



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

JOSÉ ROBERTO MAIA JUNIOR

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO
ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA
VERSUS DIREITO À AUTONOMIA REPRODUTIVA

CAMPINA GRANDE – PB
2018

JOSÉ ROBERTO MAIA JUNIOR

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À AUTONOMIA REPRODUTIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão

CAMPINA GRANDE – PB
2018

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M217c Maia Junior, Jose Roberto.

O conflito de princípios a partir das propostas de ampliação do aborto legal no ordenamento jurídico brasileiro [manuscrito] : direito à vida versus direito à autonomia reprodutiva / Jose Roberto Maia Junior. - 2018.

33 p. : il. colorido.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2018.

"Orientação : Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Aborto. 2. Direito à vida. 3. Autonomia reprodutiva. I.

Título

21. ed. CDD 342.084

JOSÉ ROBERTO MAIA JUNIOR

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À AUTONOMIA REPRODUTIVA

Artigo apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Bioética e Direito Penal

Aprovada em: 06/12/2018

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Marconi do O Catão (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Sabrina Correia Medeiros Cavalcante
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Aos meus filhos Lethícia e Heitor que o exemplo de perseverança possa guia-los durante as suas vidas,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela força, confiança e perseverança que Ele sempre me proporcionou em concluir meus objetivos; são 20 anos desde que entrei pela primeira vez no CCJ, um garoto que mal sabia o que estava fazendo naquele espaço, e agora, depois de tantas idas e vindas, está concluindo esse curso.

A esta universidade e a todo o corpo docente pelos ensinamentos durante o período de graduação.

Ao Prof. Dr. Marconi do Ó Catão pela orientação neste trabalho, que com sua sensatez e senso ético contribuiu sobremaneira para a realização do mesmo.

As professoras Rosimeire Ventura e Sabrinna Correia pelo exemplo de dedicação ao ensino e a disponibilidade de participar e contribuir com esta banca.

Aos meus pais Roberto e Neuza que sempre acreditaram e investiram no meu potencial, me incentivando a alcançar meus objetivos.

A minha esposa Karina, por todo o companheirismo durante esses mais de 12 anos juntos. Você sempre esteve presente me apoiando nos desafios que a vida nos impunha, me ajudando a superá-los, aguentando minhas lamúrias e sempre me auxiliando para que eu pudesse concluir essa etapa.

Agradeço ainda aos colegas Adriana Jeunnon, Arthur Ventura, Heráclio Almeida e Ramônie de Miranda que trocaram seus plantões comigo nesses últimos dias, o que me permitiu concluir esse trabalho em tempo hábil; sem a colaboração de vocês, não teria sido possível.

Enfim, agradeço a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente com o fim desta jornada.

O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo, fará coisas admiráveis.

José de Alencar

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	07
2	DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CRIME DE ABORTO À RELEVÂNCIA DO PROBLEMA	09
3	DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO ABORTO LEGAL E DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA: A POLÊMICA DISCUSSÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA E O NASCITURO	14
4	CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS: DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E ARGUMENTOS PRÓ-ESCOLHA VERSUS PRESERVAÇÃO DO DIREITO À VIDA	20
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
	REFERÊNCIAS.....	30

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO ABORTO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À AUTONOMIA REPRODUTIVA

José Roberto Maia Junior*

RESUMO

A (des)criminalização do aborto no Brasil está constantemente em debate tanto na esfera legislativa como na sociedade, gerando discussões entre os partidários pró-vida e pró-escolha. Embora criminalizado, o aborto é um evento comum na vida reprodutiva das mulheres brasileiras, fazendo com que a norma penal seja ineficaz no combate à prática delituosa. Atualmente, nossa legislação condena criminalmente o aborto em todas as circunstâncias, mas exclui a punibilidade nos casos de risco de morte para a mãe, estupro e anencefalia; de maneira que diversas propostas legislativas estão em tramitação com intuito de modificar o dispositivo penal referente a este crime. Objetiva-se com este trabalho discutir as propostas de ampliação do rol de excludentes de ilicitude do crime de aborto no Brasil, analisando-as com base no conflito principiológico da inviolabilidade do direito à vida e da autonomia reprodutiva da mulher. Trata-se de um estudo qualitativo e descritivo, no qual utiliza-se do método dedutivo a partir de revisão bibliográfica e análise dos dispositivos legais, nas diversas searas do direito. De acordo com a análise dos textos legais, pode-se concluir que, no Brasil, todo ser humano tem garantido o direito à vida desde a sua concepção, conforme tutelado pela vigente Constituição Federal Brasileira, bem como nas legislações internacionais e infraconstitucionais, com o nascituro representando uma vida humana em toda sua plenitude, individualidade e potencialidade, sendo efetivamente sujeito de direitos, notadamente do direito à vida, que se faz requisito mínimo e necessário a todos os demais direitos fundamentais, rechaçando-se a possibilidade de descriminalização do aborto.

Palavras-Chave: Aborto; Direito à vida; Autonomia reprodutiva.

1 INTRODUÇÃO

A questão do aborto no Brasil está constantemente em tensão na esfera legislativa e na sociedade como um todo, gerando discussões acaloradas entre os partidários pró e contra o aborto, particularmente durante os períodos das eleições presidenciais. Como afirma Lima (2011, p. 53): “O aborto é um dos temas mais polêmicos em discussão na sociedade contemporânea. É atual, e ao mesmo tempo um dos mais antigos na história da humanidade [...]”. Matéria do Estadão de 2016

* Aluno de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I
E-mail: roberto_maiajr@yahoo.com.br

revelava que no Congresso Nacional havia 36 projetos de lei que buscavam alterar as disposições sobre o aborto do Código Penal, com 19 delas propondo revogar as exceções ou aumentar as penas criminais (CARVALHO et. al., 2016).

No Brasil, o aborto legal encontra-se descrito no Código Penal em seu artigo 128, incisos I e II, tratando-se de um dispositivo penal permissivo. Dentre as várias propostas de ampliação do aborto legal que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, optamos por analisar os projetos de Lei nº 236/2012 e nº 882/2015 que pretendem ampliar o rol de condições nas quais não se pune o aborto realizado até as 12 semanas de gestação.

Diniz e Madeiro (2016) afirmam que mesmo durante os primeiros 12 anos do Governo do Partido dos Trabalhadores (ex-presidentes Lula e Dilma), que possui uma pauta mais favorável à descriminalização do aborto, a questão não foi abordada em uma perspectiva liberal, inclusive tendo havido um retrocesso importante nos centros de saúde de apoio ao aborto legal no país; assim, dos 60 centros de atendimento anteriores para vítimas de estupro, o país agora só conta com 30. Os centros de serviços foram estabelecidos na década de 1990 para fornecer cuidados às mulheres que procuram um aborto por terem sido estupradas e são estruturados para serem, idealmente, locais com pessoal bem treinado que forneçam cuidados holísticos livres de estigma.

Embora criminalizado, o aborto é um evento comum na vida reprodutiva das mulheres brasileiras. Diniz et. al. (2017) em pesquisa intitulada Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) 2016, identificaram que, por volta dos 40 anos, 13% das mulheres já fez ao menos 01 aborto na vida, número discretamente reduzido em relação ao PNA 2010 que apontava 15%. Eles estimaram, através de extrapolação de dados, que os mesmos admitem ser fonte de vieses, que em 2015, o número de mulheres que praticou aborto foi de 503.000 para uma população estimada em quase 38 milhões de mulheres entre 18 e 39 anos de idade.

