

**RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO VOLUNTÁRIO ATÉ O
TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO HC;
124.306/RJ**

**THE RELATIVIZATION OF THE CRIME OF VOLUNTARY ABORTION
UNTIL THE THIRD MONTH OF GESTATION: AN ANALYSIS OF THE
HC 124.306/RJ**

Fernanda Silva Oliveira

Bacharelanda do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo Neves
-email: fernanda.oliveiira@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise acerca da decisão de um *habeas corpus* proferida pelo Supremo Tribunal Federal que relativiza o crime de aborto voluntário realizado até o terceiro mês de gestação. Embora se trate de uma decisão para um caso específico, abre precedentes para decisões futuras. Um tema não só polêmico e atual, mas também necessário, que reúne opiniões divergentes. A legalização do aborto é uma necessidade que se faz presente na sociedade. Estão reunidos no presente artigo informações acerca do direito comparado que comprovam que o aborto legal funciona de forma positiva. A decisão de prosseguir ou não com a gravidez não deve ser de responsabilidade do Estado, e sim, de quem suporta todo o ônus de uma gestação. Com base no Código Civil, Constituição Federal, no voto de Luis Roberto Barroso e em diversos artigos, podemos concluir que o aborto tipificado no Código Penal viola, gravemente, diversos direitos fundamentais. A lei se torna ineficaz quanto a prática de aborto. O Estado não pode ter o poder de controlar a vida privada, a vontade, a liberdade de uma mulher. Assim como a sociedade evolui, o Estado também precisa, deixando assim, ao livre arbítrio de cada um, uma decisão que irá impactar uma vida inteira. A sociedade precisa de regras gerais, mas cada corpo com as suas.

Palavras chave: Aborto – direitos humanos fundamentais – inconstitucionalidade - crime

ABSTRACT: The following article aims to analyze a decision of a *habeas corpus* that has been delivered by the Supreme Court, which relativizes the crime of abortion until the third month of gestation. Although the decision was taken on a specific case, it sets a precedent for future decisions. Not only is it a polemic and current subject, but also a necessary one, which includes different views. The legalization of

the abortion is a necessity that makes present in the society. In this article, information is presented about comparative law which proves that the legal abortion works on a positive way. The decision of proceeding or not with a pregnancy it's not up to the State, it should be from the person who takes the onus of a gestation. Based on the Civil Code, the Federal Constitution, the vote of Luis Roberto Barroso, and many articles, we can conclude that the abortion defined in law as a crime, violates, severely, lots of basic human rights. The law becomes inefficient when it comes to the abortion. The state can't have the power to control the private life, the desire, the freedom of a woman. Just as the society progresses; the State also needs to evolve, leaving for the free will of each one the decision that will certainly have an impact on a whole life. The society need rules, but each person needs their own.

Keywords: Abortion – basic human rights – unconstitutionality – crime

1. INTRODUÇÃO

Falar em aborto vai muito além da interrupção deliberada ou acidental de uma gravidez – o que já gera enorme discussão. A sociedade brasileira é plural em todo e qualquer ponto de vista, e falar em aborto nessa em constante evolução envolve questões morais, religiosas, jurídicas, de saúde, entre outros. É um assunto tão polêmico, quanto necessário.

A PNA (Pesquisa Nacional de aborto), realizada em 2010, abrangendo mulheres de 18 a 39 anos, mostrou que, aos 40 anos, uma a cada cinco mulheres já abortaram ao menos uma vez; e se mostrou mais freqüente em mulheres com menor nível de escolaridade. Dados como esse mostram que a ilegalidade do aborto só enfatiza a desigualdade ao invés de coibir a sua prática.

“O direito a vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, 2011, p.872). Não é o aborto ,caracterizado no meio médico como “a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, ou quanto o feto pese até 500g ou quando mede até 16,5 cm”, que interessa para o mundo jurídico, e sim a sua prática dolosa ou culposa contra um bem jurídico penalmente tutelado – a vida. É nesse direito fundamental que repousa a proibição do aborto.

No entanto, a normatização do aborto vai além de uma simples proibição, e a sua legalização envolve valores humanos e situações de vida consagrados em

diversas searas. Assim sendo, cabe a nós questionarmos onde começa a vida para o Direito e toda a repercussão da sua legalização.

Países como os Estados Unidos, Uruguai e Espanha autorizam a prática do aborto.

