

ABORTO: INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA E A GARANTIA DA AUTONOMIA DA MULHER

ABORTION: INVIOABILITY OF THE RIGHT TO LIFE AND THE WARRANTY OF WOMEN'S AUTONOMY

Sebastião Sergio da Silveira^I 

Daniela Meca Borges^{II} 

^I Universidade de São Paulo (USP) e Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: sebastiao_silveira@hotmail.com

^{II} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: daniela.meca.adv@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2992>

Recebido em: 25.02.2019

Aceito em: 17.03.2019

Resumo: O aborto clandestino é uma realidade em nosso país e tem sido causa de morte de grande quantidade de mulheres que se submetem aos procedimentos precários, enquanto o nosso Código Penal ainda criminaliza tal conduta. Diante desse quadro, existe um forte movimento de parte da sociedade, que vem pressionando a revisão da censura legal à interrupção da gravidez. De outro lado, também existe uma corrente mais conservadora, que defende a proibição do aborto, principalmente com base no princípio da intangibilidade da vida preconizado pela Constituição Federal. Dessa forma, o presente trabalho se propõe a examinar algumas polêmicas que cercam o tema, buscando responder se é possível a descriminalização do aborto no Brasil.

Palavras-chave: Descriminalização. Aborto. Direito à Vida. Autonomia da mulher.

Abstract: Clandestine abortion is a reality in our country and has caused the death of large numbers of women who undergo precarious procedures, while our Penal Code still criminalizes such conduct. Faced with this situation, there is a strong movement on the part of society, which has been pressing the revision of legal censorship to the interruption of pregnancy. On the other hand, there is also a more conservative current, which defends the prohibition of abortion, mainly based on the principle of the intangibility of life advocated by the Federal Constitution. Thus, the present work proposes to examine some controversies that surround the theme, seeking to answer if it is possible the decriminalization of abortion in Brazil.

Keywords: Decriminalization. Abortion. Right to life. Autonomy of woman.

Sumário: 1 Introdução; 2 O milagre da vida; 3 Direitos inerentes à personalidade do nasci-turo; 4 Análise crítica dos argumentos favoráveis e contrários ao aborto; 5 Considerações finais; Referências.

1 Introdução

É certo que os valores da sociedade se alteram com o correr do tempo e o Direito tem o grande desafio de acompanhar essas mudanças, sem embargo da preservação de alguns que se petrificaram como fundamentos de sua organização.

O aborto não é tema recente. Existem registros de sua prática até nas mais remotas civilizações. O tratamento jurídico do tema nunca foi uniforme e sempre se alterou, principalmente, em razão das convicções religiosas e filosóficas.

No Brasil, por influência dos portugueses e do catolicismo, o aborto sempre foi proscrito. Desde as Ordenações do Reino, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, Código Penal da República de 1890, até o vigente Código de 1942, a interrupção da gravidez é considerada crime.

Atualmente, existe um crescente movimento em parte da sociedade brasileira que pugna pela descriminalização de práticas abortivas, cujo principal argumento é o direito da mulher ao próprio corpo e ao planejamento familiar.

A matéria vem sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, sendo que esse Pretório, no ano de 2012, após longo debate e por maioria, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação que possibilitava a criminalização do aborto de anencéfalos.

Não obstante, referida decisão do STF não colocou fim ao debate. A corte deverá voltar a julgar tema análogo, na ADPF de nº 442, que busca a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez até doze semanas, mas porque antes mesmo do ajuizamento desta ação, o aborto já era – e continua sendo – um assunto recorrente na sociedade brasileira.

É certo que o país está dividido entre grupos que lutam pela descriminalização do aborto, em confronto com a opinião de outros que sustentam a impossibilidade de tal desiderato, principalmente, diante da tutela constitucional dedicada ao direito à vida.

Por certo, qualquer resposta sobre as dúvidas levantadas no debate perpassa pelo debate relativo às cinco teorias que tentam explicar o início da vida. Dessa forma, o presente trabalho se propõe à análise

de tais teorias em face do ordenamento jurídico brasileiro, buscando extrair dele qual é a disciplina jurídica que se submete o nascituro. Em seguida, serão avaliados os argumentos favoráveis e contrários à descriminalização do aborto e contrapondo-os, externaremos o nosso entendimento.

Na busca do enfrentamento com as candentes dúvidas decorrentes do debate do tema, foi realizada revisão bibliográfica, buscando a aferição das teorias antagônicas com a utilização do método hipotético-dedutivo.

2 O milagre da vida

A investigação sobre o exato momento em que a vida humana se inicia é imprescindível e preliminar ao debate acerca do aborto. Isso porque, somente delimitando quando “o milagre da vida” acontece, é possível reconhecer a existência de um novo ser individualizado, que não se confunde com o corpo da mulher e que é merecedor de tutela jurídica própria.

No campo da bioética podem ser encontradas, ao menos, cinco visões que tentam definir o início a vida humana: a metabólica, a ecológica, a neurológica, a embriológica e a genética¹.

A *visão metabólica* considera que o espermatozoide e o óvulo, em si mesmos, são tão vivos quanto uma pessoa. Esta visão recebe duras críticas, por confundir “células vivas” com pessoa humana, ou seja, a parte com o todo². Ademais, ela desconsidera que é possível retirar “células vivas” por processo natural (como, por exemplo, os óvulos que são descartados na menstruação), como por processo artificial (por exemplo, doação de sangue ou de medula óssea), sem que isso importe em desrespeito à vida humana.

Já a *visão ecológica* reconhece como início da vida, o momento, a partir do qual, o feto pode sobreviver fora do útero. Desse modo, a vida humana se iniciaria entre a 20^a e a 24^a semanas de gestão, quando os pulmões já estão prontos. À crítica que é feita a essa visão, é de que ela não explica o início da vida, mas sim o início da viabilidade de sobrevivência do feto fora do útero, pois já existe vida antes da formação

1 SANCHES, Mario Antonio; VIEIRA, José Odair; MELO, Evandro Arlindo de. *A dignidade do embrião humano: diálogo entre teologia e bioética*. São Paulo: Editora Ave-maria, 2013, n. p.

