droga, procurar estabelecer o que, quanto e quanto (dose). (Silva, 2008, *ápu*d, Fávero, 1991).

As lesões encontradas podem variar de pequenos sangramentos e escoriações locais até a morte nos casos mais graves. A morte pode decorrer da intoxicação, de hemorragias, de infecções, de rompimentos de órgãos internos, como a bexiga e o intestino, além do próprio órgão genital. Os casos mais graves, em geral, podem ser associados ao aborto provocado, onde a presença de escoriações,

perfurações do útero e da vagina, de vísceras abdominais e muitas vezes o produto ou parte do aborto ainda no corpo da mulher denunciam a prática criminosa. Já nos casos de aborto espontâneo as lesões não são frequentes, da mesma forma que nos casos autorizados por lei, nos quais diversas precauções são tomadas para preservar a integridade da mulher. (DAVINI, 2005).

O artigo 127 do Código Penal estabelece que as penas cominadas nos crimes de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (artigo 124), e no aborto provocado por terceiro (artigo 125), “são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. Nestes casos os legisperitos verificarão se houve ou não lesão corporal grave na gestante, para posterior aplicação deste artigo. (DAVINI, 2005).

Capítulo II – Aborto: um problema de saúde pública.

A trajetória das mulheres na busca por seus direitos provém de décadas atrás. Entre esses direitos está o acesso aos serviços e ações de saúde de qualidade, o que não acontece efetivamente no Brasil, mesmo após a implantação de políticas públicas que incluem a saúde sexual e reprodutiva das mulheres.

O aborto realizado de maneira insegura, em contextos de ilegalidade, tal qual a situação brasileira, resulta em sérias consequências para a sociedade, pois compromete a saúde da mulher, com elevada morbimortalidade. Além disso, sobrecarrega o sistema de saúde, implica em custos, diminui a produtividade, traz inúmeras repercussões familiares e estigmatiza a mulher. (SEDGH *et al.*, 2007).

Em se tratando dos direitos das mulheres, especificamente os relacionados à saúde sexual e reprodutiva, é importante enfatizar que o planejamento familiar, inserido nas Estratégias de Saúde da Família, precisa realizar ações direcionadas à saúde integral da mulher, não a restringindo ao seu papel social de procriação, mas também abrangendo a prevenção da gravidez indesejada, que, por conseguinte, pode desencadear o aborto induzido. A principal problemática do aborto induzido está associada à gravidez, sendo preciso, portanto, ampliar as possibilidades de planejar a gestação, valorizando assim, o Planejamento Familiar.

2.1 O aborto clandestino como problema de saúde pública no Brasil

O abortamento clandestino constitui a quinta causa da morte materna no país, “situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto”, afirma o próprio governo brasileiro no relatório elaborado para o evento “Pequim + 20”, que aconteceu em 2016, na 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU). (GRANJEIRA, 2016).

Além do aborto, uma grande preocupação do governo brasileiro e da ONU é a mortalidade materna, tema do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Em 2013, 65 mil mulheres morreram no Brasil por complicações ao dar à luz, durante ou após a gestação ou causadas por sua interrupção. De acordo com o Ministério da Saúde, o Brasil tem hoje 62 casos a cada 100 mil nascimentos. (GRANJEIRA, 2016).

Não se classifica um problema como sendo de saúde pública se ele não tiver

ao menos dois indicadores: primeiro não pode ser algo que aconteça de forma rara, tem de acontecer em quantidades que sirvam de alerta. E precisa causar impacto para a saúde da população. Nós temos esses dois critérios preenchidos na questão do aborto no Brasil, mas essa é uma ótica nova, explica o ginecologista e obstetra representante do Grupo de Estudos do Aborto (GEA) Jefferson Drezett, que há mais de 10 anos coordena um serviço de abortamento legal no país. Só para contextualizar, segundo a OMS, hoje são 20 milhões de abortos inseguros sendo praticados no mundo. 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. (VARELLA, 2014).

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. (VARELLA, 2014).

Ainda segundo Jefferson, “o aborto clandestino não é necessariamente inseguro. Ele pode ser feito em clínicas clandestinas, porém com todas as condições de higiene, por médicos treinados, quando a mulher tem dinheiro para pagar. A diferença entre as chances de morrer em um aborto inseguro e apenas clandestino é de 1000 vezes. Então acaba se criando uma desigualdade social, uma perversidade, porque uma mulher que tem um nível socioeconômico bom, têm acesso a clínicas clandestinas, que não são legalizadas, mas são seguras. Esse aborto pode custar mais de dois mil dólares. Enquanto um aborto inseguro pode custar 50 reais” diz o ginecologista. (VARELLA, 2014).

Com relação à mortalidade materna, resultados preliminares indicam que a redução acentuou-se nos últimos anos. No entanto, mais de 66% dos óbitos maternos ainda resultam de causas diretas relacionadas à gravidez – em grande medida evitáveis”, admite a SPM no relatório enviado à ONU. A alta taxa de cesáreas, o excesso de intervenções desnecessárias, a falta de treinamento de equipes especializadas e a proibição do aborto são alguns dos fatores apontados como barreiras para que o risco diminua mais no país. (GRANJEIRA, 2016).

Segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo, cerca de um milhão de mulheres abortam no Brasil todos os anos. (VARELLA, 2014).

Mariana Varella (2014) assevera que:

As católicas e as evangélicas abortam; as loiras, as morenas, as afrodescendentes, as pobres, as ricas, as adolescentes, as casadas, as que saem com vários parceiros, as que tiveram apenas uma relação sexual na vida e as que são mães, também. E vão continuar abortando, pois a decisão de interromper uma gravidez é pessoal e envolve várias questões que não podemos controlar.

As medidas de saúde pública adotadas pelo Estado levam em consideração, entre outros aspectos, o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que afirma que “o Estado tem o compromisso com a tomada de medidas políticas, sociais e econômicas no sentido de promover e recuperar a saúde da população, de modo a reduzir os agravos que causem mal à coletividade.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, 1998, art. 196).