A recente epidemia pelo vírus Zika em 2015 também foi motivo de reacender o debate no Brasil em torno do tema ora tratado, de modo que muitas organizações não governamentais defendiam que, assim como nos casos dos anencéfalos, no qual o Supremo Tribunal Federal permitiu a possibilidade da realização do aborto legal, também fosse permitido o aborto para as mães infectadas com o vírus Zika durante a gestação.

Portanto, diante dessa problemática, há a necessidade de refletirmos sobre os preceitos jurídicos que regem atualmente a prática do aborto, bem como os fatores que contribuem para a sua legalização ou criminalização. Assim, serão comentados preceitos dos mais diversos campos do direito, especialmente do direito penal, do direito constitucional e do direito civil.

O presente trabalho tem como objetivo discutir as propostas de ampliação do rol de excludentes de ilicitude do crime de aborto no Brasil, analisando-os com base no conflito principiológico da inviolabilidade do direito à vida e da autonomia reprodutiva.

Trata-se de um estudo qualitativo e descritivo, no qual utilizaremos do método dedutivo a partir de revisão bibliográfica e análise dos dispositivos legais.

2 DAS CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CRIME DE ABORTO À RELEVÂNCIA DO PROBLEMA

Para compreendermos a temática do aborto, se faz necessário conceituá-lo etimologicamente, significando assim a privação do nascimento; ou seja, advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento.

Mirabete (2011, p. 57) assim o define:

Aborto é a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) ou feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão, não deixará de haver, no caso, o aborto.

Na visão de Capez (2004, p. 108), o aborto é “a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina”.

O aborto está configurado na interrupção da gestação desde a nidação até o início do parto, que tem início com a dilatação do colo do útero e o rompimento da membrana amniótica ou, sendo cesariana, com a incisão das camadas abdominais. (GRECO, 2011, p. 226).

Na visão médica, porém, segundo o Ministério da Saúde, o aborto é a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a semana, com o produto da concepção

pesando menos de 500 gramas, sendo este eliminado no processo de abortamento. Depois desse período, ocorrendo a expulsão do feto sem vida, a medicina considera como parto prematuro e o produto eliminado como natimorto. As causas de abortamento são várias, entretanto, na maioria das vezes, permanecem indeterminadas e inúmeras gestações são interrompidas por decisão própria da mulher (BRASIL, 2011).

O Código Penal Brasileiro de 1940 trata do aborto no capítulo dos crimes contra a vida, condenando o auto-aborto, o aborto praticado por terceiros, seja consentido ou não, além de enumerar causas de aumento de pena se causar lesão corporal ou a morte da gestante, e elencar os casos de aborto legal, quando houver risco à vida da gestante e quando a gravidez for resultante de estupro, a saber:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto, com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O próprio Código Penal Brasileiro no seu artigo 128 traz os casos em que a prática do aborto não deve ser punida, não se trata como descrito na doutrina de aborto legal, mas sim de circunstâncias específicas nas quais o aborto não merece punição; todavia, para facilitar a compreensão com outros textos acerca da temática, o trataremos aqui também como aborto legal. Este ocorre em duas situações elencadas no Código Penal, considerado um dispositivo penal permissivo: o aborto necessário ou terapêutico - quando a gravidez põe em risco a vida da gestante; e o aborto sentimental ou humanitário - quando a gravidez é decorrente do crime de estupro e a gestante ou seu representante legal consente com a interrupção da gestação.

No inciso I, se objetiva salvar a vida da mãe, pois não seria aceitável que prevalecesse a vida do feto neste caso, vez que se configura estado de necessidade, conforme nos ensina Greco (2011, p. 235).

No inciso II, a mãe não consentiu com o ato sexual violento da qual gerou a gravidez. Busca-se portanto neste caso, aliviar o sofrimento da mãe a qual teve sua liberdade sexual violada e não deseja levar adiante uma gestação que irá lembrá-la diuturnamente da agressão sofrida. A Exposição de Motivos do Código Penal, item 41, explica a razão da permissão do aborto nestes casos como “razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”.

Em 12 de Abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54/2004, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), incorporou a gravidez de feto com anencefalia, por 08 votos a 02, como condição possível de interrupção da gestação, ampliando o rol de condições permissivas ao aborto legal. A justificativa principal para tal ampliação deveu-se ao fato da não viabilidade do feto anencéfalo.

Nas palavras do ex-Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica. Neste contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configuraria crime contra a vida, mas sim conduta atípica.

Com isso, o STF extrapolando o seu poder jurisdicional e atuando quase como um legislador, ampliou os casos de aborto legal no sentido de respeitar a mulher, prezando pelo princípio da dignidade humana, não a obrigando a manter uma gravidez de um feto inviável à vida. Anteriormente a esta decisão, o aborto de fetos anencéfalos só era permitido após autorização judicial que, na maioria dos casos, era intempestiva em virtude da pouca celeridade do nosso ordenamento jurídico, obrigando a mulher a praticar o ato ilegalmente antes de prolatada a sentença ou sob risco de morte quando realizada em um período gestacional mais avançado.

De acordo com Novelino (2008, p.267), a ADPF 54 possui três argumentos básicos:

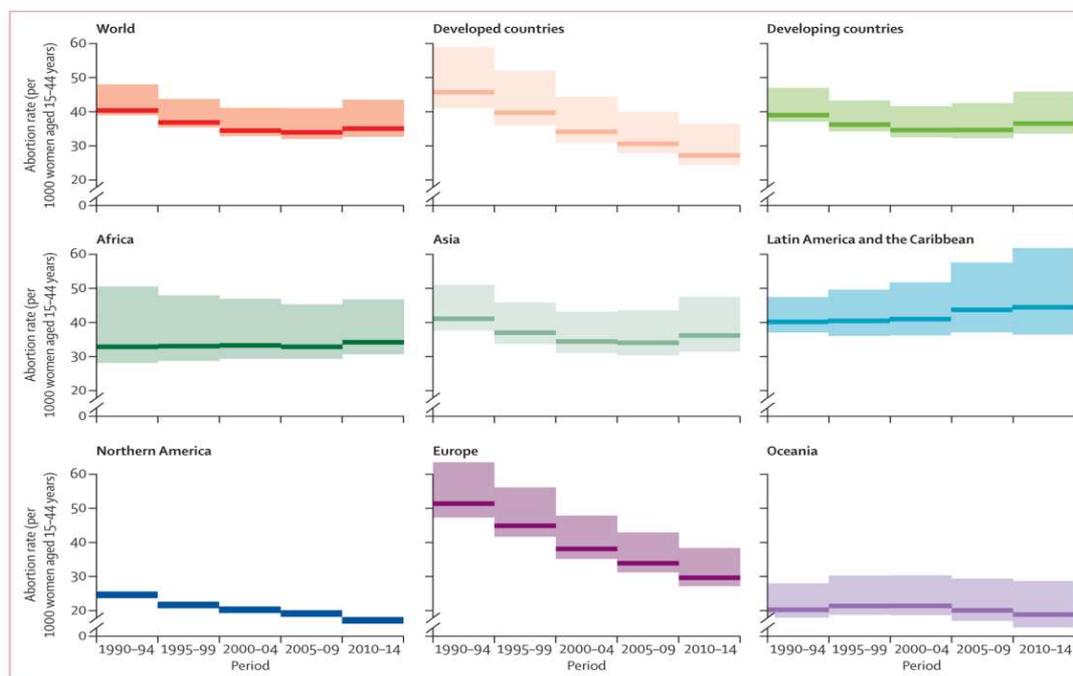
1º) antecipação terapêutica do parto não é aborto (atipicidade da conduta):
“a morte do feto, nesses casos, decorre da má formação congênita, sendo

certa e inevitável, ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal”; 2º) ainda que se considerasse a antecipação terapêutica como aborto, ela não seria punível (interpretação evolutiva do Código Penal): “a hipótese aqui em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade porque em 1940, quando editada sua Parte Especial, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida”; 3º) dignidade da pessoa humana, analogia à tortura e interpretação conforme a Constituição: “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes da dignidade humana (...)”.