2 *Ibid.*, n. p.

dos pulmões e a atual medicina permite, inclusive, intervenções na vida fetal³.

Os defensores da *visão neurológica* argumentam que se a morte é definida pelo encerramento das atividades elétricas no cérebro, o início da vida deve ser marcado pelo mesmo critério, ou seja, quando o feto apresentar atividade cerebral igual de uma pessoa. Ocorre que além de não haver um consenso sobre o exato momento do início das atividades cerebrais – haja vista que para alguns isso já ocorre na 8ª semana de gestação, enquanto que, para outros, somente na 20ª – a mesma crítica feita à visão ecológica se aplica, também, à visão neurológica, pois para haver atividades cerebrais é porque já existe, anteriormente, um ser vivo⁴.

Destaque-se, por oportuno, que o Ministro Luís Roberto Barroso utilizou os argumentos das *visões ecológica e neurológica* para proferir seu voto, no Habeas Corpus de nº 134.306, reconhecendo a inexistência de crime nos casos em que o aborto for praticado até o terceiro mês de gestação, em razão da impossibilidade de vida extrauterina nesse estágio. A validade da fundamentação dada pelo Ministro será testada no Capítulo 4, mas fica aqui o registro para demonstrar algumas das implicações práticas dos conceitos buscados na bioética.

A *visão embriológica*, a seu turno, argumenta que a vida se inicia quando é estabelecida a individualização humana, o que ocorre na segunda semana de gravidez. Para os adeptos desta visão, antes dos 12 dias, é possível que o zigoto se divida e dê origem a dois ou mais embriões⁵.

Por fim, a *visão genética* defende a fecundação como o marco inicial da vida humana, pois a partir do momento em que os gametas masculinos (o espermatozoide) se unem aos gametas femininos (o óvulo), eles dão origem a um indivíduo, dotado de um conjunto genético próprio, que é o zigoto, o embrião⁶.

Assim, o início da vida *não* está condicionado a verificação do fenômeno da nidação, isto é, a implantação do embrião na parede do útero, porque “a nidificação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder

3 SANCHES; VIEIRA; MELO, op. cit.

4 *Ibid.*, n. p.

5 *Ibid.*, n. p.

6 *Ibid.*, n. p.

genético”, ou seja, “a continuidade de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas”⁷.

Esta última visão, pode ser usada para fundamentar a proteção jurídica dos embriões crio-preservados, originários das técnicas de reprodução assistida (fertilização *in vitro* ou ICSI), uma vez que eles possuem as mesmas características genéticas daqueles outros que são decorrentes da fertilização natural.

Advertimos, ainda, que a liberação do uso de células-tronco feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADI de nº 3510, não tem o condão de invalidar a visão genética, pois a pesquisa com células-tronco só é permitida em casos excepcionais, quando se verifica que o embrião já se tornou inviável para fins de reprodução, ou após o transcurso de três anos de criopreservação e, em qualquer um dos casos, desde que haja expressa autorização dos seus genitores⁸. Portanto, conforme salienta Flávio Tartuce⁹, “o que se percebe é que essa utilização não traduz regra, mas exceção, justamente porque se deve proteger a integridade física do embrião”.

Filiamo-nos à *visão genética*, reconhecendo que a vida se inicia no momento da fecundação (natural ou artificial), sendo que as demais fases (nidação, individualização, desenvolvimento da notocorda maciça, início dos batimentos cardíacos, aparência humana, registro de ondas eletroencefalográficas, viabilidade pulmonar, etc.) são consequências deste fenômeno.

3 Direitos inerentes à personalidade do nascituro

Superada a questão sobre o início da vida, faz-se necessário perquirimos como a vida humana é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

7 FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 149.

8 Nesse sentido, a Lei nº 11.105/2005, em seu artigo 5º, estabelece que: “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 [...]”.

9 A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, jan. 2007, p. 168.

Iniciando pela Carta Maior, nela encontramos diversos dispositivos que fundamentam a proteção à vida humana. Já em seu primeiro artigo, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a “dignidade da pessoa humana” como um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade pode ser interpretada como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”¹⁰. Disto decorre a conclusão de que a pessoa humana nunca poderá ser “coisificada”, vista como instrumento, havendo tanto normas que protegem à dignidade de violações do Estado ou de particulares (normas que impõem um *não fazer*; uma abstenção), quanto normas que deverão promovê-la e concretizá-la (normas que impõem um *fazer*), garantindo todos os direitos inerentes à uma vida digna: saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros.

Mais adiante, o Constituinte assegurou a todos, *sem distinção de qualquer natureza*, a inviolabilidade do direito à vida¹¹.

Além destas normas aplicáveis ao direito interno, também em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil deve rege-se de forma a assegurar a prevalência dos direitos humanos¹².

Mister advertir, que a proteção a vida humana não se limita às pessoas já nascidas, pois o direito intergeracional que decorre da leitura do *caput* do artigo 225 da *lex mater*, é base que nos permite concluir que a vida humana é tutelada desde o momento da concepção, haja vista que aqueles que hão de nascer representam a futura geração.

Todos os dispositivos que tutelam a preservação da vida humana, se constituem em garantias fundamentais e, por assim serem, integram o núcleo duro da Constituição que não pode ser abolido ou restringido por emenda constitucional, são as cláusulas pétreas¹³.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42.

11 Cf., CRFB/88, art. 5º, *caput*: “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, nos termos seguintes [...]”.

12 Cf., CRFB/88, art. 4º, II: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:” [...] “II - prevalência dos direitos humanos”.

13 Cf., CRFB/88, art. 60, § 4º, IV: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada

Há que ser mencionado, ainda, o artigo 10 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que é claro em prever que “todo ser humano tem o inerente direito à vida”. Esta Convenção integra o chamado “bloco de constitucionalidade”, pois ela foi internalizada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o qual foi aprovado na forma do § 3º, do artigo 5º, da Carta Maior.