“Em alguns países, porém, o aborto é totalmente legalizado— ou permitido em alguns estados, como é o caso dos Estados Unidos. Há também aqueles que liberam o aborto por razões socioeconômicas, permitindo às mulheres o acesso a procedimentos seguros. Outras nações, no entanto, exigem a permissão dos pais ou do marido. E algumas têm duras penas para mulheres que abortam: em El Salvador, elas podem ser condenadas a até 30 anos de prisão por homicídio.” (*Revista Galileu*, 2 de jun de 2016)

A análise do Habeas Corpus 124.306/RJ visa analisar toda a fundamentação jurídica cabível para decisão do Supremo Tribunal Federal, e a formação de uma jurisprudência para situações futuras. Nessa decisão a Corte Suprema fez a revogação da prisão preventiva contra funcionários de uma clínica clandestina no Rio de Janeiro.

A fundamentação utilizada para a decisão se baseia nos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia, integridade física e psíquica, a igualdade. E, embora não seja uma decisão vinculante, abre precedente para outros casos.

2. UMA ANÁLISE SOBRE O CRIME DE ABORTO TIPIFICADO NOS ARTIGOS 124 A 126 DO CÓDIGO PENAL

Muito controversa é a questão do aborto e sua discriminalização: de um lado há quem sustente o direito a vida, do outro a liberdade, dignidade. O Código Penal trás dos artigos 124 ao 126 as espécies puníveis de aborto, em que há punição não só para quem o pratica, mas também para quem o auxilia, com ou sem o consentimento.

“Crime de mão própria quando realizado pela própria gestante (autoaborto), sendo comum nas demais hipóteses quanto ao sujeito ativo; considera-se próprio quanto ao sujeito passivo, pois somente o feto e a mulher grávida podem figurar nessa condição; pode ser comissivo ou omissivo (desde que a omissão seja imprópria); doloso; de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (caso ocorra a morte do feto, consumando o aborto); não transeunte; monossubjetivo; plurissubstistente; de forma livre.”

O aborto pode ser natural ou espontâneo, quando ocorre uma interrupção da gestação alheia a vontade da mulher, de forma acidental e involuntária; ou provocado (dolosa ou culposamente), quando é resultado de uma conduta que ensejava aquele fim. O foco do nosso objeto de estudo se encontra na modalidade dolosa do aborto, quando o mesmo é provocado. Não há punição para a modalidade culposa por se tratar de fato atípico.

a. Crime próprio e crime de mão própria, artigo 124 do Código Penal

“Art . 124.Provocar aborto em si mesma ou permitir que outrem lhe provoque:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos” (BRASIL, 1940)

O crime tratado no artigo acima é um crime próprio, já que tem como sujeito ativo a gestante; e é crime de mão própria visto que é possível apenas a participação, e não a coautoria. Responde por esse artigo a gestante que consentem que outrem lhe provoque aborto. Já o terceiro que executará o aborto, em conformidade com o princípio da individualização da pena e da culpabilidade, responde pelo artigo 126.

2.1. Aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, artigos 125 e 126 do Código Penal

“Art 125 do Código Penal: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos” (BRASIL, 1940)

Nesse artigo está tipificado o crime em que a gestante não consente com o aborto. É um crime comum, por poder ser praticado por qualquer pessoa, que use qualquer meio capaz de interromper a gravidez. É um crime material por ter resultado naturalístico.

“Art 126 do Código Penal: 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.” (BRASIL, 1940)

O artigo 126 trás a punição do terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante, visto que essa tem a sua punição no artigo 124. Qualquer pessoa pode praticar esse crime, logo se trata de um crime comum. O parágrafo único trás as hipóteses validas como caracterizadoras do consentimento da gestante.

b. . Modalidades de aborto omissivo e comissivo

As normas vistas anteriormente são proibitivas. É vedado a prática dessas condutas, logo, se elas são praticadas, ocorre o aborto comissivo.

O aborto omissivo poderia ocorrer também na hipótese “de o agente goze do status de garantidor” (GRECO, 2012), logo deveria impedir um resultado danoso. O garantidor não responde por ter provocado o crime, mas por não tê-lo impedido, mesmo sendo capaz de fazê-lo.

3. A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Na América Latina apenas quatro países autorizam a prática do aborto, sendo eles Cuba, Uruguai, Porto Rico e Guiana. O Brasil só prevê algumas possibilidades para o aborto legal. É notável a diminuição de abortos e a redução drástica de mortes maternas por abortos clandestinos quando um país autoriza a sua prática.