Há grande disparidade regional na incidência do abortamento provocado. A distribuição dos riscos de abortamento induzido por Unidades da Federação mostra uma desigualdade marcante, com uma linha de clivagem quase perfeita, onde os Estados das Regiões Sudeste (menos Rio de Janeiro), Sul e Centro-Oeste (menos o Distrito Federal) apresem taxas inferiores a 20,4 abortamentos/1000 mulheres de 10 a 49 anos. Nos Estados do Norte (menos Rondônia) e Nordeste (menos Rio Grande do Norte e Paraíba) estas taxas são maiores que 21,1/1000 (Estado do Rio de Janeiro) e chegam a mais de 40 abortamentos/1000 mulheres de 10 a 49 anos nos Estados do Acre e Amapá. (INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS e IMS, 2005).

Entre as adolescentes de 15 a 19 anos, a distribuição geográfica aponta para as Regiões Norte e Nordeste como as que apresentam maiores riscos de aborto induzido, junto com o Distrito Federal e os Estados do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro. (INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS e IMS, 2005).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demonstrou “preocupação com as altas taxas de mortalidade materna devido a abortos ilegais, particularmente nas regiões ao Norte do país, onde as mulheres têm acesso

insuficiente aos equipamentos de saúde pública”, recomendando “que o Estado empreenda medidas legislativas e outras, incluindo a revisão de sua legislação atual, a fim de proteger as mulheres dos efeitos de abortos clandestinos e inseguros e assegure que as mulheres não recorram a tais procedimentos prejudiciais”. (INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS e IMS, 2005).

Mais importante que a discriminação é a regulamentação de sua prática para banir a mais terrível consequência que a clandestinidade encerra e os números revelam: ninguém está cumprindo pena por haver se submetido a um aborto, mas as estatísticas informam que, a cada nascimento, corresponde um aborto. Há dados mais cruéis: todos os anos são realizados no mundo mais de 20 milhões de abortos, que resultam em 78 mil mortes; a cada dia quase 1.400 mulheres – uma a cada minuto – morrem de complicações decorrentes da gravidez, do parto, ou da tentativa de abortamento. O risco de morte é de um em cada sessenta e cinco casos. (DIAS, 2007).

Daí a necessidade da desclandestinação do aborto por ser uma violência contra a vida – contra a vida da mulher e da própria criança que quando vem a nascer sofre com o emocional abalado de uma mãe que não queria e não estava preparada para sua chegada, com a falta de amor, condições adequadas de cuidado, e por fim o abandono.

2.2 O impacto da criminalização do aborto sobre as mulheres pobres

As especificidades sociais do país e a lei autoritária de 1940 da criminalização do aborto perpetuam um ciclo de marginalização da mulher brasileira, atingindo principalmente as da periferia, que não tem condições sócio econômicas de arcar com um procedimento minimamente seguro. Dados da Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) mostram que até o final de sua idade reprodutiva, uma em cada cinco mulheres já fizeram aborto. (Braga, 2017).

No Brasil, a sexualidade e a reprodução são assuntos impregnados de julgamentos e limitações morais até hoje. Quando falamos da mulher isso é ainda mais intenso, afinal, desde a adolescência, o sexo para elas está ligado, em sua maioria, à reprodução ou felicidade do parceiro.

A mulher adolescente não conhece questões sobre o prazer e a autonomia de seu corpo. Quando falamos da educação sexual nas escolas, falamos de uma padronização de regras acerca da sexualidade. Pouco se fala das especificidades do gênero feminino, o espaço de pouca intimidade engessa o diálogo e limita o campo do entendimento sobre métodos de proteção para as meninas. (Braga, 2017).

Essas mulheres que estão sujeitas a precariedade do aborto clandestino em sua maioria não concluíram os estudos. A PNA, realizada em 2010, revelou que, nas áreas urbanas do Brasil, 23% das mulheres que fizeram aborto tinham até o quarto ano do ensino fundamental. Estas estão na luta diariamente para assegurar o sustento de suas famílias, enfrentando inúmeras dificuldades de inserção no mercado de trabalho, além da diária opressão machista nas ruas e meios de transportes. (Braga, 2017).

Apesar das diferenças de tratamento, a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), realizada em 2010 pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, mostra que, aos 40 anos, uma em cada cinco mulheres já fez ao menos um aborto. E que o perfil é o da mulher comum em idade reprodutiva. “Não existe surpresa nisso. São mulheres de diversas classes sociais e religiões se arriscando, porque a clandestinidade oferece risco. As diferenças mais uma vez estão no fato de que quanto mais pobre essa mulher, mais riscos ela corre por causa dos métodos aos quais tem acesso” explica a autora da pesquisa Débora Diniz.

Esta leitura se confirma também no relatório feito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro em parceria com a organização internacional IPAS “Mulheres incriminadas por aborto no Rio de Janeiro: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça”, que pesquisou casos de criminalização de mulheres por aborto e entrevistou juízes, desembargadores, promotores e atores do judiciário em geral e concluiu que: “é muito mais comum que uma mulher seja incriminada por aborto quando ela utiliza um método abortivo ‘caseiro’ (remédios obtidos no mercado paralelo e outros métodos) do que quando ela recorre à clínica. Estes casos são justamente aqueles nos quais o procedimento dá errado (a mulher reage à medicação) e cai no sistema público de saúde; lá, um servidor público (em alguns casos o médico do posto, em outros um policial militar de plantão) a encaminha para a polícia. Este aspecto

demonstra claramente o recorte socioeconômico dessa modalidade de criminalização: a maior parte das mulheres que utiliza os serviços públicos de saúde é pobre, muitas das quais desempregadas ou com ocupações de baixa remuneração”.