Singrando os mares da legislação infraconstitucional, o primeiro diploma a ser mencionado é o Código Civil brasileiro, haja vista que a redação dada aos seus artigos 1º e 2º, causou muita celeuma ao ponto de dividir os estudiosos do direito, em três posições distintas, sobre a forma como cada um deles compreendem *quando* uma pessoa passa a titularizar direitos e, portanto, pode exigir a proteção deles, incluindo-se à inviolabilidade do direito à vida.

Com efeito, estabelece o artigo 1º do mencionado código que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e o artigo 2º acrescenta que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Para melhor entendimento, necessário apresentarmos os conceitos jurídicos de *capacidade e personalidade*.

A *capacidade* pode ser entendida como a aptidão para uma pessoa (natural ou jurídica) ser sujeita de direitos decorrentes de *relações patrimoniais*¹⁴.

De modo diverso, a *personalidade* se refere às *relações existenciais* e pode ser traduzida como “o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima”, ou seja, “ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna”¹⁵. Portanto, a *personalidade* é característica inerente à pessoa humana e dela emana os direitos de ordem existencial: a vida, o nome, a imagem, a honra, a intimidade, a privacidade, dentre outros.

Feito o esclarecimento, agora, podemos examinar com mais clareza as três teorias civilistas que tentam explicar não o início da vida,

mediante proposta.”; “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir.”; “IV - os direitos e garantias individuais”.

14 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 181.

15 *Ibid.*, p. 179.

mas sim o momento em que o ser humano passa a ser sujeito de direitos na ordem jurídica, ou seja, é dizer sobre o início de sua personalidade jurídica (frise-se, direitos decorrentes das relações existenciais).

A primeira teoria é a *natalista* que condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida. Para esta corrente, o nascituro – incluindo-se o embrião – não possuiria direitos, mas mera expectativa. Trata-se de uma interpretação literal da primeira parte do artigo 2º do Código Civil. São adeptos dessa visão doutrinária Sílvio Rodrigues¹⁶, Caio Mário da Silva Pereira¹⁷ e Sílvio de Salvo Venosa¹⁸.

Para a segunda teoria, a *condicionalista*, o nascituro só terá seus direitos legalmente protegidos se houver a implementação de uma condição: o nascimento com vida. Assim, o nascituro teria *direitos eventuais* porque sujeitos à uma condição suspensiva. Flávio Tartuce¹⁹ não adota esta posição, mas esclarece que o artigo 130 do Código Civil, que garante a prática de atos destinados a conservar um direito eventual, poderia ser usado para fundamentar a *Teoria Condicionista*. São defensores dessa posição Washington de Barros Monteiro²⁰, Fábio Ulhoa Coelho²¹ e Clóvis Beviláqua²².

A terceira teoria é a *concepcionista*, para a qual, a personalidade é adquirida desde o momento da concepção, sem estar sujeita a qualquer condição. Esta corrente é francamente majoritária, sendo defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²³, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁴, Flávio Tartuce²⁵, Giovanni Comodoro Ferreira e Pablo Pavoni²⁶ e Larah Beatrissia Queiroz Oliveira²⁷.

16 *Direito Civil*: Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

17 *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, p. 216.

18 *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1., p. 161.

19 *Op. cit.*, p. 163.

20 *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v., p. 66.

21 *Curso de Direito Civil*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1., p. 145.

22 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 178.

23 *Op. cit.*, p. 318-319.

24 *Novo Curso de Direito Civil*: Parte Geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 94.

25 *Op. cit.*, p. 166.

26 O início da personalidade jurídica da pessoa natural e a condição jurídica do nascituro no direito C. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 1, dez. 2016, passim.

27 A dignidade natural do ser humano e o problema do aborto - DOI 10.5752/P.2318-7999.2013v16n32p22. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [s.l.], v. 16, n. 32, 23 dez. 2013, passim.

Dentre as teorias apresentadas, a correta é a *concepcionista*, não apenas segundo o nosso entendimento, mas é esta a conclusão que decorre de uma visão despatrimonializada do Direito Civil, notadamente, numa ótica do direito civil-constitucional. Pois, “o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno”²⁸.

Noutro giro, caso a teoria *natalista* fosse admitida como a correta, teríamos que classificar o nascituro como “coisa”, haja vista que aquele que não tem personalidade, pessoa não é. E, como corolário dessa primeira afirmação, seria negado ao nascituro o direito à vida, aos alimentos, a investigação de paternidade, ao nome e a imagem²⁹, fazendo letra morta tantos dispositivos existentes no ordenamento jurídico, os quais tutelam de modo expresse estes direitos.

Também se demonstra equivocada a teoria *condicionalista* porque ela é em sua essência *natalista*, uma vez que afirmar que o nascituro possui *direitos eventuais* tem a mesma implicação prática do que afirmar que ele possui mera *expectativa de direitos*.

Além dos dispositivos constitucionais citados anteriormente, há no Código Civil e em outros diplomas legais, vários artigos que demonstram de forma inequívoca, que o nascituro possui uma gama de direitos que se destinam a proteger sua personalidade e, sobretudo, sua vida digna.

O Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu formalmente através do Decreto nº 678/92 e foi incorporado ao direito brasileiro com força de norma supralegal, é claro em estabelecer que toda pessoa tem o direito de que sua vida seja respeitada desde o momento da concepção³⁰.

A vida do nascituro também é protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 7º assegura que toda criança tem direito a proteção à vida e à saúde³¹. Ressalte-se que o conceito

28 ROSENVALD; FARIAS, op. cit., p. 319.

29 TARTUCE, op. cit., p. 162.

30 Cf., o artigo 4º, item 1, que estabelece: “Artigo 4. Direito à vida”; “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

31 Cf., CDC, art. 7º: “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de

de criança dado pela lei abrange o nascituro, pois conforme o artigo 2º, criança é toda pessoa de até doze anos³². Ademais, quando a Lei assegura a assistência ao pré-natal, no artigo 8º, ela está protegendo não apenas a saúde da gestante, mas, sobretudo, a vida e a saúde do nascituro³³.