Os ministros do STF se preocuparam em ressaltar que o entendimento não autoriza práticas abortivas, nem obriga a interrupção da gravidez de anencéfalo, apenas dá à mulher a possibilidade de escolha entre seguir com a gestação ou interrompê-la em casos de anencefalia. Muitas mães de fetos anencéfalos preferem seguir a gestação em todo o seu curso e vivenciar o luto pela morte do seu bebê após o parto, do que ser a responsável direta pela interrupção da vida do feto, inclusive possibilitando doar órgãos viáveis a outros bebês que necessitam de transplante (CRESCER, 2017 e COLLUCCI, 1998). Contudo, essa é uma decisão que só cabe aos pais do feto anencéfalo, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Estudo recente conduzido por Sedgh e colaboradores (2016) estimou em 35 (33 – 44 IC 90%) abortos anuais para cada 1000 mulheres entre 15 e 44 anos de idade em todo o mundo no período de 2010 a 2014, tendo havido um declínio de 05 pontos em relação ao intervalo de 1990 a 1994 para a mesma população. O número absoluto de abortos aumentou em 5,9 milhões, passando a 56,3 milhões de abortos/ano em todo o mundo, porém esse aumento absoluto deveu-se ao crescimento populacional. No entanto, o declínio da taxa de abortos não foi uniforme em todo o mundo. Nos países desenvolvidos, a razão de declínio do aborto foi de 19 pontos (-26 a -14 IC 90%), caindo de 46 para 27 abortos/1000 mulheres. Já nos países em desenvolvimento, a queda foi de 2 pontos, considerada não significativa (-9 a 4 IC 90%), passando de 39 para 37 abortos/1000 mulheres. Pode-se considerar uma queda significativa nas taxas de aborto nos países desenvolvidos em relação aqueles em desenvolvimento e isso se deve, possivelmente, a uma maior garantia ao acesso a cuidados de saúde sexual e reprodutiva, o que evita milhões de gravidezes indesejadas.

Figura 1. Taxa de incidência estimada de abortos global e regional (por 1000 mulheres de 15-44 anos, comparando-se o intervalo de 1990-94 e 2010-14).



Reproduzido de Sedgh G. et. al. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. **Lancet**. v. 388, n.10041, p. 258-67, 2016.

Conforme levantamento do Ministério da Saúde sobre o tema, no Brasil, verifica-se predominância do aborto em mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito 8 anos de estudo, trabalhadoras, com pelo menos 1 filho e usuárias de métodos contraceptivos. Estima-se que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005, calculado a partir das fichas de internações por abortamento registradas no Serviço de Informações Hospitalares do SUS. A maior parte dos casos de abortos ocorreu no Nordeste e no Sudeste do País, com taxa anual de aborto induzido de 2,07 por 100 mulheres entre 15 e 49 anos (BRASIL, 2009).

Como o aborto ainda é considerado crime no país, a maioria é realizado no próprio domicílio ou em clínicas clandestinas, muitas vezes sem nenhuma condição sanitária satisfatória para realização do procedimento. Como consequência, o aborto inseguro é uma das principais causas das altas taxas de mortalidade materna no Brasil. Ele é considerado a quarta causa direta de morte materna no país, correspondente a 4,6% do total (BRASIL, 2009), considerando-se uma pandemia silenciosa e sem expectativas de redução. Nesse sentido, posicionou-se o Ministério da Saúde em “Saúde Brasil 2007: uma análise da situação de saúde”:

No Brasil o aborto configura-se um problema de saúde pública(2), sobretudo por qualificar-se entre as mais importantes causas de morte materna(3), sendo esta, na maioria dos casos, uma morte evitável(4,5). O aborto também tem relevância sobre as causas de morbidade hospitalar referidas no capítulo XV da CID10, Gravidez, Parto e Puerpério. As consequências do aborto inseguro são graves: as mulheres que não morrem podem ter complicações sérias, como hemorragia, septicemia, peritonite e choque, podendo levar a sequelas físicas, como problemas ginecológicos e infertilidade. Há também maior chance de complicações em gestações subsequentes (6). As complicações se destacam entre as mulheres das camadas mais pobres, que realizam o aborto em condições muitas vezes inseguras. Atualmente o aborto é considerado como uma pandemia silenciosa que requer ações imperativas e urgentes no âmbito da saúde pública e dos direitos humanos (7). (BRASIL, 2007)

As principais vítimas desta pandemia são mulheres de baixa renda, afrodescendentes e indígenas, com educação mínima e acesso limitado a serviços de planejamento familiar.

Lamentavelmente, em torno de 220.000 mulheres são tratadas anualmente em hospitais brasileiros por complicações decorrentes de abortos inseguros. No Brasil, os riscos de morbidade e mortalidade materna variam de acordo com a região geográfica, grupos raciais e étnicos e situação socioeconômica (BRASIL, 2007).

3 DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO DO ABORTO LEGAL E DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA: A POLÊMICA DISCUSSÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA E O NASCITURO

O Brasil, assim como toda a América Latina, sempre foi uma região no qual a Igreja Católica, mais recentemente dividindo espaço com a igreja evangélica, exerceu um papel hegemônico a respeito da moralidade sobre a sexualidade e a reprodução. Nas últimas décadas, os movimentos feministas e de diversidade sexual têm cada vez mais ganhado notoriedade e força, tendo conseguido ampliar suas pautas junto ao Congresso Nacional, onde atualmente tramita o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que busca reformar o Código Penal Brasileiro, estando na Câmara de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo sido devolvido ao relator em 31/10/2018 para emissão do relatório. Dentre os artigos alterados está a nova redação do artigo 128 que trata do aborto legal, ampliando suas hipóteses, a saber:

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestados por dois médicos; ou

IV - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

A principal crítica a esse novo dispositivo legal está no inciso IV, que ampliaria a possibilidade de aborto para qualquer gestação até a décima segunda semana, a depender quase que exclusivamente da vontade da gestante, já que bastaria a mesma se declarar incapaz de seguir com a gestação para que o mesmo fosse autorizado. De modo que é a partir deste ponto que os princípios da autonomia reprodutiva da mulher e da inviolabilidade do direito à vida do nascituro entram em conflito.

É interessante também notar a questão semântica da nova redação do artigo 128, visto que, segundo a redação do projeto “não há crime de aborto”, sendo portanto causas excludentes de ilicitude. No código penal vigente se descreve “não se pune”, ou seja, toda forma de aborto é criminosa, embora não seja punível nos casos previstos no art. 128, incisos I e II.