Manifesta-se o ministro do STF em decisão do habeas corpus 124.306/RJ o seguinte posicionamento: “Anota-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido no mundo, trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime.” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Quanto a legalização em diversos locais no mundo, podemos fazer um comparativo entre os ordenamentos jurídicos estrangeiros existentes atualmente. São os países que iremos analisar: Brasil, Uruguai e EUA.

3.1 Brasil

O Código Penal trás no texto do artigo 128 as hipóteses de aborto legitimado:

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

Aborto necessário

I – Se não há outro meio de salvar a gestante

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”

Em decisão do Supremo Tribunal Federal de 2012 julgou procedente a ADPF 54 que declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual esse tipo de aborto seria tipificado nos artigos 126 a 128 do Código Penal, sendo uma conduta atípica.

O legalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, tema abordado pelo artigo, se trata apenas de um precedente judicial, baseado nos direitos reprodutivos da mulher, da autonomia e igualdade.

O Brasil adota o sistema jurídico caracterizado pelo civil Law, e fora as hipóteses positivadas no Código Penal, a prática do aborto é fato típico, ilícito e culpável. A legislação brasileira ainda é conservadora quando o assunto é o aborto, apesar do assunto ser tema de debates recorrentes.

“O abortamento ilegal constitui a quinta causa de morte materna no país, segundo relatório elaborado pelo governo brasileiro para o evento Pequim + 20, em 2015. E, segundo a OMS, isso resulta na morte de uma mulher a cada dois dias no Brasil. Para a assessora da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Ariane Leitão, a violência contra a mulher no Brasil é uma pandemia: “Morre mulher que nem morre barata. E um dos elementos que mais mata a mulher é a violência obstétrica. Dentro disso está o abortamento legal e também as tentativas de abortos ilegais. E é uma morte muitas vezes subnotificada”. E isso está, na maioria das vezes, ligado à falta de informação. No Nordeste, o número de mulheres sem instrução que fazem aborto ilegal é de 37%, enquanto o de mulheres com ensino superior completo é 5%. Já entre as mulheres negras, a porcentagem é o dobro das brancas – 3,5% e 1,7%, respectivamente -, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).” (Castro, 2017)

A lei brasileira é insuficiente para coibir a prática do aborto, que acontece, todos os dias, em clínicas clandestinas e até mesmo em casa. Milhares de mulheres morrem por ano em decorrência de complicações, infecções, hemorragias pós aborto.

3.2 Uruguai

O quarto país da América Latina a autorizar a prática do aborto, o Uruguai autoriza que as mulheres abortem até a 12ª semana, se for de sua vontade; até a 14ª em razão de estupro e indefinidamente em caso de risco à vida da gestante.

Contrário ao que muitos que defendem a proibição do aborto, a sua legalização não é uma influência à prática, e sim, uma reflexão. A mulher que decide abortar passa por diversos acompanhamentos e, logo após, por um período em que deve refletir sobre a sua escolha. A lei está em vigor desde o final de 2012 e se mostra muito eficaz, visto que o número de mortes materna por aborto despencou.

3.3 EUA

Nos Estados Unidos, em que o sistema jurídico baseado no *common Law*, tem o aborto regulamentado desde 1973, devido ao famoso caso “*Roe vs wade*”. A Suprema Corte foi a responsável por essa decisão histórica.

“Os EUA, onde o aborto é legalizado, há 730 mil por ano. Isso em uma população de 320 milhões. No Brasil, onde o aborto é ilegal, foram 850 mil em uma população de 200 milhões. Isto é, nos EUA há um aborto para cada 438 habitantes. No Brasil, um para cada 235. A taxa de aborto no Brasil é quase o dobro da taxa dos EUA, apesar de a prática ser proibida no território brasileiro e legalizada no americano.

Apenas para ter o contexto, os Estados Unidos legalizaram o aborto em 1973 em uma decisão da Suprema Corte chamada *Roe x Wade*. No ano da implementação, a taxa de abortos para cada mulher entre 15 e 44 anos era de 16,3% por ano. No início dos anos 1980, atingiu 29,3%. Em 2011, último ano com estatística, estava em 16,9% em uma movimento de redução contínua em quase três décadas depois do aumento inicial pós legalização.” (Chacra, 2014)

O aborto atualmente é permitido em todo o território estadunidense, e na maioria dos estados não há idade gestacional definida para a prática. No entanto, o atual governo americano ameaça essa conquista para as mulheres.