Neste esteio, a Lei nº 11.804/2008 assegura os alimentos gravídicos, assim compreendidos toda e qualquer despesa decorrente da gravidez, desde o momento da concepção até o parto³⁴, os quais podem ser fixados pelo juiz apenas com indícios da paternidade³⁵ e após o nascimento, os alimentos são convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor da criança³⁶, o que demonstra que os bens jurídicos protegidos pela Lei são a vida e a saúde do nascituro. A propósito, tratando-se de direitos indisponíveis, como saúde e vida, o Ministério Público possui legitimidade para requerer os alimentos em favor do nascituro³⁷.

A filiação também é um direito do nascituro, pois o reconhecimento da paternidade pode preceder ao nascimento³⁸.

existência”.

- 32 Cf., CDC, art. 2º, *caput*: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.
- 33 Cf., CDC, art. 8º: “Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde”.
- 34 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 2º: “Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.
- 35 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 6º, *caput*: “Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.
- 36 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 6º, parágrafo único: “Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.
- 37 Cf., CRFB/88, art. 127, *caput*: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.
- 38 Cf., CC, art. 1.609, parágrafo único: “Parágrafo único. O reconhecimento pode

O ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se de tal maneira com o nascituro, que, inclusive, previu a possibilidade de ser-lhe nomeado curador, quando o pai falece e a mãe não detém o poder familiar³⁹.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados julgados que reconhece o dano moral ao nascituro pela morte do pai⁴⁰ e que confere a condição de pessoa ao nascituro, ao julgar um acidente automobilístico que causou a morte do feto⁴¹.

Cite-se, ainda, o Enunciado 1, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que estabelece que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Poderiam ser mencionados inúmeros outros direitos do nascituro – como mais um exemplo, a estabilidade provisória da gestante no Direito do Trabalho que além de assegurar o sustento da empregada, garante que o nascituro tenha condições para desenvolvimento e nascimento dignos – mas os já expostos, são capazes de demonstrar que o nascituro possui, sim, personalidade jurídica e todos os direitos dela decorrentes: vida, saúde, honra, nome, filiação, imagem, dentre outros.

É, por isso, que foi feita aquela distinção entre a *personalidade* e a *capacidade*, para esclarecer o motivo dos direitos de natureza patrimonial – doação, herança e seguro previdenciário, dentre outros – estarem condicionados ao nascimento com vida.

Portanto, o nascituro – compreendendo-se o embrião – é pessoa e detém personalidade jurídica com todos direitos a ela inerentes, deixando apenas de possuir *capacidade* para titularizar relações patrimoniais.

Esta conclusão é a que decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se nela o Código Penal brasileiro, pois sem a tutela penal, a vida do nascituro não estaria

preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

39 Cf., CC, art. 1.779: “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”; “Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

40 Cf., STJ, RESP 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.2.02, DJU 15.4.02.

41 Cf., STJ, RESP 1.415.727/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 04.9.2014, DJU 29.9.2014.

integralmente protegida, porque careceria de proteção contra os atos destinados a encerrá-la, frustrando a realização dos demais dispositivos que protegem seu sadio desenvolvimento.

Isto significa que os crimes tipificados nos artigos 124 ao 126 tutelam a vida intrauterina, pois além deles estarem inseridos no “Título I” que trata dos “crimes contra a pessoa” e no “capítulo I” que disciplina os “crimes contra a vida”, eles têm por objetivo punir os atos praticados pela gestante ou por terceiros que visem interromper a gravidez.

Os tipos penais representam verdadeiras *obrigações*, pois são normas imperativas que impõem um não fazer (não provocar o aborto e não consentir que outrem o provoque), contrapondo-se ao direito subjetivo à vida e cujo descumprimento ensejará a imposição de uma sanção, que são as penas cominadas nos artigos 124 a 126⁴².

4 Análise crítica dos argumentos favoráveis e contrários ao aborto

O antigo anseio de descriminalização do aborto, manifestado por parte da sociedade brasileira vem recrudescendo nos últimos tempos e ganhou força após a realização da I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres, que resultou na aprovação de uma resolução propondo ao Governo Brasileiro a inserção do tema no campo da saúde pública e adoção de políticas de descriminalização da prática⁴³.

De fato, não se desconhece que a prática clandestina de abortos se transformou em grave problema de saúde pública. Estima-se que no ano de 2005 para cada 100 nascidos vivos, ocorreram 30 abortos realizados em condições inseguras e precárias⁴⁴. Estudos oficiais colocam o aborto induzido como a terceira ou quarta causa de mortalidade materna⁴⁵.

42 BORGES, Daniela Meca; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Deveres Fundamentais na Construção da Cidadania. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR - BA, 27, 2018, Salvador. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 152.

43 FREIRE, Nilcéia. Aborto Seguro: Um direito das mulheres? *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2. Abr./jun. 2012, p. 31.

44 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Abortamento previsto em lei em situações de violência sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 3.

45 *Id.*, *Aborto e Saúde Pública no Brasil: 20 anos*. Brasília, 2009, p. 31.

Com tais ingredientes, a discussão sobre o aborto tem sido recorrente no Brasil, estando na pauta do Congresso Nacional, do Judiciário, dos noticiários e do meio acadêmico.

No Congresso Nacional, o projeto de lei nº 236 de 2012, ainda em trâmite, que pretende instituir o novo Código Penal, ressuscitou as discussões acerca do aborto. Além das situações já conhecidas, em que não se pune o aborto praticado nos casos de risco à vida da gestante (aborto necessário) e de gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário), o projeto do novo Código Penal prevê que também não haverá crime de aborto: se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizam a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou 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.

Verifica-se que além de incorporar à lei a decisão emanada da ADPF de nº 54, que deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal vigente, para estabelecer que não se pune o aborto nos casos de anencefalia, o projeto de novo Código Penal foi além, abrangendo, ainda, outras doenças ou anomalias incuráveis que inviabilizam a vida extrauterina.