Na Câmara dos Deputados tramita outro projeto no intuito de igualmente ampliar as possibilidades de aborto legal no país, de autoria do Deputado Jean Wyllys, porém com maior liberalidade aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Trata-se do Projeto de Lei nº 882/2015 que estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências, sendo que ele foi apensado ao Projeto de Lei nº 313/2007, o qual aguarda parecer do relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CCSF) desde 28/06/2018. O projeto de Lei nº 882/2015 assim dispõe:

Título III – Da Interrupção Voluntária da Gravidez

Capítulo I – Condições da interrupção voluntária da gravidez

Art. 10º - Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

Parágrafo único – Ninguém será discriminado no acesso aos instrumentos e mecanismos previstos nesta Lei por motivos de origem racial ou étnica, religião, convicção ou opinião, sexo, identidade de gênero, deficiência física, orientação sexual, estado civil ou qualquer outro pretexto discriminatório.

Art. 11 - Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional.

Art. 12 - Ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 11 da presente Lei, a interrupção voluntária da gravidez somente poderá ser realizada:

I – Até a vigésima segunda semana, desde que o feto pese menos de quinhentos gramas, nos casos de gravidez resultante de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, sem a necessidade de apresentação de boletim de ocorrência policial ou laudo médico-legal.

II – A qualquer tempo, nos casos de risco de vida para a gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de risco à saúde da gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

No projeto em questão, o referido deputado propõe a possibilidade de toda mulher realizar o aborto por livre e espontânea vontade até as 12 semanas, diferenciando-se do projeto anterior, que condicionava esse procedimento a um laudo médico ou psicológico que atestasse a incapacidade psicológica da gestante de prosseguir com a gestação.

Outra peculiaridade a se destacar é quanto ao artigo 12, inciso I, visto que este dispositivo limita a prática do aborto para vítimas de estupro até a 22ª semana de gestação e que o feto pese menos de 500 gramas. Neste contexto, o dispositivo é menos permissivo que o atual, no qual não há limite de tempo expresso na lei para a realização do aborto, muito embora saibamos que após as 22 semanas a taxa de complicações relacionadas ao aborto é exponencialmente maior, além de ser considerado pela medicina como um parto prematuro e não mais como abortamento.

O debate em torno do tema vem se intensificando, à medida que grupos pró-escolha vêm surgindo; por sua vez, contralateralmente também se insurgem grupos de cunho conservador, contrários ao direito de escolha da mulher, no interesse de respeitar os valores tradicionais cristãos. Prova disso é que o discurso moral contra o aborto e os direitos reprodutivos das mulheres dominou boa parte das campanhas presidenciais e dos debates eleitorais neste ano de 2018, culminando com a vitória do senhor Jair Messias Bolsonaro, candidato que já expressou por diversas vezes ser contra o aborto e à ampliação de novas modalidades ao aborto legal no Brasil, assim como de um congresso mais conservador em relação à autonomia reprodutiva da mulher, ampliando a chamada “bancada da Bíblia”, que já propôs projetos para estabelecer os direitos dos embriões em detrimento do direito da mulher à saúde

reprodutiva, bem como para estabelecer o registro obrigatório de uma mulher grávida na fase inicial da gravidez.

Uma das principais polêmicas em relação ao crime de aborto é a definição de quando se inicia a vida, pois muitos acreditam que a vida estando formada, o aborto se assemelharia ao homicídio. Para uma corrente de pensamento, a vida se inicia com a concepção, ou seja, a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide; já para outros, seria a partir da nidação, que ocorre quando o ovo fecundado se implanta na parede uterina; e, para alguns, a vida se inicia com a formação do Sistema Nervoso Central, momento no qual o feto passará a ter consciência nociceptiva (dolorosa), por volta da 12ª semana de gestação. No entanto, de acordo a maior corrente dos doutrinadores penais, a exemplo de Greco e Mirabete, sem entrar em detalhes de quando a vida de fato começa, mas sim a partir de quando esta passa a ser protegida juridicamente, o momento a ser considerado é a nidação.

Não cabe a ciência jurídica definir quando se inicia a vida, isso é papel para as ciências médicas e biológicas, porém pertence ao campo jurídico definir a partir de quando se inicia a proteção jurídica da vida e qual a sua amplitude. Embora não seja consenso no campo médico-biológico, o entendimento doutrinário predominante é o de que a vida humana se inicia a partir da concepção, quando ocorre a união do espermatozoide com o óvulo, com o produto originado já tendo características individuais que o distingue dos seus pais e dos demais indivíduos. Dessa forma, nos ensina Magalhães (2012, p.96) que “possui o embrião, portanto, uma unicidade e irrepetibilidade, que são constitutivas de uma pessoa humana”. Além do mais, este autor cita e refuta três teorias que negam a origem da vida a partir da fecundação:

A primeira delas afirma que o embrião tem o seu desenvolvimento individual com a formação da linha primitiva, ocorrendo assim, a partir do décimo quarto dia. Dessa forma, o aparecimento da linha primitiva iria diferenciar as células que constituirão o embrião das que formarão os tecidos placentários e protetores, bem como no décimo quarto dia iria definir o limite para que não houvesse fenômenos de divisão gemelar ou de hibridação, onde poderia, por causa de fato externo, dar lugar a projetos evolutivos e outros indivíduos, o que não possui fundamentação científica sólida. Isso porque, “a formação da linha embrionária primitiva representa somente um estágio de um processo sequencial ordenado, já iniciado na fecundação”. Além disso, estudos demonstram que o genótipo existente é individual, dotado de um programa determinado que permite o seu desenvolvimento completo, chegando a forma humana acabada, o que só é alcançado aos 16 anos de idade, onde todas as ligações nervosas estão completas [...]. A segunda teoria define que o momento do início da vida acontece em torno do sexto dia a partir da fecundação, no momento da nidação, instante da implantação do blastocisto, onde se passaria do estado de totipotência para unipotência, passando a se desenvolver a partir daí somente como ser humano e

somente naquele ser humano. Segundo o autor essa teoria não tem fundamento, por dizer que o embrião antes da implantação não é um ser humano, pelo contrário, ele já é desde a concepção, precisando deste ambiente favorável para seu desenvolvimento assim como uma criança necessita de alimento para sobreviver. Já a terceira teoria diz que somente após a formação do sistema nervoso, que ocorre na oitava semana da gestação, é que o embrião pode ser considerado um ser humano, mas o que ocorre segundo o autor é a formação da estrutura cerebral por partes até se alcançar a forma final, o que não quer dizer que exista diferença ontológica nas etapas, mas que já eram existentes no zigoto em cada etapa anterior, sendo o processo de desenvolvimento do ser humano determinado e finalístico.

O Código Civil brasileiro, no seu artigo 2º, afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A expressão “nascituro” vem do latim *nasciturus*, significando o que está por nascer, o concebido, mas não nascido. É importante definirmos a partir de quando o produto da concepção é considerado ser humano juridicamente, pois daí advêm diversos institutos jurídicos tutelados, incluindo por exemplo ações de alimentos gravídicos, investigação de paternidade ou mesmo danos morais ou patrimoniais à pessoa do nascituro.