O relatório compara ainda duas sentenças dadas a mulheres diferentes: uma mulher de classe média, professora, mãe de dois filhos que foi presa após realizar aborto em clínica clandestina e teve a fiança arbitrada em 300 reais e outra mulher sozinha, que trabalhava como prostituta e mal sabia ler e escrever e teve a fiança arbitrada em três mil reais. Em geral, o perfil da mulher se repetia: pobre, pouco instruída, moradora de periferia. Contudo, este não é necessariamente o perfil das mulheres que fazem aborto, mas sim o perfil das mulheres que são presas por terem feito aborto. Deste aspecto percebe-se uma grande diferença. O sistema captura apenas algumas mulheres, as que necessitam se submeter à saúde pública. Aquelas que encontram outras soluções privadas, não são atingidas. Um claro retrato do recorte socioeconômico e que infelizmente retrata também a condição de vulnerabilidade e abandono em que se encontram tantas crianças no Brasil, uma vez que mulheres que não se sentem preparadas ou não querem levar a gravidez adiante ao não conseguir realizar um aborto, quer seja ele de forma segura ou não, acabam excluindo esses filhos de suas vidas, trazendo consequências terríveis e que a longo prazo desencadeiam problemas socioeconômicos, psicológicos e emocionais para o resto da vida de ambos.

2.3 As consequências que a continuação de uma gravidez indesejada pode trazer à vida da mulher e da criança

Embora considerada um momento especial para muitas mulheres, a notícia da gravidez é recebida com insegurança por algumas mães. A questão se agrava quando ter um filho não estava nos planos. Em casos assim, algumas gestantes choram muito, principalmente nos primeiros meses da gestação, e até cogitam o aborto.

A gestação indesejada, quando levada até o seu final com a realização do parto, pode resultar em distúrbios na relação mãe-filho e na má formação do vínculo materno-filial. As consequências imediatas podem ser a síndrome de negligências pediátricas e os maus tratos com a criança. (PITSCH, 2016).

Segundo especialistas, a situação pode levar a doenças psiquiátricas, delinquências, comportamento criminal e ao alcoolismo nos filhos de gravidez indesejada. (PITSCH, 2016).

Normalmente as mulheres que se encontram em uma gestação indesejada também não estão preparadas emocionalmente, por isso pode haver a depressão pós-parto ou durante a gravidez, diminuição da autoestima e problemas afetivos entre a mãe e o bebê. Isso faz com que, muitas vezes, essas crianças sejam colocadas para adoção ou criadas pelos avós, sem que haja qualquer contato maternal. (SEDICIAIS, 2007).

É muito comum que durante e após a gravidez indesejada a mulher abandone os estudos ou o trabalho, pois acreditam que não é possível conciliar as duas coisas, além de sofrerem imensa pressão da sociedade e, muitas vezes, da própria família em relação ao casamento e a ocorrência da gravidez.

O fato da mulher não estar preparada fisicamente e emocionalmente pode aumentar as chances de parto prematuro, do nascimento do bebê com baixo peso e, até mesmo, do risco de alterações no desenvolvimento da criança. (SEDICIAIS, 2007).

Devido a todas as implicações que a gravidez indesejada pode provocar, este tipo de gestação é considerado uma gravidez de alto risco e deve ser acompanhada por profissionais de saúde qualificados para evitar ou diminuir o impacto das consequências na vida da gestante e da criança.

Até os anos 80, a Romênia socialista reconhecia a prática do aborto e prestava assistência médica regular às mulheres, até que, repentinamente, a pretexto de retomar o crescimento vegetativo, relegou ao sexo feminino o ancestral papel de mero procriador e transformou o assunto em caso de polícia, proibindo-o. Não é de estranhar que a reação das romenas fosse acorrer às clínicas clandestinas de aborto, mesmo pagando um tributo altíssimo de vidas. Só diante dessa tragédia é que o governo recuou, liberando o aborto novamente a partir dos anos 90. (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2010).

Emblemático, esse exemplo mostra que, legal ou ilegal, a prática ocorre quando a gravidez não é desejada pela mulher. É a única arma de que ela dispõe, aqui e alhures, ante a inflexibilidade praticada pela sociedade arraigada em culturas da consciência, ou mesmo pela própria natureza, que não lhe oferece outra saída que não seja a concepção. Isto vale para qualquer sociedade que penaliza o

abortamento pura e simplesmente, sem oferecer uma alternativa diante de uma gravidez indesejada.

O fato de a gestação continuar não sendo aceita pode levar a consequências para a mãe e a criança. Segundo estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS), metade das gestações são indesejadas e uma em cada nove mulheres recorre ao aborto. No Brasil, os cálculos mostram que o índice de abortamento é de 31%. A gravidade da situação do abortamento também se reflete no Sistema Único de Saúde (SUS), pois a curetagem após abortos é uma das cirurgias mais realizadas (três milhões de procedimentos foram realizados entre 1995 e 2007). Além disso, o aborto é considerado a quarta causa de morte materna no país, tendo sido considerado a principal causa em 2005. (MARIN, et al., 2012).

Depreende-se, portanto, que as experiências de cuidados durante a gestação e a infância influenciam no desenvolvimento cognitivo, emocional e social da criança que pode desenvolver habilidades positivas se criada em um ambiente que apesar das dificuldades, aceite sua chegada e lide com ela de forma amorosa, participativa e saudável, ou o contrário, quando da rejeição desde a gestação até o nascimento, gerando traumas insuperáveis e causadores de problemas a longo prazo irreparáveis na vida deste indivíduo.

Diante de famílias que não planejaram ou não aceitaram a gestação, torna-se necessário o acompanhamento e o apoio emocional, no sentido de minimizar os sentimentos de culpa, rejeição, insegurança e angústia presentes desde a confirmação da gravidez.

É importante que os profissionais de saúde que acompanham o pré-natal identifiquem a aceitação ou não da gestação, a qualidade da relação conjugal e o número de filhos, fatores que estiveram associados (ou quase) com as dificuldades de desenvolvimento da criança. A identificação desses fatores permitirá que se proponham intervenções que modifiquem essa relação com a gestação e, conseqüentemente, com a criança que está em desenvolvimento, além de possibilitar o planejamento de ações preventivas. (MARIN, et al., 2012).

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

– Lugar de Afeto e Respeito – onde o maior direito é o direito ao amor. Direito de todos e de cada um. (DIAS, 2007).