4.OS DIREITOS DO FETO E DO NASCITURO

O art. 2º do Código Civil preceitua que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Brasil, 2002), logo os direitos do nascituro são resguardados, desde a fecundação do óvulo, porém, não há nesse momento a personalidade jurídica.

É importante entender a diferença entre um embrião, um feto e o nascituro a fim de tomar uma posição sobre em que momento se inicia a vida e a partir de quando serão resguardados os direitos do nascituro,

“Nascituro é aquele que irá nascer, que foi gerado, porém não nasceu ainda. Em outras palavras, nascituro é o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno. O nascituro tem sido objeto de muitas discussões para o Direito, pois este se preocupa com aquele que há de nascer, reconhecendo-lhe direitos que algumas vezes não dependem do nascimento. Vale ressaltar que nascituro não se confunde com concepturo e o natimorto. O concepturo é também chamado de prole eventual, é aquele que nem concebido foi. Já o natimorto é o nascido morto que deverá ser registrado em livro próprio do Cartório de Pessoas Naturais.

O embrião humano é a fusão dos gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação. É como uma célula ou grupo de células capazes de se desenvolver em um ser humano, desde que interagindo em ambiente adequado. Haverá embrião a partir da fecundação, isto é, da união dos gametas masculino e feminino, que constituem uma nova célula composta de 46 cromossomos e vocacionada à vida autônoma.

Já o feto é um estágio de desenvolvimento intra-uterino que tem início após oito semanas de vida embrionária, quando já se podem ser observados braços, pernas, olhos, nariz e boca, e vai até o fim da gestação. (MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto)

4.1 Teorias quanto ao início da vida humana

Há vários posicionamentos quanto ao início da vida humana, que serão citados de forma sucinta e a forma que reflete sobre o aborto.

a) **Teoria concepcionista:** essa teoria afirma que a vida começa com a fecundação do óvulo. Segundo essa teoria, um aborto seria crime, pois já trata como uma pessoa viva o embrião. Se tratando de um zigoto, é notório considerar que é

uma mera expectativa de vida, visto que não há formação humana ainda, e sim, celular. Levado em conta o posicionamento dessa teoria, um embrião tem direito e garantias fundamentais tutelados embora seja uma pessoa em potencial, e deve ter condições para evoluir e crescer até que se torne um humano de fato. Considera-se o potencial ser humano, mas nem sempre o zigoto será frutífero, visto que uma gravidez pode ou não progredir.

b) **Teoria gradualista:** essa teoria traz que a vida não começa desde a fecundação justo por se tratar apenas de células, sendo garantido o direito a vida a partir do desenvolvimento do feto em determinadas fases. Através dessa teoria, podemos justificar o aborto em determinada fase da gestação, devido ao entendimento que no início da gravidez tem-se apenas um aglomerado de células que não devem ser consideradas uma pessoa com personalidade jurídica.

c) **Teoria da nidação:** ocorre a nidação quando um óvulo se fixa na parede uterina, que é quando o mesmo passa a se desenvolver. Isso ocorre 4 dias após a fecundação, e a partir dali a gravidez começa a se desenvolver. Baseando-se nessa teoria, o aborto não seria crime antes da nidação, o que é pouco provável de ocorrer, visto que não se detecta uma gravidez tão rápido.

d) **Teoria das primeiras atividades cerebrais:** de acordo com essa teoria a vida se inicia com as primeiras atividades cerebrais do feto. Com o sistema nervoso formado e atuando. Considerando-se que uma morte cerebral é suficiente para detectar o fim da vida, sendo possível até mesmo a realização de doação de órgãos, justo seria admitir que o início também se basearia nesse fato. Diante disso, o aborto seria legal até o início da atividade cerebral, visto que antes não haveria vida.

e) **Teoria natalista:** segundo essa teoria, a personalidade se dá com o nascimento, possuindo então o embrião e o feto, uma mera expectativa de direito. O nascituro se tornaria um ser de direito com o nascimento com vida. Sendo assim, o aborto seria legal, visto não ser um ser de direito enquanto estiver dentro do útero.

Manifesta-se Luis Roberto Barroso a respeito:

“Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o *status* jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que

sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência –o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação –não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.”
“(Habeas Corpus n° 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Quanto a essas teorias, cabe-nos analisar se elas condizem com o contexto atual social e o que é aplicado buscando um melhor interesse social, independente de crenças e interesses pessoais. O aborto é uma realidade em diversas searas, seja no meio médico, jurídico, social, se tornando assim um tema de extrema relevância.