Sobre a origem da vida, na ótica jurídica, destacam-se as seguintes teorias que se assemelham as teorias da origem da vida na ótica médica, descritas por Carapurnala e Silva (2016): 1) a teoria natalista – advoga que a personalidade da pessoa só tem início a partir do nascimento com vida, sendo que o embrião possui mera expectativas de direitos, os quais se operarão somente se houver o nascimento com vida; 2) a teoria das primeiras atividades cerebrais - define o início da vida com base no conceito jurídico de morte, ou seja, se o momento da morte hoje é apurado com a morte cerebral, a vida só começa quando o cérebro se forma; 3) a teoria da nidação - o início da vida se dá com a nidação, ou seja, com a implantação do ovo no útero materno, o que ocorre a partir do quarto dia de fecundação, ocasião em que o ovo adquire viabilidade e determina o estado gravídico da mulher, com alteração dos hormônios femininos. Antes disso, não há vida humana e, portanto, nenhuma necessidade de proteção neste sentido; e 4) a teoria da concepção - segundo a qual a vida humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide (concepção). A proteção jurídico-penal do nascituro deve se operar a partir desse momento, constituindo o crime de aborto caso haja a interrupção voluntária da gravidez a partir da fecundação do óvulo no útero materno.

Na nossa compreensão, a teoria natalista nos parece completamente equivocada já que, como demonstramos, a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, conforme disposto no nosso Código Civil, logo é completamente inconcebível acreditar que um ser humano completamente formado no ventre de sua mãe e com completa potencialidade, seja desprovido de vida tutelada juridicamente.

Já a teoria das primeiras atividades cerebrais passa por uma indefinição de quando seria o marco inicial de tais atividades, tendo em vista que, para uns, ocorre na oitava semana de gravidez, quando se forma o tubo neural; para outros, apenas na vigésima semana, quando o tálamo (central de distribuição de sinais sensoriais do cérebro) se forma. Sem adentrar em outras considerações, somente pela impossibilidade de se garantir quando se iniciaria esse momento mágico que transformaria um conjugado de células em vida, assim como por entender que o início da atividade cerebral corresponde apenas a um processo embriológico, geneticamente determinado e finalístico, como o início da atividade cardíaca ou tantos outros na formação do feto, temos que refutar essa teoria.

Por sua vez, a teoria da nidação tem grande apoio da comunidade médica, especialmente de ginecologistas que tratam de fertilização *in vitro*, utilizando o argumento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica. No entender dessa teoria, não há nenhuma vida humana em um embrião fertilizado em laboratório e, portanto, não precisa de proteção como pessoa humana. Diante de tudo isso, acreditamos que essa teoria tem finalidade mais econômica do que propriamente filosófica ou antropológica, ao determinar que o embrião só adquire vida com a nidação, permitimos coisificar o ovo fecundado, podendo descartá-lo ou utilizá-lo para fins de pesquisa científica, sem lhe promover o devido respeito.

Nesse contexto, Yamanaka, que foi um dos descobridores das células-tronco adultas pluripotentes, *apud* Ives Gandra Martins (2008), afirma que:

Quando vi o embrião, eu repentinamente percebi que não havia muita diferença entre ele e minhas filhas. Eu pensei, nós não podemos continuar destruindo embriões para nossa pesquisa. Deve haver outro meio [...] Minha meta é evitar usar células embrionárias. ("The New York Times", 11/12/07).

Assim, resta-nos a teoria da concepção como a mais acertada no campo antropológico e filosófico, pois a mesma defende que desde o momento da concepção, o ser formado já possui todas as informações no seu genoma

necessárias para seu completo desenvolvimento biológico, mesmo que essas informações sejam deficitárias, ou seja, desde a concepção existe uma pessoa em potencial, digna de direitos e respeito como a qualquer ser humano, o qual merece tutela jurídica.

É certo porém, que para o âmbito penal, a teoria da nidação seja mais factível de ser utilizada, já que se aceitarmos a teoria da concepção como a garantidora da tutela jurídica em toda a sua extensão, estaríamos declarando que o uso de pílulas do dia seguinte, alguns tipos de dispositivo intra-uterino (DIU) e o descarte laboratorial de células embrionárias, configuraria o crime de aborto. Também vale destacar que a medicina ainda não possui técnicas que comprovem a gestação logo após a concepção, o teste mais precoce para diagnóstico da gravidez é a dosagem da fração beta da gonadotrofina coriônica humana (Beta-hCG), seja ela plasmática ou urinária, entre 1 e 2 semanas após a relação sexual que deu origem a concepção, momento que corresponde com a nidação.

4 CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS: DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E ARGUMENTOS PRÓ-ESCOLHA *VERSUS* PRESERVAÇÃO DO DIREITO À VIDA

Cabe aqui realizarmos uma breve discussão a respeito da bioética, notadamente da bioética dos princípios, que segundo NAMBA *apud* ALVES e COSTA (2011) tem como meta buscar soluções para os problemas e as controvérsias éticas a partir de uma perspectiva negociável e aceitável pelo conjunto das pessoas envolvidas no processo por meio de princípios selecionados. Na década de 70, a partir de Potter tivemos o reconhecimento dos princípios bioéticos básicos: autonomia, beneficência e justiça, posteriormente adicionado o da não-maleficência. Destes, o mais diretamente ligado aos direitos reprodutivos da mulher é o princípio da autonomia. Este versa que a própria pessoa é quem deve tomar suas decisões, pois sabe o que é melhor para si, contudo, para se autodeterminar, deve ter acesso a todas as informações disponíveis que possam auxiliá-la a realizar uma escolha livre e consciente. Ressalte-se, porém, que essa escolha não pode ser prejudicial aos outros indivíduos, aqui incluindo o feto, o que faz concluir que o princípio da autonomia não é absoluto, sofrendo, então, relativização, nos casos concretos.

Segundo alguns estudiosos, dos quais se destacam, no Brasil, Débora Diniz e Dirce Guilhem *apud* ALVES e COSTA (2011), a teoria bioética principialista é insuficiente para analisar os macro-problemas éticos persistentes das nações em desenvolvimento frente às nações desenvolvidas. Aqui, as intensas desigualdades sociais e econômicas existentes, que se acentuaram com o processo de globalização, nos obriga a avaliar os conflitos éticos de forma particular, com vistas à minimizar essas desigualdades. Conforme as autoras anteriormente elencadas, o feminismo constituiu-se, a partir de 1990, no primeiro movimento crítico à teoria principialista, procurando estabelecer limites de intervenção com base na existência da desigualdade, seja por opressão, seja por vulnerabilidade dos atingidos.

Assim, a questão do aborto entra na pauta do movimento feminista, integrada no seu temário sobre os direitos das mulheres. Nesse sentido, tem sido objeto de atuação no campo da mudança da mentalidade, da modificação da legislação e da aplicação das políticas públicas, além do trabalho com a imprensa.

Como exemplo de modificação da realidade de saúde pública com a descriminalização do aborto, temos o Uruguai, com a aprovação da legalização do aborto em 2012, retratando que dentre todas as interrupções realizadas no período de vigência da lei, nenhuma morte foi registrada, o que demonstra que a lei vem cumprindo seu papel.