CAPÍTULO III – DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA PERSPECTIVA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade) tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Esse princípio, largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente. (CAPEZ, 2005, p. 322).

Na seara administrativa, segundo o mestre Dirley da Cunha Júnior, a proporcionalidade “é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.50).

Nesse sentido, passaremos a estudar o princípio da proporcionalidade e sua aplicação na descriminalização do aborto segundo decisão proferida pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 124.306 / RJ de 2017.

3.1 Da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação pelo STF: apresentação do caso.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Dos autos extrai-se que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta”.

Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes. Entretanto, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, decretando a prisão preventiva dos pacientes, fundamentando-se na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Por conseguinte, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese.

Neste habeas corpus, os impetrantes alegam que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentam que: (i) os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; (ii) a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e (iii) não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Daí o pedido de revogação da prisão preventiva, com expedição do alvará de soltura. (Voto do relator)

Em 8.12.2014, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu a medida cautelar pleiteada, em benefício dos acusados Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Em 27.06.2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora Dias Ferreira, Jadir Messias da Silva e Carlos Eduardo de Souza e Pinto.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pela Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem, cassando-se a liminar deferida aos pacientes e estendida aos corréus.

Iniciado o julgamento, o Ministro Marco Aurélio votou pela admissão do habeas corpus e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, nos termos da liminar anteriormente deferida. Pediu vista antecipada dos autos para uma análise mais detida da matéria.

Todas essas questões são centrais na temática abordada, conforme tratadas no referido voto. Sem embargo é a relevância do HC em questão que vai além de

mera análise processual. Isso se torna tão evidente que, de pronto percebemos que, mesmo se tratando de instrumento substitutivo do recurso ordinário constitucional, levando o feito à sua extinção, dada jurisprudência majoritária da turma, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual, se realizou análise meritória e se concedeu a ordem de ofício dado o caráter ímpar da questão constitucional e de suma importância para a sociedade.

No exame da questão, o ministro Barroso sublimou que, conforme já havia assinalado o relator, o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que demonstrem a necessidade da custódia cautelar ou de risco de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus, limitando-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar aborto com o consentimento da gestante”. Ressaltou, porém, outra razão que o levou à concessão da ordem.

Barroso destacou que é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos. “No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”, observou.

Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres.

Advertiu, porém, que não se trata de fazer a defesa da disseminação do procedimento – “pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro”, afirmou. “O aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas”.

Para o ministro, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos

artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Como o Código Penal é de 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção. “Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva”, concluiu. (Voto do relator)

Os artigos 124 a 126 trazem a tipificação penal do crime de aborto voluntário, que penalizam tanto o aborto provocado pela gestante, quanto por terceiros, ainda que com consentimento da mesma. Todavia devemos nos ater a inconstitucionalidade de tal tipificação penal, conforme suscitado pelo Exmo. Ministro: (Voto do relator)

A questão do aborto é, de fato, uma questão delicada para a nossa sociedade que advém desde a pré-modernidade se analisarmos o que de fato pauta a problemática da questão.

Ainda sobre a fala do Ministro votante, ele traz à tona argumentos que tangem a violação dos direitos fundamentais da mulher – violação à autonomia da mulher, violação do direito à integração física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como a violação à igualdade de gênero e a discriminação, necessário um esforço para ir além e conseguir visualizar a interferência maior que determinou, inclusive, na demora para que o Supremo adentrasse nessa discussão de forma satisfatória. Podemos vislumbrar um argumento inicial no sentido de que há, na perspectiva das ações do Estado, forte influência do indivíduo e de sua moralidade. Nesse sentido, afirma Roberto Arriada Lorea:

Quando se trata de enfrentar o tema do aborto à luz do direito, é importante nos distanciarmos de concepções sedimentadas no senso comum. Mesmo que o senso

comum esteja reproduzido no discurso de personalidades renomadas na cena jurídica nacional, como veremos adiante.

Resta evidenciado que, quando se trata de um tema tão complexo quanto este, a moralidade do indivíduo deve ser tida apenas de forma privada e não imposta a uma coletividade. Verifica-se, portanto, que, quando isso ocorre - imposição de um preceito individual, ou até mesmo de uma determinada coletividade, que se impõe a todos - temos um ferimento grave ao tratamento igualitário previsto em nossa Constituição Federal.

Não existe uma moral que seja compartilhada por todos. As pessoas não estão impedidas de crer em uma normatividade acima de todos, entretanto essa normatividade não pode ser coagida a ninguém. Basta que uma pessoa discorde dessa normatividade, tida como geral, para que ela não seja fundamento em uma sociedade democrática do direito.

Todavia, tende-se a buscar dentro do direito, fundamentos que satisfaçam a coletividade e que venha a abranger a todos os indivíduos. É nesse aspecto, portanto, que se verifica o uso de elementos transcendentais na formação do discurso jurídico. E são esses elementos transcendentais que reverberam na esfera do direito vindo a comprometer a tentativa de neutralidade do Estado.

Podemos verificar essa tentativa de afastamento do indivíduo, como quando no voto do eminente ministro Barroso onde ele afirma que:

O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho.
O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. *(voto do relator)*

Consonante ao Habeas Corpus 124.306 que trata sobre a legalização do aborto até o terceiro trimestre de gestação, temos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.510 que versa sobre a autorização do uso de embriões para pesquisa com células-tronco. As discussões produzidas no curso da

ADI se mostraram de suma importância para o debate entre o Direito e a Ética, e os limites dos avanços tecnológicos frente ao ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando o papel do Biodireito na sociedade moderna.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) tombada sob o número 3.510 foi proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), representado pelo ex procurador da República Carlos Fonteles. A referida ADI tinha o propósito de combater o artigo 5º da Lei número 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, declarando-o inconstitucional. Estabelece o art. 5º do diploma legal citado:

Art. 5º:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

Os argumentos do Ministério Público Federal na defesa da inconstitucionalidade do artigo 5º se baseavam, resumidamente, na defesa da vida como direito inato do embrião, ainda que seja o mesmo conservado *in vitro*, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana agregado ao princípio da isonomia, sob alegação de que o direito à vida é premissa que deve ser assegurada a todos, sem distinção, não devendo assim a vida do embrião ser tratada de maneira diferenciada e submetida a experiências.