O ponto alto das discussões no Senado foi, na verdade, a previsão de interrupção voluntária da gravidez até doze semanas, ainda que se tratando de um feto plenamente saudável, pois, nesta hipótese, o que estaria sendo valorado era a saúde física e psicológica da “mulher”, que o projeto deixou, intencionalmente, de qualificá-la como mãe ou gestante.

A proposta recebeu destaques do Senador Pedro Taques para retirada da hipótese de interrupção voluntária da gravidez até doze semanas e a comissão decidiu, por maioria de votos, acolher o destaque e retirar esta hipótese do projeto de lei.

Eduardo Saad-Diniz⁴⁶ criticou a revisão do texto, argumentando que a visão concepcionista que foi adotada é de forte conotação religiosa e que a nova redação fere as liberdades pessoais da mulher, notadamente, sua autodeterminação para escolher ser mãe e oferecer condições de

46 Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, p.17-18, out. 2014, n. p.

vida saudáveis ao recém-nascido. O penalista considerou, ainda, que a argumentação utilizada para retirar a hipótese de interrupção voluntária é em grande medida apelativa, pois ao afirmarem que com doze semanas o bebê já possui feições humanas (olhos, nariz, boca, orelhas, coração, fígado, rins, pulmões e sistema nervoso central já em formação), os autores da revisão buscam uma equiparação entre a personalidade do feto com a personalidade de uma pessoa nascida, causando desconforto a quem opte pelo aborto.

Não obstante toda a deferência que merece o Ilustre professor ribeirão-pretano, ousamos em discordar de suas críticas à revisão. Isso porque, Saad-Diniz parece incorrer no erro comum de partir da premissa de que todo àquele que defende a proteção do direito à vida desde a fecundação, o faz, baseando-se em critérios unicamente religiosos, negando a cientificidade que detém a visão concepcionista, conforme demonstrado no tópico 2.

De igual modo, foi demonstrado no Capítulo 3, que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro nos permite afirmar que a vida é protegida pela Lei desde à concepção, não havendo mesmo nenhuma diferença quanto à *personalidade jurídica* da pessoa nascida em paralelo com aquela outra que ainda está no estágio da vida intrauterina. Já foi esclarecido que a diferença entre as duas se refere à *capacidade*, pois o feto não possui capacidade para titularizar relações patrimoniais, mas tem resguardado todos os direitos inerentes à sua personalidade.

Já no âmbito do Poder Judiciário, o debate sobre o aborto foi enfrentando em diversas ocasiões, sendo os mais notáveis julgamentos: a ADPF de nº 54, o HC de nº 124.306/RS e, atualmente, a ADPF de nº 442.

Na ADPF de nº 54 foi criado o precedente, segundo o qual, é inconstitucional qualquer interpretação que entenda que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo se amolda aos crimes previstos nos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal.

Gilson Matilde Diana⁴⁷ destaca que a razão de decidir, adotada pela maioria que votou favorável à procedência da ação, foi de que não estava em jogo a vida de outro ser, mas se tratava de um processo

47 Direito Constitucional Contemporâneo e os Desafios dos Direitos Fundamentais: a liberdade e autonomia da vontade e a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. *RCJ - Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, 2015, p. 86-87.

de gravidez verdadeiramente mórbido, em que nem mesmo uma intervenção cirúrgica poderia salvar a vida do feto.

Em sentido diverso, votaram pela improcedência do pedido os Ministros Ricardo Lewandowski e César Peluso, os quais asseveraram em seus respectivos votos, que o Supremo Tribunal Federal careceria de unção legitimadora do voto popular e, por isso, não poderia promover inovações no ordenamento normativo, pois a ele só caberia a função de legislador negativo, isto é, extirpar as inconstitucionalidades.

Desse modo, a partir de 12 de abril de 2012, quando a ADPF de nº 54 foi julgada procedente, além das hipóteses de aborto para salvar a vida da gestante e de gravidez decorrente de estupro⁴⁸, também deixou de ser punido o aborto de feto anencéfalo.

Passados pouco mais de quatro anos, a Corte Suprema retomou as discussões sobre o aborto, não porque tenha sido provocada a fazê-lo, mas sim pelo ativismo judicial de seus membros.

A questão voltou ao Supremo por meio do *Habeas Corpus* de nº 124.306, que pretendia relaxar a prisão preventiva de dois réus que foram denunciados como incurso nos crimes dos artigos 126 e 288, ambos do Código Penal, nos quais são punidas, respectivamente, as condutas de provocar aborto com o consentimento da gestante e associação criminosa (antiga quadrilha ou bando). Os argumentos levantados pela defesa foram de não estarem presentes os requisitos necessários para a prisão; que os réus eram primários, com bons antecedentes, possuíam trabalho e residência fixa; e, sobretudo, a desproporcionalidade da prisão cautelar, pois em caso de condenação, os réus cumpririam a pena em regime aberto.

Portanto, tratava-se de um julgamento estritamente objetivo, destinado ao exame da legalidade da prisão preventiva com o cotejo dos artigos 311 a 316, todos Código de Processo Penal.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, entendeu que a liberdade dos acusados não oferecia risco ao processo e concedeu a ordem. Nesta ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e no dia 29 de novembro de 2016, proferiu seu voto, em que não conhecia do *Habeas Corpus*, mas

48 Cf., CP, art. 128, I e II: “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”.

concedia a ordem de ofício, invocando razões alheias ao mérito da legalidade da prisão.

Para o Ministro Barroso, era necessário examinar a própria constitucionalidade da legislação penal que pune o aborto voluntário, acrescentando que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria os direitos fundamentais da mulher, como sua autonomia, integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Além disso, entendia que a tipificação penal não observava suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Este entendimento foi acompanhado pelos votos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Já o Ministro Luiz Fux concedeu a ordem de ofício, mas se restringiu a revogar a prisão preventiva.