Os grupos pró-escolha argumentam que a restrição aos casos de aborto legal no Brasil tem prejudicado às mulheres, impossibilitando-as de usufruir do pleno gozo de seu direito à saúde e direitos relacionados à autodeterminação reprodutiva, como os direitos à privacidade, liberdade e segurança da pessoa, a igualdade e a não-discriminação nos cuidados de saúde (GALLI, 2011).

Peixoto nos ensina que os direitos sexuais e reprodutivos só foram reconhecidos como integrantes do rol de direitos humanos a partir das Conferências do Cairo, em 1994, e de Beijing, em 1995. Em suma, tais direitos tratam da liberdade de reprodução, ou seja, da liberdade inerente à condição humana que homens e mulheres possuem acerca do desejo de se reproduzir ou não. Com efeito, tratam da própria questão da autodeterminação individual quanto ao livre exercício de sua sexualidade e da sua capacidade reprodutiva, sem qualquer ação do Estado no sentido de coerção à mesma.

Segundo Flávia Piovesan e Wilson Pirota (1998), os direitos reprodutivos relacionam-se diretamente com “o acesso a um serviço de saúde que assegure

informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde.” Nessa perspectiva, o aborto inseguro é um problema de saúde pública de grandes proporções, com os grupos pró-escolha afirmando que a sua proibição não traz nenhum resultado positivo, visto que não impede que eles sejam realizados, e ainda expõe as mulheres a riscos de saúde que poderiam ser controlados em caso de legalização. Alegam assim que os sistemas educacionais e de saúde pública demonstram-se mais aptos a lidar com o problema do abortamento do que o poder punitivo do Estado.

Ademais, tratar o aborto como crime, além dos custos sociais também é economicamente inviável em vista dos gastos financeiros que acarreta aos cofres públicos no tratamento das complicações advindas do aborto ilegal. Além disso, a legislação criminal não alcança os resultados desejados, no sentido de coibir a prática do aborto. Estima-se que no mundo, sejam realizados mais de 56 milhões de abortos por ano, metade deles na ilegalidade e, portanto expondo a mulher ao risco. Calcula-se ainda que cerca de 13% das mortes maternas do mundo seja decorrente de abortos ilegais (PEIXOTO, 2008).

Portanto, criminalizar o aborto, é criminalizar especialmente as mulheres pretas e pobres, que não possuem acesso aos recursos médicos para um aborto seguro. Assim, a questão do aborto deixa de ser uma questão essencialmente jurídica para adentrar notadamente no campo social e de saúde pública, como já foi afirmado antes.

Investir em planejamento familiar, dar especial atenção à saúde feminina com políticas públicas voltadas para a mesma, superar a discriminação do estigma da mãe solteira, amparar socialmente as gestantes, criar centros de medicina preventiva e pré-natal são medidas que tornam a questão da prevenção ao aborto mais efetiva, tanto do ponto de vista econômico, em vista a melhor alocação de recursos, quanto do ponto de vista jurídico, pois salvaguarda os direitos sexuais e reprodutivos da mulher (PEIXOTO, 2008).

Segundo Carolina Lima (2012, p.35), “o bem jurídico do ser humano por excelência é a vida”, sendo a partir deste direito que podemos exercer todos os demais, contemplados em conjunto no princípio da dignidade da pessoa humana. Continuando, essa autora afirma que de nada adiantaria a Constituição tutelar outros direitos fundamentais e não colocar o direito à vida em um patamar superior.

O direito à vida é um direito natural, nasce com o homem, sendo garantido e protegido pelo ordenamento jurídico pátrio. O legislador constituinte deixa claro à inviolabilidade do direito à vida no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inclusive o trazendo como primeiro dos direitos invioláveis, garantindo-lhe certa supremacia em relação aos demais, assim positivado, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (CRFB, 1988).

Segundo Alexandre de Moraes (2013a, p. 34), atual ministro do STF, o direito à vida é “o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência ao exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.” De fato, o direito à vida se faz inerente e, requisito mínimo, a todos os demais direitos fundamentais, pois, sem estar vivo, não poderia o cidadão utilizar-se de tais direitos. Trata-se, portanto, de um direito fundamental que subjaz aos demais (CARAPUNARLA; SILVA, 2015).

Neste mesmo sentido, Zulmar Fachin (2015, p.251) pontua que a vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos. Logo, o direito à vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um país.

Gonet Branco (2012, p.378), ao tratar do tema, também esclarece:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 elege não apenas o direito à vida como base do nosso ordenamento jurídico, como também fundamenta a própria República Federativa do Brasil na vida em toda sua plenitude, respeitando a dignidade da pessoa humana. O respeito a esse último princípio é um dos pilares fundamentais no qual se funda o Estado Democrático de Direito, garantido pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (CRFB, 1988).

Para Ingo Wolfgang Scarlet (2001, p.60), a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

O Brasil também é signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, nos quais são tutelados, dentre outros direitos fundamentais, o direito à vida, como por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelece em seu artigo 6º, inciso I que “o direito à vida é inerente à pessoa humana [...]”. Assim, faz parte de sua essência. Dessa forma, não se fala apenas em garantir o direito à vida, mas especialmente em garantir formas de exercer esse direito em toda a sua dignidade, incluindo o respeito ao indivíduo, às suas crenças, o direito à educação, saúde, moradia, emprego, lazer, entre outros. O direito à vida não representa simplesmente estar vivo, respirando, mas sim a uma vida plena e digna, com o uso e fruição de outros direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2013b, p. 87) assim expressa: “A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

A inviolabilidade do direito à vida só foi tutelada nas constituições brasileiras a partir de 1946, previamente a esta, a constituição do império e as constituições dos primeiros anos da república não previam à inviolabilidade do direito à vida, tendo em algumas delas sido admitida a pena de morte. Mesmo durante o período militar, o direito à vida era constitucionalmente preservado, mas só a partir da constituição vigente que ganhou status de direito fundamental do indivíduo.

Ao consagrar o direito à vida, o constituinte de 1988, não faz distinção entre a vida intra e extrauterina e nem faz um juízo de valor entre uma e outra, assim como também não estabelece quando a vida deveria começar a ser preservada, se com a

fecundação, seja ela natural ou artificial, ou a partir da nidadação, ou ainda, como advogam alguns, apenas quando o feto adquirir consciência nociceptiva.

Embora não expresse claramente no texto constitucional, o Brasil é signatário de pactos internacionais que dispõem sobre esse marco regulatório, que ratificados pelo Congresso Nacional passam a ter força de Lei no nosso ordenamento jurídico, equivalendo a emenda constitucional, conforme pacificado a partir da Emenda constitucional nº 45 de 2004. O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto Presidencial 678 de 1992 dispõe em seu artigo 4º, item 1, que “toda pessoa tem direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Assim, este pacto vem complementar o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pois assegura ao ser humano, independente de raça, condição socioeconômica, religião e até mesmo possíveis doenças, como o caso de fetos anencéfalos, a inviolabilidade da vida desde a concepção.

Neste mesmo sentido, com já previamente citado, temos o disposto no nosso Código Civil em seu art. 2º que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”, garantindo proteção jurídica da vida humana intrauterina desde a concepção. O nascituro tem direito a vida e ninguém poderá privá-lo do seu direito, incluindo seus pais.