O Ministério Público Federal, impetrante da Ação Direta, alegou ainda que, a partir do momento em que a vida se inicia com a concepção, não há distinção ontológica entre um embrião fecundado *in vitro* e não introduzido no útero materno e um embrião fecundado de modo natural ou fecundado *in vitro* e introduzido no útero materno, para os fins de aplicação das disposições constitucionais que prescrevem o direito fundamental à vida, à dignidade da pessoa humana e à isonomia.

Para o Ministro Relator Carlos Ayres Britto que votou pelo improvimento da Ação, e foi acompanhado pela maioria dos ministros:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la,

infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.

São ressaltadas também as condições cumulativas elencadas pelo artigo 5º da Lei 11.105, que limitam a utilização das células-tronco embrionárias, quais sejam: (I) o não aproveitamento para fins reprodutivos, (II) a não viabilidade do embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana, (III) que se trate de embriões congelados há pelo menos três anos, e (IV) o consentimento do casaldador para a utilização do material com fins diversos daqueles originalmente estabelecidos.

Essas condições para a utilização das células-tronco embrionárias, como bem ponderado pelo Ministro, asseguram que não haja violação à vida, tendo em vista o fato de que permite a utilização para pesquisas de embriões inviáveis para a reprodução, o que constitui argumento extremamente relevante para a defesa de constitucionalidade da norma.

O fato de a Carta Magna de 1988 não ter determinado quando começa a vida humana também é destacado enquanto elemento que justifica o debate em torno do

tema, sendo acolhidos todos os tipos de argumento para a formação de uma opinião sólida.

Para Ayres Britto, os direitos do nascituro resguardados pelo Código Civil pressupõem a existência de quem se encontre a caminho do nascimento. São direitos “para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento”. As referências que o ordenamento jurídico brasileiro fazem ao nascituro consideram-no, de acordo com o Relator, sempre no interior do corpo feminino, e não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente que abrigue os embriões.

Assiste razão ao Ministro quando argumenta que:

(...) a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.

Assim sendo, não há que se falar em pessoa humana anteriormente ao desenvolvimento do embrião, uma vez que esse é pressuposto de existência daquela, e não o contrário. Não obstante, a utilização das células-tronco embrionárias não se trata de interrupção de uma vida extrauterina, simplesmente porque o fato de permanecer confinado *in vitro* é fato que constitui impedimento da continuidade reprodutiva para o embrião. O embrião que permanece confinado não pode se desenvolver, posto que não encontrará abrigo no útero feminino, logo, não se trata de vida humana plena, mas sim de vida em potencial, e com baixa chance de viabilidade, tendo em vista a perda de capacidade reprodutiva do embrião que passa certo tempo congelado.

Em sequência, o Relator passa a fazer menção ao direito constitucional de planejamento familiar, cumulativamente com os princípios da dignidade da pessoa

humana e da paternidade responsável. Sob essa alegação, há a defesa de que o casal não é obrigado a utilizar todos os embriões gerados pela técnica de reprodução assistida, sob pena de se submeter a mulher a situação degradante e risco ao gerar vários filhos. Há também o perigo de atrapalhar o planejamento familiar a que todo casal tem direito, de ter tantos filhos quanto possam cuidar e sustentar. De tal maneira, desde que haja autorização do casal para a utilização em pesquisas dos embriões que seriam descartados, o que é determinado pela Lei 11.105, não há razão para que se proíba tal prática.

Em suas palavras:

A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

Considerando-se o fato de que faltam ao embrião *in vitro* todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, inexistente pessoa humana em tal estágio de desenvolvimento; o embrião *in vitro*, para o Ministro Relator “é algo que jamais será alguém”. Assim sendo, a partir do fato de que não haverá vida, a não utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa é simples desperdício, que inclusive infringe o art. 3º da Constituição Federal, pois não visa o atendimento do objetivo de construção de uma sociedade solidária.

Por fim, para concluir seu voto, Ayres Britto menciona o artigo 218 da Constituição Federal, que determina que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, determinação que se relaciona intimamente com a Lei 11.105, e que não justifica a declaração de inconstitucionalidade da Lei. Para ele, a autorização de pesquisas com células-tronco embrionárias significa apreço e reverência às criaturas humanas que sofrem com diversas moléstias.

De tal modo, não existe qualquer razão que justifique a inconstitucionalidade da Lei 11.105, motivo pelo qual o Relator julga improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Acompanharam seu posicionamento os Ministros Ellen Gracie, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Vencidos parcialmente os votos dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cesar Peluzo e Gilmar Mendes.

Em ambos os casos observamos a atenção conferida a outros princípios que não estão somente arraigados à proteção única e exclusiva do nascituro, mas que asseguram também o direito à autonomia da mulher de dispor do próprio corpo, violação do direito à integração física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como a violação à igualdade de gênero e a discriminação, a dignidade da pessoa humana e também a paternidade responsável, adentrando assim ao princípio da proporcionalidade, equilibrando assim os direitos individuais com os anseios da sociedade.

3.2 Preponderância da autonomia da vontade da mulher em relação ao direito à vida ressalvado pela Constituição Federal

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, já que ela incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto regulação das relações privadas. É, portanto, um dos princípios basilares do direito privado, pois segundo Luis Edson Fachin é a “pedra angular do sistema civilístico”. O autor prossegue, considerando que o direito fundamental à autonomia da vontade tem como base a compreensão do ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros (FACHIN, 1988).

Assim, cabe a cada ser humano decidir os rumos da sua vida, pois não deve o Estado estabelecer os caminhos que cada indivíduo deve trilhar. Está é a ideia da autonomia da vontade, que se constitui em um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.