Publicada esta decisão, não faltaram críticas doutrinárias a respeito, sendo que as mais salutares foram feitas por Lênio Luiz Streck e Rafael Giorgi Dalla Barba⁴⁹, os quais combateram o ativismo judicial evidenciado no voto do Ministro Barroso e a equivocada interpretação da ponderação de Robert Alexy.

Com relação ao ativismo judicial, os autores argumentaram que dentro do Estado Democrático de Direito, o órgão que tem a função de julgar os casos sob a lei, não pode criá-las, haja vista que as decisões políticas não podem ser transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena da nossa cidadania ser alienada por completo.

Já com relação a ponderação alexyana, os autores advertiram que se trata de um método para resolver conflitos de princípios. Por isso, a ponderação não pode ser aplicada às regras, já que estas se aplicam por meio subsunção, de modo que ou o fato se amolda à regra, ou não, o famoso “tudo ou nada”. Assim, considerando que os crimes previstos nos artigos 124 e 126 são regras e não princípios, é impossível deixar de aplicá-los pela técnica da ponderação.

Não obstante as críticas que foram feitas ao voto do Ministro Barroso e apesar da decisão proferida no HC de nº 124.306 não ter força vinculante, fato é que ela tem sido utilizada como valioso paradigma para os movimentos que defendem a legalização do aborto, tanto que seus argumentos foram reproduzidos pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL para fundamentar uma nova ação, a ADPF de nº

49 Aborto: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. *ConJur*, São Paulo, dez. 2016, n. p.

442, atualmente em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, que pretende exatamente descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até doze semanas de gestação.

É possível notar que não apenas os juristas, mas a sociedade brasileira como um todo está dividida entre os que querem a procedência da ADPF de nº 442, com a consequente descriminalização dos crimes de aborto até doze semanas de gestação, e os que buscam a sua improcedência, argumentando a defesa da vida desde o seu início.

Cumpramos analisarmos os principais argumentos que são invocados por ambos os grupos, contrapondo-os para, ao final, externarmos nosso posicionamento.

Iniciando pelos argumentos favoráveis à descriminalização do aborto, Ana Beraldo, Telma de Souza Birchall e Claudia Mayorga⁵⁰ asseveram que “a ilegalidade do aborto não impede que ele seja feito, mas o situa na esfera do segredo, do privado, podendo atuar na reprodução da subordinação feminina”, ou seja, elas encaram o aborto como um fato, um fenômeno que não é coibido pela existência da lei.

Na pesquisa realizada por estas autoras, elas apontam que o Feminismo passou a influenciar o processo de decisão sobre o aborto, porque, por meio dele, as mulheres passaram a enxergar o aborto como moralmente aceitável⁵¹, inserindo a questão no campo da liberdade e autodeterminação que detém a mulher.

Marilena Chauí⁵² analisa o aborto entre as mulheres de 13 a 18 anos e afirma que em tais casos, o aborto é mais uma necessidade do que uma liberdade, haja vista que nesta faixa etária, as mulheres não têm condições de se responsabilizarem pela maternidade. Assim, as mulheres são expostas à violência, que é verificada tanto nos métodos caseiros de aborto (giletes, tesoura, colher, barbante) quanto nas consequências negativas por ele provocadas (câncer, esterilidade, horror à sexualidade, sadomasoquismo, histeria, etc.). Com base nisso, Chauí propõe não somente a descriminalização do aborto, mas uma discussão dentro da própria sociedade para evitar que mesmo legalizado, os médicos façam o aborto com métodos cruéis, como forma de castigar a mulher que opte por fazê-lo.

50 O aborto provocado: um estudo a partir das experiências das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, [s. l.], v. 25, n. 3, dez. 2017, p. 1.153.

51 *Ibid.*, 1.149.

52 Mãe, Mulher ou Pessoa: discutindo o aborto. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [s. l.], v. 1, n. 1, jun. 1984, n. p.

Terezinha Inês Teles Pires⁵³ insere o aborto dentro da liberdade reprodutiva da mulher, argumentando que só cabe à mulher definir o valor a ser atribuído à vida do embrião que está dentro do ventre dela. Para esta autora, os interesses da vida pré-natal são, na verdade, questões de liberdade de crença e de convicções filosóficas que não podem se sobrepor à independência ética da mulher.

Exatamente por considerar o aborto como uma questão de valoração ética, Terezinha argumenta que nem mesmo uma consulta popular direta, como a realização de um plebiscito, poderia resolver o dilema. Pois, em caso de vitória da posição que privilegia a vida do feto, a liberdade da mulher estaria obstada pelo critério majoritário. Então, para solucionar a questão, a autora assevera que tanto o Congresso Nacional quanto o Poder Judiciário estão autorizados a realizar um procedimento de “atualização hermenêutica” para rever a legislação punitiva do aborto e adequá-la à índole principiológica da Constituição vigente⁵⁴.

Naara Luna⁵⁵ cita o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) – que foi instituído pelo Decreto nº 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010 – para lembrar que por meio dele, o Brasil assumiu o compromisso de apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos. Também é invocada a laicidade do Estado para afirmar que, por isso, o Estado não pode se reger por princípios religiosos. São feitas críticas aos movimentos pró-vida, porque a autora entende a que a humanização do feto tem implicado na desumanização da mulher.

Thiago Ferrare Pinto⁵⁶ defende a ideia do direito penal mínimo, segundo o qual, o direito penal é o último instrumento a ser usado, quando ele se apresenta como o único meio para proteção de algum bem jurídico, argumentando não ser este o caso do aborto. Este autor assevera que ao combater o aborto, o Brasil viola vários direitos

53 A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 2, 18 jan. 2014, p. 382.

54 *Ibid.*, p. 377-379.

55 A Polêmica do Aborto e o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. *Dados*, [s. l.], v. 57, n. 1, mar. 2014, n. p.

56 Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 1, 20 mar. 2013, p. 19-20.

fundamentais da mulher, tais como o direito à liberdade, à autonomia e à privacidade.