Ives Gandra Martins (2008, p.01) sobre a partir de quando o nascituro adquire proteção jurídica nos esclarece:

O argumento de que a Constituição apenas garante a vida da pessoa nascida — não do nascituro — e que nem sequer se poderia cogitar de “ser humano” antes do nascimento é, no mínimo curioso: retira do homem a garantia constitucional do direito à vida até um minuto antes de nascer e assegura a inviolabilidade desse direito a partir do instante do nascimento. De rigor, a Constituição não fala em direito inviolável à vida em relação à pessoa humana, mas ao ser humano, ou seja, desde a concepção.

Diante desses instrumentos de proteção jurídica, indagamos como legalizar a questão do aborto no Brasil, se esta prática vai de encontro à todo o nosso ordenamento jurídico em preservar o direito à vida. Direito este que é garantido pela nossa lei maior, a Constituição Federal, no seu artigos 5º e 60, parágrafo 4º, sendo considerado umas das cláusulas pétreas da constituição, quando afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir

direitos e garantias individuais, dos quais o direito à vida se sobrepõe. Este é considerado um direito fundamental resguardado constitucionalmente, portanto as leis infraconstitucionais, no caso, o direito penal, deverá respeitar a lei maior. Entendemos que somente com uma nova constituinte é que seria possível relativizar o direito à vida e ampliar os casos de aborto legal, o que não seria bem visto pela sociedade atual em virtude das incertezas políticas geradas pela eleição de um candidato ligado às forças armadas e que já demonstrou que não teria interesse de promover essa ampliação.

Ainda sobre o princípio da autonomia reprodutiva, o mesmo não se encontra expresso literalmente na nossa Carta Magna, mas recebe proteção em seus aspectos essenciais no texto constitucional, que assegura uma liberdade geral no *caput* do seu art. 5º e reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CF) — dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação, confirmando assim, mesmo que não claramente, o *status* constitucional do princípio da autonomia do indivíduo (GONET BRANCO, 2012).

No entanto, há de se perceber que à inviolabilidade das liberdades gerais do indivíduo vem no texto constitucional posteriormente à inviolabilidade da vida, pois não há que se falar em liberdade quando a própria vida lhe é negada. Assim, no âmbito das relações entre particulares, aqui se considerado o embrião e a mãe como sujeitos de direitos, há de se proceder a uma ponderação entre os valores envolvidos, com vistas a alcançar uma harmonização entre eles no caso concreto. Há de se buscar não sacrificar completamente um direito fundamental, nem o cerne da autonomia da vontade, contudo persistindo o conflito, há de se julgar qual direito fundamental seria suprimido de forma irreversível e protegê-lo.

Robert Alexy *apud* Guimarães e Souza (2017) afirma que, a partir do pressuposto de que sempre há choque de princípios, deve-se realizar a ponderação entre eles, com a finalidade de valorá-los, escolher um deles e verificar as consequências da não aplicação do que foi deixado de lado, sendo isso o que Alexy denomina de “princípio da proporcionalidade”. Então, é possível se indicar qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer uma lesão mais grave caso venha ceder frente a outro, devendo por isso prevalecer. No caso em questão, é o conflito entre o princípio da dignidade da mulher gestante frente à futura dignidade do feto.

O direito à privacidade de uma mulher implica em algumas obrigações para o governo por não interferir em seus assuntos pessoais ou privados, o que inclui o direito de tomar decisões sobre o futuro de seu próprio filho.

Segundo Fasouliotis e Schenker (2000), sob o princípio da autonomia materna, uma vez que uma mulher grávida tenha tomado a decisão informada de recusar um tratamento recomendado pela equipe médica, deve haver uma aceitação completa de sua decisão, sem esforços para persuadi-la. O direito à integridade corporal e à autonomia apoia o conceito de consentimento informado, que permite que pacientes competentes aceitem ou recusem tratamento médico por suas próprias razões. O princípio do consentimento informado exige que o médico respeite os desejos de um adulto mentalmente competente em situações de tomada de decisão médica, mesmo que essa decisão traga prejuízo ao feto.

Existe uma teoria de que o feto não é uma entidade biológica separada, ficando na dependência do corpo da mãe até próximo ao termo (parto). A mãe e o feto estão envolvidos em uma relação simbiótica em que a mãe é a guardiã moral dos interesses do feto. Se diferenças significativas surgirem no interesse da mãe e do feto, a mãe tem a responsabilidade de considerar os interesses de ambos ao tomar uma decisão informada em relação ao tratamento médico. Se houver um conflito, a autonomia pessoal dos direitos da mãe competente deve prevalecer sobre os direitos menores do feto no início da gestação. À medida que o feto amadurece e adquire maior status moral, a situação pode se tornar menos clara (ISAACS, 2003).

Vale destacar dessa teoria que a mesma não delimita o momento mágico em que o feto adquire *status* moral que possa contrapor ou preponderar sobre o interesse da mãe, assim como também não considera a figura de um terceiro elemento nessa relação, o pai, que também pode ter interesse diverso do da mãe.

O próprio Gonet Branco (2012, p.385) nos traz a resposta ao tratar do embate principiológico entre o direito à vida e a autonomia reprodutiva da mulher:

Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos — não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar para a criança por nascer. Daí a justificação da tutela penal, impeditiva de que o problema do aborto seja reconduzido a uma singela questão de autodeterminação da mãe — qualquer que seja o estágio de desenvolvimento da gravidez.

Em consonância com Gonet Branco, também acreditamos que o embrião humano tem sua individualidade e deve ser respeitado em relação aos direitos fundamentais, especialmente à inviolabilidade do direito à vida, devendo ser tutelado pela esfera jurídica, inclusive o direito penal, rechaçando-se assim a autodeterminação materna em relação à gestação, exceto nos casos já autorizados pela nossa legislação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das discussões trazidas, podemos concluir que, no Brasil, todo ser humano tem garantido o direito à vida desde a sua concepção, conforme tutelado pela Constituição Federal de 1988 e por todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, assim como pela legislação infraconstitucional brasileira (Código Civil). Mas, além do direito à vida, nosso texto constitucional resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana, e por entendermos que o nascituro também representa uma vida humana em toda sua plenitude, individualidade (distinta da pessoa materna) e potencialidade, este também é efetivamente sujeito de direitos, notadamente do direito à vida, que se faz requisito mínimo e necessário a todos os demais direitos fundamentais, desde a sua concepção. Assim, merece proteção jurídica ampla e eficaz, inclusive na esfera do Direito Penal.

No conflito de direitos fundamentais entre dois entes particulares (o nascituro e a gestante), ou seja, entre a inviolabilidade do direito à vida do embrião e a autonomia reprodutiva da mulher, devemos utilizar do princípio da proporcionalidade, que nos orientará sobre como avaliar qual direito seria mais lesado irreversivelmente, protegendo-o frente ao outro. Assim, nesse embate temos que o nascituro é o polo mais fraco da relação, sendo a agressão ao seu direito à vida impossível de ser reparada, nos obrigando a escolhe-lo frente ao desejo materno de interrupção da gestação.

A constatação de que apenas a criminalização do aborto tem-se mostrado insuficiente para obstar casos de interrupção voluntária da gravidez não deve, por seu turno, conduzir ao simples abandono do repúdio penal ao aborto, o que levaria a um enfraquecimento da posição em defesa da vida. Deve, no entanto, sugerir a adoção concomitante de medidas sócio-educativas de educação sexual e

planejamento familiar que orientem aos homens e mulheres uma maior responsabilização em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos, evitando-se com os mais variados métodos contraceptivos oferecidos pela medicina uma gestação indesejada. Somos favoráveis inclusive que as mulheres possam optar por métodos contraceptivos definitivos, desde que totalmente capazes civilmente, independentemente de idade ou número de filhos prévios (incluindo nulíparas).