A autonomia da vontade como direito fundamental dá ao sujeito de direito a capacidade de determinar o seu próprio comportamento individual, tanto em aspectos vinculados à ideia de escolhas existenciais, como também nos aspectos de negócios jurídicos de natureza patrimonial.

Fernando Noronha (2003) entende que a autonomia privada da vontade consiste na liberdade das pessoas regularem os seus interesses e também os seus negócios unilaterais, tanto no âmbito pessoal quanto no aspecto patrimonial,

especialmente com destaque à produção e à distribuição de produtos e à prestação de serviços, ressaltando, ainda, que importantes princípios fundamentam-se na autonomia privada, como o da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos (NORONHA, p. 50, 2003).

Nesse sentido, Eduardo Pires e Jorge Renato dos Reis entendem que não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve seguir, os valores que deve crer e as atitudes que deve tomar, pois não se pode negar ao ser humano a possibilidade jurídica de decidir de forma autônoma, ou seja, da forma como preferir e que melhor lhe aprouver (PIRES, REIS, 2010).

A autonomia da vontade, entendida como o poder que o indivíduo tem para estabelecer negócios jurídicos com terceiros, tem como objetivo constituir relações jurídicas privadas que atendam a necessidades determinadas, observando os preceitos legais. Ao Estado, não cabe obstar tais práticas, mas proporcionar que as pessoas exerçam seu direito ao exercício da autonomia da vontade, com a criação de mecanismos para evitar abusos e injustiças, ou seja, preservando o direito de terceiros, mas possibilitando que cada pessoa exerça seus direitos.

Nesse contexto polêmico a legalização do aborto no Brasil tem sido objeto de grandes controvérsias e discussões: de um lado, pode-se assistir, a partir das conferências nacionais e internacionais de políticas sobre a mulher, a recomendação para que seja revista a legislação sobre o aborto no Brasil, inserindo o tema na seara dos direitos sexuais e reprodutivos; por outro, assiste-se ao aumento de posições conservadoras, especificamente por parte de grupos religiosos, que demonstram sua força política no Congresso Nacional, constituindo, assim, uma forte oposição em relação à questão do aborto..

O aborto seguramente é o tema que mais causa polêmica na questão dos direitos das mulheres na atualidade. Discute-se se as mulheres têm o direito de decidir interromper a gravidez caso não desejem ter filhos ou se são obrigadas a levar a termo a gravidez independentemente de sua vontade.

De um lado, invoca-se o direito à autonomia corporal da mulher consubstanciada no direito à privacidade no sentido do descabimento da intromissão estatal nesta importante questão de sua vida pessoal, e, de outro, invoca-se a defesa do feto, por muitos classificado como “pessoa humana” cuja vida seria equivalente à vida de uma pessoa já nascida e que, portanto, mereceria a proteção estatal – embora

outros apontem que, sem atividade cerebral, não se poderia considerar o feto como “vida humana”.

Com isso, percebe-se o conflito de dois princípios – a autonomia da vontade da mulher de dispor do próprio corpo e o direito à vida do nascituro – fazendo-se necessário entender qual princípio deve preponderar no caso concreto.

Segundo a doutrina natalista, nas palavras de Sérgio Semião Abdala (2008, p. 40), “o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso.” O citado autor assinala ainda que:

Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei declina-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código Civil Brasileiro.

Os estudiosos que aderem à teoria natalista partem de uma interpretação literal e simplista da lei, a qual dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa. Por este motivo, esta teoria é chamada por muitos de teoria legalista de aquisição da personalidade (ASFOR, 2013).

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se Silvio de Salvo Venosa, admitindo que:

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

Por outro lado, a doutrina concepcionista retrata que a personalidade civil da pessoa natural já existe no nascituro, sem necessidade do preenchimento de nenhum

outro requisito (como o nascimento com vida, por exemplo). Desse modo, a personalidade jurídica da pessoa natural é adquirida desde a concepção.

A Teoria Concepcionista defende que a vida começa a partir da concepção, isto é, quando o espermatozoide penetra o ovócito e ambos se fundem, formando a primeira célula com toda a programação genética do indivíduo até a fase adulta.

Os fundamentos desta teoria são os mais diversos possíveis, sendo o de cunho religioso o mais expressivo deles. Dessa forma, a Igreja Católica defende que o seu início é marcado pela alma, isto é, quando o feto recebia a alma passava a existir vida, proibindo o aborto em qualquer fase, já que a alma passa a pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro do óvulo com o espermatozoide. Para estes ocorria a chamada “animação imediata”, ou seja, o identificavam com o momento da concepção (CASTRO, 2014).

Ressalta-se que esta é amplamente adotada no direito brasileiro, e é nela em que muitos civilistas tem sua diretriz atual, tendo em vista o artigo 2º do Código Civil de 2002: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Código Civil Brasileiro, 2002).

Assim, a segunda parte do artigo 2º ao se referir ao nascituro (aquele que, embora concebido, ainda não nasceu), e estabelecendo direitos ao seu favor, reconheceria a tese de que o nascituro tem personalidade com a concepção e não com o nascimento com vida. Apenas certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude de eficácia destes direitos ficaria condicionada ao nascimento com vida.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2006), que entende que o início da vida é a partir da concepção, assim descrito em sua obra: “Entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. Apenas os direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida, conforme a segunda parte do art. 2.º do Código Civil”.

3.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade nas decisões judiciais

O princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade) tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. Esse princípio, largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente (CAPEZ, 2005).

Tendo em vista a unidade da Constituição Federal e dos sistemas normativos orbitais, o intérprete deve buscar harmonizar os conflitos jurídicos decorrentes das relações sobrepostas no seio administrativo do Estado. A existência de interesses contrapostos, tanto na Constituição quanto nos sistemas legais específicos, conduz à necessidade de ponderá-los, harmonizá-los e compatibilizá-los, por mais contrários que possam se apresentar.

Nos casos em que se exige uma tomada de decisão administrativa e que haja a contraposição de interesses, a escolha deve ser baseada não só nos dispositivos legais devidamente positivados, mas nos princípios atinentes à eficiência, à economicidade, à razoabilidade, à proporcionalidade, à finalidade e ao interesse público.