Para cada um dos argumentos favoráveis à descriminalização do aborto, há um contra-argumento que nos direciona a uma conclusão inversa, conforme passamos a demonstrar.

A retórica de que o aborto é uma realidade que não é coibida pela lei, não é suficiente para revogar os tipos penais, pois caso assim o fosse, teríamos que revogar todo o Código Penal, haja vista que os homicídios, os furtos, os sequestros, as fraudes e tantos outros delitos também não deixaram de existir apenas porque há uma norma que prevê uma pena para quem os pratica. Nesse sentido, Streck e Barba⁵⁷ lembram que o Brasil alcançou a marca de 60 mil homicídios anuais.

Também não enxergamos o aborto como uma questão exclusivamente de ordem moral, de modo que o feminismo, ou na via transversa a religião, pudesse fazer como que ele se tornasse aceitável ou não. A questão é também moral, mas é, sobretudo, jurídica. Não dá para sermos indiferentes àquela vasta gama de proteção legal à vida, desde sua fase inicial, exposta no Capítulo 3, e enfrentarmos o aborto como se somente os direitos da mulher estivessem em jogo.

Nesse sentido, Ives Gandra Martins Filho⁵⁸, criticando o PNDH-3, argumenta que é “como se o nascituro, com código genético distinto e vocacionado para o nascimento, ainda pudesse ser considerado como mero órgão da mãe, passível de amputação!”.

Falacioso também é o argumento de que o aborto seria uma necessidade em razão da tenra idade da gestante. Registre-se, a prática de ato sexual com menor de catorze anos configura o crime de estupro de vulnerável⁵⁹, por isso, o aborto já é autorizado em tais casos⁶⁰. Nesta ordem de ideias, a descriminalização genérica do aborto, sem que se precisasse dizer o motivo, contribuiria para a naturalização do sexo entre crianças e adolescentes.

Ao invés disto, propomos que sejam perquiridos mecanismos de efetivação à especial proteção legal que têm as crianças e os adolescentes,

57 *Op. cit.*, n. p.

58 Direitos desumanos. **O Globo**, [s. l.], jan. 2010, n. p.

59 Cf., CP, art. 217-A: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

60 Cf., CP, art. 128, II: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico.”; “II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

incluindo-se aí, consequências mais rígidas para o descumprimento do dever de cuidado e o abandono em qualquer uma de suas formas (afetivo, material e intelectual).

Cai por si mesmo, o argumento exposto por Terezinha de que o aborto não estaria sujeito à consulta popular e que caberia ao Congresso Nacional ou ao Poder Judiciário fazer uma “atualização hermenêutica”. Resta evidente o desespero da autora em tentar legalizar o aborto, a qualquer custo, *data máxima vênia*. Conforme demonstrado no Capítulo 3, a proteção à vida é um direito fundamental assegurado como cláusula pétreia. Por isso, qualquer proposta legislativa – oriunda ou não de consulta popular – que tente restringir este direito fundamental será inconstitucional. Também não é crível que o Poder Judiciário pudesse fazer “atualização hermenêutica” sobre isto, porque além de usurpar da competência do Poder Legislativo, o Judiciário estaria descumprindo sua função típica de defender a guarda da Constituição⁶¹.

Quanto ao compromisso assumido pelo Brasil no Programa Nacional de Direitos Humanos de descriminalizar o aborto, é necessário submeter o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que o instituiu, ao controle de constitucionalidade. Isso porque, conforme demonstrado no Capítulo 3, a interpretação sistemática da Carta Magna nos permite afirmar que a vida é protegida desde a concepção e, sob este prisma, o famigerado PNDH-3, na parte que busca a descriminalização do aborto, é inconstitucional.

Some-se, ainda, que a ideia de direito penal mínimo, ao contrário do que foi argumentado por Thiago Ferrare Pinto⁶², apenas reforça a necessidade de criminalizar o aborto, pois sem a tipificação penal, a vida humana em sua fase intrauterina estaria desprotegida, já que os outros ramos do direito não poderiam tutelá-la suficientemente.

A simples revogação dos dispositivos penais incriminadores do aborto implicaria em crassa violação do Princípio da Proibição de Proteção Deficiente, que abrange:

[...] um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto às agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente, no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência

61 Cf., CRFB/88, art. 102: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

62 *Op. cit.*, n. p.

no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados⁶³.

Verificamos, desse modo, que são de difícil sustentação as premissas que se baseiam os movimentos pró-aborto.

Poderiam ser mencionadas, ainda, vários outros argumentos, tal como a falácia de que a lei criminaliza mulheres negras e pobres, as quais acabam mortas ou presas. Exatamente pelo fato de o aborto ser criminalizado, que qualquer estatística sobre o perfil das mulheres que o cometem, é questionável. Ademais, as cominações previstas nos artigos 124 e 126 do Código Penal são brandas, admitindo-se, inclusive, a suspensão condicional do processo nas hipóteses de autoaborto e do aborto praticado com o consentimento da gestante⁶⁴ ou a substituição por penas restritivas de direito⁶⁵, de modo que, na prática, dificilmente as mulheres serão presas.

É necessário observar, da mesma forma, que não será com a simples eliminação das restrições legais, especialmente daquelas de natureza penal, que serão resolvidos os problemas apontados pelos defensores da tese da legalização do aborto, conforme acertadamente indicado pela doutrina:

Decidir apenas pela sua legalização ou não, ou em que situações ele deve ser permitido, não resolverá a questão, pelo menos até que o nível educacional geral (e não somente o grau de informação sobre métodos contraceptivos e planejamento familiar) das populações melhore, ou até que modos mais apropriados de prevenção de gestações possam ser amplamente utilizado⁶⁶.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, junho/2005, p. 107.

64 Cf., Lei nº 9.099/95, art. 89, *caput*: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

65 Nesse sentido, o artigo 44 do Código Penal prevê a possibilidade de as penas privativas de liberdade serem substituídas pelas restritivas de direitos.