Medidas legislativas e administrativas de apoio financeiro à gestante, de facilitação à reinserção futura da mulher no mercado de trabalho, de compensação profissional pelo tempo necessário de dedicação inicial ao filho, além do apoio psicológico e social à gestante e à família; todas essas são providências que se justificam no âmbito do dever de proteção da vida.

Assim, concluímos que a legislação atual penal referente ao crime de aborto e as excludentes de punibilidade (incluindo a possibilidade de aborto no caso de anencéfalos) são suficientes e, em respeito à supremacia do princípio do direito à vida, refutamos as propostas de ampliação do aborto legal incluídas nos projetos de Lei nº 236/2012 e nº 882/2015. Por outro lado, consideramos que a pena de detenção para a mulher que cometeu aborto é ineficaz, pois inibe até a denúncia do crime. Propomos que ao invés de medidas de detenção, as mulheres que cometessem esse crime fossem direcionadas para realização de serviços comunitários e encaminhadas para centros de planejamento familiar onde iriam realizar um curso informativo e ao fim, optariam por sua livre escolha, de um plano reprodutivo. Dessa forma, estaríamos, ao mesmo tempo, repriminando o ato delituoso e educando a mulher para que ela não necessite cometer novamente o mesmo crime por desconhecimento das formas de prevenção de uma gravidez indesejada.

THE CONFLICT OF PRINCIPLES FROM THE PROPOSALS FOR EXTENSION OF LEGAL ABORTION IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE: RIGHT TO LIFE *VERSUS* RIGHT TO REPRODUCTIVE AUTONOMY

ABSTRACT

The (de)criminalization of abortion in Brazil is constantly under debate in the legislative power and society, generating deliberation between pro-life and pro-choice supporters. Although criminalized, abortion is a common event in the Brazilian women's reproductive life, making the criminal law ineffective in combating criminal

practice. Currently, our legislation condemns criminally abortion in all circumstances, but excludes punishment in cases of mother's death risk, rape and anencephalic fetuses. Several legislative proposals are underway to modify criminal law relating to abortion. The objective of this work is to discuss the proposals to expand the cases of exclusion of illicit abortion in Brazil, analyzing them based on the conflict between the principles of inviolability of the right to life and female reproductive autonomy. This is a qualitative and descriptive study, in which the deductive method is used based on bibliographical review and analysis of legal devices, in the various fields of law. According to the analysis of the legal texts, in Brazil, it can be concluded that every human being has guaranteed the right to life since its conception, as protected by the current Brazilian Federal Constitution as well as international and infraconstitutional legislation, with the unborn child representing a human life in all its fullness, individuality and potentiality, being effectively subject to rights, notably the right to life, which is a minimum and necessary requirement for all other fundamental rights, rejecting the possibility of abortion's decriminalization.

Key-Words: Abortion; Right to life; Reproductive autonomy.

REFERÊNCIAS

ALVES, D. S.; COSTA, C. A. S. **Bioética: Desdobramentos e suas implicações jurídicas no Brasil**, 2011. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/12/sasc.htm> Acesso em: 03/12/2018

BEM, P. **Direito à vida e a descriminalização do aborto**. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-à-vida-e-descriminalização-do-aborto> Acesso em: 29 nov. 2018.

BRANCO, P. G. G. Direitos Fundamentais em espécie. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 378-389

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882/2015**. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158 > Acesso em: 22 de Junho de 2018.

_____. **Código Penal** (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 de Junho de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Manual dos comitês de mortalidade materna**. 3. ed. Brasília, 2007.

_____. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica**. 2. ed. Brasília. 2011.

_____. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e Saúde Pública 20 anos**. Brasília, 2009.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1ª ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 22 de Junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Julg. 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>> Acesso em: 22 de Junho de 2018.

BRITO, E. S.; ROSA, V. C. C. **Direitos humanos e o princípio fundamental do direito à vida**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28983/direitos-humanos-e-o-principio-fundamental-do-direito-a-vida>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CAPEZ, F. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARAPUNARLA, H. L.; SILVA, S. D. Da proteção penal do nascituro: a vida intrauterina como objeto de proteção do crime de aborto. In: RIBEIRO, D. M.; DIAS, J. F. A.; MUNEKATA, L. Y. C. (Org.). **Ética e direito à vida**: volume I. Maringá: Vivens, 2015, p.79-102.

CARVALHO, M. A. et. al. Maior parte dos projetos no Congresso sobre aborto prevê endurecer a pena. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 01 dez 2016. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,maior-parte-dos-projetos-no-congresso-sobre-aborto-preve-endurecer-a-pena,10000091795>. Acesso em: 30 nov 2008.

CRESCER. Mãe decide levar gestação de bebê anencéfalo até o fim para doar órgãos. **Crescer**, 27 fev 2017. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Curiosidades/noticia/2017/02/mae-decide-levar-gestacao-de-bebe-anencefalo-ate-o-fim-para-doar-orgaos.html>. Acesso em: 29 nov 2018.

COLLUCCI, C. Mulher mantém gestação para doar órgãos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 fev 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff10029801.html> Acesso em: 29 nov 2018.

DINIZ, D. et al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017.

FACHIN, Z. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251.

FASOULIOTIS, S. J.; SCHENKER, J. G. Maternal-fetal conflict. **Eur. J. Obstet. Gynecol. Reprod. Biol**, v. 89, p. 101-107, 2000.

GALLI, B. Negative impacts of abortion criminalization in Brazil: systematic denial of women's reproductive autonomy and human rights. **U Miami L Rev.**, Miami, v. 65, p. 969-980, 2011.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. Volume II: parte especial. 8. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, C. P. S.; SOUZA, F. V. O aborto à luz do princípio da proporcionalidade. **Revive - Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v.2, n.1, p. 454 - 459, 2017.

ISAACS, D. Moral status of the fetus: fetal rights or maternal autonomy? **J. Paediatr. Child Health**, v. 39, p. 58-59, 2003.

LEITE, G. S.; SARLET, I. W. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

LIMA, C. A. S. **Aborto e anecefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADEIRO, A; DINIZ, D. Serviços de aborto legal no Brasil: um estudo nacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 2, p. 563-572, 2016

MAGALHÃES, L. L. A. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, I. G. S. Constituição garante o direito à vida desde a concepção. **Conjur**, 28 mai 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-28/constituicao_garante_direito_vida_concepcao>. Acesso em: 25 nov. 2018.

MIRABETE, J. F; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. Volume 2: Parte especial. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____, A. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral: Comentários aos artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013b, p. 87.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PEIXOTO, F. D. F. A ineficácia jurídica e econômica da criminalização do aborto. In: XVI Congresso do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, p. 5229-5249. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/francisco_davi_fernandes_peixoto2.pdf. Acesso em: 26 de nov de 2018.

PIOVESAN, F.; PIROTA, W. R. B. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.167-168.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEDGH, G. et. al. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. **Lancet**, v. 388, n.10041, p. 258-67, 2016.