O princípio da proporcionalidade é abordado de forma que impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam o meio mais brando para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam (trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (SARMENTO, MOTTA, DOUGLAS, 2002, p. 20-22).

A ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. Nestas compressões, deve ser utilizado como parâmetro o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão.

O método da ponderação, embora conceda ao juiz certa margem de discricionariedade, não é puramente subjetivo ou irracional. Existem pautas substantivas que podem ser utilizadas para a aferição da legitimidade de cada decisão, tais como o princípio da proporcionalidade e a comparação do resultado da ponderação com a axiologia perfilhada na Lei Maior (SILVA, 2014).

Conforme a legislação brasileira, o aborto não é punido nas duas situações mencionadas: quando não há outro meio de salvar a vida da mãe (aborto necessário ou terapêutico) e quando a gravidez é resultante de estupro, caso em que se requer o consentimento da gestante, porque a intenção é proteger a saúde psíquica dela.

Pela simples leitura do dispositivo legal, mostra-se como rol taxativo o artigo 128 do Código Penal. Acontece que a jurisprudência do STF ampliou esse rol ao julgar, em 2012, a ADPF 54:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO 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 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

Apesar de entender que a regra do Código Penal é a vedação do aborto, o Supremo Tribunal Federal avaliou que a hipótese específica de aborto de fetos anencéfalos está compreendida entre as excludentes de ilicitude, estabelecidas pelo Código Penal. Sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que:

Era inimaginável para o legislador de 1940, em razão das próprias limitações tecnológicas existentes. (...) Com o avanço da tecnologia, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa, não condizente com o Código Penal e com a própria Constituição.

Ainda de acordo com o Ministro, a inconstitucionalidade da omissão legislativa encontrava-se na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na

violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade. Exatamente por isso, o Ministro frisou que “Competirá [como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro] a cada gestante, de posse de seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir”.

Pacificada a questão do aborto do modo como apresentado acima, o tema teve, em novembro de 2016, mais um capítulo. A Primeira Turma do STF trouxe mais um caso para as hipóteses em que o aborto poderá constitucionalmente ocorrer. De acordo com a corte, não se pode criminalizar o aborto realizado até o terceiro mês de gravidez por ser preponderante, dentro do contexto da proporcionalidade, os direitos fundamentais da mulher em face dos direitos fundamentais do feto. Seriam preponderantes, como consequência, o direito à liberdade e autonomia da vontade em detrimento do direito à vida e à dignidade humana do feto.

Cumprido salientar que a decisão ocorreu em Habeas Corpus, que se trata de uma ação do controle difuso de constitucionalidade, tendo a decisão eficácia *inter partes*. Para todos os fins, ainda constitui crime de aborto quando ocorrido até o terceiro mês da gestação.

Ao analisarmos o princípio da proporcionalidade, acreditando na racionalidade de seu método, ou seja, na crença de um método neutro que seja suficiente para, por si só, assegurar a racionalidade do processo de ponderação, estamos fragilizando a atual Jurisdição Constitucional.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade não pode ser admitido como único fundamento judicial, ao perigo de se repetirem equívocos inerentes ao positivismo jurídico. A depender dos pré-conceitos e das experiências de vida do julgador, o mesmo caso concreto, se submetido exclusivamente ao princípio da proporcionalidade por magistrados diferentes, pode resultar em decisões diferentes.

É nesse sentido que a decisão judicial, mesmo na hipótese de utilização do método da proporcionalidade, deve sujeitar-se à problematização, ao diálogo com outros princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da racionalidade, da autônoma da vontade, ao debate público e a uma fundamentação a partir do caso concreto, para não se achar que a proporcionalidade por si só, seja capaz de milagrosamente obter a decisão final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos resultados deste estudo, verificou-se que o aborto é um procedimento buscado por milhares de mulheres de todas as camadas da pirâmide social para a interrupção de uma gravidez indesejada, quer seja por falta de preparo emocional e psicológico, quer seja por falta de condições financeiras de levar essa gravidez adiante e que muitas dessas mulheres, na grande maioria pobres, sofrem consequências gravíssimas por se exporem a condições degradantes de falta de higiene e segurança na busca de métodos de interrupção que atendem às suas condições.

Por se tratar de um assunto polêmico e cheio de controversias, a busca de mulheres por direitos, entre eles, o acesso às ações e serviços de saúde, perdura por décadas. Porém, apesar das conquistas, várias mudanças ainda precisam ser feitas, principalmente quando se trata dos direitos sexuais e reprodutivos, quando enxergamos os elevados índices de aborto no Brasil e, conseqüentemente, da mortalidade materna, que, por conta da assistência à saúde sexual e reprodutiva que é ofertada de maneira deficiente no país (como o planejamento familiar), fazendo com que mulheres acabem por engravidar de forma indesejada e várias decidam pela prática do aborto.

Uma vez que a mulher decide interromper a gravidez indesejada, uma série de problemas são desencadeados, pois não se trata apenas de um procedimento simples e seguro, pelo contrário, por se tratar de uma prática ilegal (a não ser pelos casos previstos em lei), ocorre de maneira clandestina e na grande maioria da vezes feita de forma completamente insegura quando a paciente não dispõe de meios financeiros favoráveis para custear o aborto, ocasionando riscos à saúde da mulher que após o procedimento dar errado recorre ao sistema público de saúde e muitas vezes sai de lá presa pela prática do crime.

Mesmo diante das mudanças favoráveis ocorridas à saúde da mulher no Brasil, quando se trata do aborto, especificamente do induzido, nota-se que as mulheres são estigmatizadas, haja vista por ser ilegal no Brasil na maioria das situações e pela recorrência com que é realizado de maneira clandestina. Percebe-se então, a importância de políticas públicas que visem auxiliar e assistir mulheres deficientes de

instrução no planejamento familiar, ao passo que outros meios e possibilidades sejam oferecidas para declinar os índices de gravidez indesejada, oferecendo maior proteção á saúde da mulher.