66 LIMA, Bruno Gil de Carvalho. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. *Revista Panamericana Salud Publica/Pan Am J Public Health* 7(3), 2000, p. 172.

Merece consideração, da mesma forma, que o Direito Penal não pode ser visto isoladamente. Ele integra aquilo que Roxin⁶⁷ define como a “ciência global do direito”, de forma que a alteração casuística de três dispositivos legais retira a lógica e a sustentabilidade do sistema jurídica, de forma que o princípio constitucional referenciado ficará sem a necessária proteção pelo direito positivo.

Destarte, não estamos defendendo a morte ou a prisão das mulheres, mas sim o direito que detém o feto de não ter sua vida arbitrariamente interrompida. Não se trata de instrumentalizar o corpo da mulher, mas de reconhecer a necessidade de proteger um estágio que todos nós passamos – inclusive as próprias mulheres – para que pudéssemos, hoje, estarmos vivos e discutindo esta questão. Por isso, queremos que as mulheres sejam conscientizadas de que qualquer direito dentro da ordem jurídica sofre limitação, não podendo atingir a esfera jurídica de proteção do outro sujeito, ou seja, a autonomia sobre o corpo não pode autorizar o desrespeito à vida intrauterina.

5 Considerações finais

Conforme demonstrado, o aborto é um dos mais controvertidos temas discutidos nos últimos tempos em nosso país.

De um lado, existe o setor mais conservador da sociedade brasileira, que defende a criminalização do aborto, com o apego ao texto da Constituição da República, na qual a vida está inserida dentre os bens fundamentais e o sob o manto da intangibilidade.

Em sentido oposto, o movimento feminista, com a bandeira da autonomia da mulher e do grave problema de saúde pública causado pela realização de abortos em condições precárias, sustenta a necessidade de revisão de nossa legislação, especialmente do direito penal, como forma de descriminalizar, ainda que parcialmente a conduta.

Estabelecida a premissa de que a vida humana começa na fecundação e que o nascituro tem personalidade jurídica, nos parece inarredável a conclusão de a descriminalização do aborto não é constitucional, em face da inviolabilidade do direito à vida⁶⁸.

67 *Derecho Penal*: Parte General Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 47.

68 Cf., CRFB/88, art. 5º, *caput*: “Art. 5º 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, nos termos seguintes [...]”.

Além disso, ainda que o aborto seja descriminalizado, ele não será legal, porque eventual revogação dos dispositivos proibitivos ou que criminalizam a conduta podem implicar em violação ao Princípio da Proibição de Proteção Deficiente.

Não obstante, diante da realidade existente no país e do gigantesco problema de saúde pública existente, será necessário um amplo debate com a sociedade brasileira, no sentido de buscar uma solução democrática para o embate, eis que cabe ao povo decidir sobre as opções para o seu futuro.

De qualquer forma, não nos parece adequado que o debate seja solucionado por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que não possui legitimidade democrática para resolver tão grave questão. Nesse sentido, a ADPF de nº 442 não reúne condições para ser julgada procedente, máxima, diante da taxatividade da garantia do direito à vida.

Não obstante, é necessário enfatizar que o grave problema de saúde pública não será resolvido com a simples eliminação da proibição legal. Muito mais que isso, é necessária uma séria política de educação e inclusão, que possibilite a opção pelo planejamento familiar, adoção de métodos contraceptivos e, principalmente, uma adequada assistência médica.

Referências

BELIVÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BERALDO, Ana; BIRCHAL, Telma de Souza; MAYORGA, Cláudia. O aborto provocado: um estudo a partir das experiências das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, [s. l.], v. 25, n. 3, p. 1141-1157, dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1141>. Acesso em: 10 set. 2018.

BORGES, Daniela Meca; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Deveres Fundamentais na Construção da Cidadania. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR - BA, 27, 2018, Salvador. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 147 - 162.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo*. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2009/006/dec006949.htm.

gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Abortamento previsto em lei em situações de violência sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf. Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. *Novo Código Penal*. Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAUÍ, Marilena. Mãe, Mulher ou Pessoa: discutindo o aborto. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, [s. l.], v. 1, n. 1, p.35-40, jun. 1984. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451984000100009>. Acesso em: 15 ago. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

DIANA, Gilson Matilde. Direito Constitucional Contemporâneo e os Desafios dos Direitos Fundamentais: a liberdade e autonomia da vontade e a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. *RCJ - Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, p. 81-102, 2015. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/139>. Acesso em: 7 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 880 p.

FERREIRA, Giovanni Comodaro; PAVONI, Pablo. O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL E A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO C. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 1, p. 192-218, dez. 2016. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/rcd/article/view/897>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREIRE, Nilcéia. Aborto Seguro: Um direito das mulheres? *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 31-35, abr./jun. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Bruno Gil de Carvalho. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. *Revista Panamericana Salud Publica/Pan Am J Public Health* 7(3), 2000, p. 168-172.

LUNA, Naara. A Polêmica do Aborto e o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. *Dados*, [s. l.], v. 57, n. 1, p.237-275, mar. 2014. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582014000100008>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos desumanos. *O Globo*, [s. l.], jan. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

OLIVEIRA, Larah Beatrissia Queiroz. A DIGNIDADE NATURAL DO SER HUMANO E O PROBLEMA DO ABORTO - DOI 10.5752/P.2318-7999.2013v16n32p22. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [s.l.], v. 16, n. 32, p. 22-41, 23 dez. 2013. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/5989>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes.

PINTO, Thiago Ferrare. Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 14-24, 20 mar. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i1.1951>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 364-390, 18 jan. 2014. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i2.2648>. Acesso em: 15 ago. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, p.17-18, out. 2014.

SANCHES, Mario Antonio; VIEIRA, José Odair; MELO, Evandro Arlindo de. *A dignidade do embrião humano: diálogo entre teologia e bioética*. São Paulo: Editora Ave-maria, 2013. 248 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

STRECK, Lênio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. *ConJur*, São Paulo, p. 0-0. dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexys-stf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, p.155-177, jan. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.