Em conclusão, portanto, pode-se afirmar que o aborto é uma questão muito difícil e polêmica, porque as discussões sobre o tema dizem respeito diretamente à vida de dois seres cujos direitos se tornam diretamente conflitantes, em uma relação indissolúvel de dependência. Por essa razão, imprimem-se nessa reflexão aspectos importantes em termos de direitos, já que, muitas vezes, os direitos das mulheres no que se refere à saúde, à liberdade de escolha e à igualdade são relegados a um segundo plano.

Quando são levadas em conta opiniões de uma classe da sociedade que não passa por essa estigmatização, nem marginalização social, acaba se limitando as opções da mulheres que veem seu direito de autonomia do próprio corpo colocado nas mãos de outras pessoas. Se existem políticas públicas que lhes garantam um atendimento digno de planejamento familiar, é necessário que o Estado as efetive, impedindo que tais mulheres recorram a práticas que coloquem em risco sua saúde e até mesmo a própria vida. As políticas públicas estão em xeque no cenário atual para se manter os direitos previamente já existentes. Mas a superação da lógica de subordinação e criminalização das mulheres precisa enfrentar a divisão sexual do trabalho, pautada no patriarcado, que favorece o modo de produção capitalista. (SOUZA, 2017).

Da mesma forma, tratar essa questão de outra forma que não como um direito da mulher a escolher e a de exercer livremente o domínio do próprio corpo é um ato de brutal cerceamento de direitos, brutalidade e autoritarismo.

Essa postura não cabe em um Estado de Direito, laico, no qual os valores podem ser compartilhados, mas não impostos, porque a negação dos direitos da mulher não é um ato isolado, mas também uma segregação histórica e um ocultamento de seu valor como pessoa, uma violência que estigmatiza e leva à morte milhares de mulheres anualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O direito do nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ASFOR, Ana Paula. Do início da personalidade civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3629, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24650>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BARINI, Ricardo et al, Fatores Associados ao Aborto Espontâneo Recorrente, Rev. Bras. Ginecol. Obstet. v.22 n.4 Rio de Janeiro: maio 2000.

BRAGA, Gabriela. Criminalização do aborto: a mulher marginalizada pelo sistema, 2017. Disponível em: <http://vaidape.com.br/2014/09/criminalizacao-aborto-mulher-marginalizada-pelo-sistema>. Acesso em: 27 de jul. 2017.

BRASIL. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Saraiva, 2005, p. 322.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 27/07/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 Jul. 2019.

COELHO, Carlos Alberto de S. JUNIOR, José Jarjura Jorge. Manual técnico-operacional para os Médicos-Legistas do Estado de São Paulo,.São Paulo: CREMESP, 2008, p. 144-154.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009, p. 50.

DAVINI, Andréa et al, Aborto, São Paulo: Mackenzie, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar, 2007. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf). Acesso em: 27/07/2019.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FÁVERO, Flaminio. Medicina Legal,. 12 ed. Belo Horizonte: Editora Vila Rica, 1991.

FRENTE NACIONAL CONTRA A CRIMINALIZAÇÃO DAS MULHERES E PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO. Criminalização das mulheres pela prática do aborto no Brasil: 2007 a 2014. Frente de legalização do aborto. 2014. Disponível em frentelegalizacaoaborto.files.wordpress.com/2016/09/dossiecc82-frente-contra-acriminalizacca7acc83o-das-mulheres.pdf. Acesso em 21 de abril de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

GONÇALVES, Ana Carolina Negrão. O nascituro como titular de personalidade jurídica e de direitos. In: V encontro científico e simpósio de educação unisalesiano, São Paulo, 2015.

GRANJEIRA, Juliana. Governo afirma à ONU que aborto clandestino no país é

problema de saúde pública, 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>>. Acesso em: 28/07/2017.

INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IPAS e IMS, Magnitude do Aborto no Brasil: uma análise dos resultados de pesquisa, Ministério da Saúde: 2007.

LIMA, Bruno Gil de Carvalho, Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais, Revista Panamericana de Salud Pública, v. 7, Washington: 2000, p. 168-172.

MARIN, Angela Helena. et al. A não aceitação da gravidez e o desenvolvimento de crianças com quatro anos de idade no bairro Vila Jardim, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. In: Revista brasileira fam comunidade, Florianópolis, 2012.

NADER, P. R. A; BLANDINO, V. R. P; MACIE, E. L. N. Características de abortamentos atendidos em uma maternidade pública do Município da Serra – ES. Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, v. 10, n. 4. p. 615-624, dez. 2007.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2010. Disponível em: <https://oab.jusbrasil.com.br/noticias/2449572/artigo-gravidez-indesejada>. Acesso em: 28/07/2019.

PERES, Ana Cláudia. Precisamos falar sobre aborto. ENSP. 2016. Disponível em www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/39185. Acesso em 21 de abril de 2021.

PITSCH, Rosa. As consequências de uma gravidez indesejada, 2016. Disponível em: <http://www.feminal.com.br/2016/03/as-consequencias-de-uma-gravidez-indesejada/>. Acesso em: 28/07/2019.

RIBEIRO, Gilberto Gomes, ABORTAMENTO, disponível em “www.meac.ufc.br/obstetricia/manual_meac/ABORTAMENTO.pdf “. Acesso em 10 de julho de 2008.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEDICIAIS, Sheila. Saiba quais são as consequências da gravidez na adolescência. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/gravidez-precoce/>. Acesso em: 27/07/2019.

SILVA, Fernando Duarte Leopoldo e. Fundamentos médicos e jurídicos do atendimento ao aborto, 2008. Trabalho de conclusão de curso – Curso de especialização em Direito Médico – Escola Paulista de Direito, São Paulo, 2008.

SOUZA, Veronica Alves Nunes Galdino de. Aborto: Direito de escolha da mulher, 2017. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Serviço Social – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2017.

VARELLA, Mariana Fusco. Aborto: um problema de saúde pública, 2014. Disponível em: <https://drauziovarella.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>. Acesso em: 28/07/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte geral. 13 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013.