É necessário, de forma objetiva e definitiva, definir qual é o início da vida, a fim de que os direitos sejam preservados a partir de um momento definido, levando em consideração o início da atividade cerebral, assim como considera-se o fim da mesma como um marco final.

5. ESPÉCIES DE ABORTO PROVOCADOS E OS SEUS PRODECIMENTOS

O aborto pode ser induzido através de diversos procedimentos, sendo eles em meio clínico ou até mesmo caseiro.

“São seis os métodos de aborto provocado: aspiração, curetagem, prostaglandina, solução salina, histerotomia, nascimento parcial – além do método químico usado, sobretudo para o aborto precoce:

Aspiração ou sucção: O colo uterino deve ser dilatado de modo forçado. A sonda colocada dentro do útero aplica uma força de aspiração de 25 a 30 vezes superior ao aspirador comum e

reduz a pedaços o embrião ou feto arrancando a placenta fortemente presa à parede uterina.

Curetagem: substitui o aspirador por uma forte pinça e colheres de cabo longo e bordos cortantes que extraem aos pedaços, o feto e a placenta. A perda de sangue pode ser abundante. Em princípio, a curetagem e a aspiração são realizadas no máximo até 12 semanas (2 meses e meio) de gestação.

Prostaglandina: é uso de fármaco por via oral ou intravaginal e provoca o aborto ou trabalho de parto independente do tempo da gestação. O bebê pode nascer vivo.

Solução salina: utilizada a partir da 16ª semana de gestação pela injeção de solução salina concentrada para dentro do saco amniótico através de longa agulha. O feto aspira e engole este líquido que o envenena; ele se debata, às vezes apresenta convulsões em lenta agonia; nasce com queimaduras pelo sal concentrado que chega a tirar toda sua pele. Apesar disso pode nascer vivo.

Histerotomia: cirurgia semelhante à cesárea; se o bebê nasce vivo, é abandonado para morrer. Método usado em idade gestacional avançada.

Nascimento parcial: técnica usada após o 5º mês de gestação. Realiza-se o parto normal pélvico tracionando o bebê pelos membros inferiores. Ao surgir o pescoço, o médico atravessa um orifício da nuca e esvazia o cérebro, matando-o. Para concluir, só falta retirar a cabeça diminuída de volume. Nos Estados Unidos da América, a motivação deste método é de ordem legal onde, se ao nascimento, o recém-nascido esboçar o menor sinal de vida, é considerado pessoa diante da lei e deve ser protegido.

É natural a repulsa em matar um bebê que se vê ao exame de ultra-sonografia ou que se reconhece “como gente” fora do útero. Por isso, desde os anos 70 os promotores de sua liberação, buscam método que provoque o fim da gravidez e a expulsão do conceito logo no início da gestação: a promoção do método químico pela ingestão de substâncias químicas que podem ser: as próprias prostaglandinas; a anti-progesterona; RU486; anti-cancerígenos; grandes doses de hormônios como na pílula do dia seguinte – isoladamente ou associados. É o caminho procurado para introduzir indiretamente o aborto nos países onde é legalmente proibido, apresentando-o como recurso para “diminuir os danos”. (CERQUEIRA, Elizabeth Kipman, 2014)

São diversas as possibilidades para a realização de um aborto além das mencionadas. Algumas mulheres realizam o procedimento utilizando uma agulha de tricô, chás abortivos. O uso de Cytotec, que é um medicamento de venda proibida no Brasil, através da internet, se torna de fácil acesso no mercado negro,

colocando muitas mulheres em extremo risco pelo sangramento causado, podendo levar até a morte devido a hemorragia.

6 . A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES DECORRENTE DO CRIME DE ABORTO

O ministro Luís Roberto barroso, ao proferir o seu voto no habeas corpus 124.306/RJ, manifestou o seguinte:

“A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria” (Habeas Corpus n° 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Afirma também que:

“Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade.” (Habeas Corpus n° 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Analisaremos os direitos por ele mencionados, demonstrando a interferência que o mesmo causa diante de um caso de aborto, e a necessidade de serem resguardados.

a. Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher

“A criminalização viola, também, os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre *se e quando* deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas

disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (...)

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Muitas mulheres que abortam, sofrem complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada. Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher não deveria apenas ser resguardados de modo preventivo, através de planejamento familiar em instituições públicas, e sim, condicionar a elas, no caso de uma gravidez indesejada, a autonomia sobre o seu corpo.

b. Violação a autonomia da mulher e a dignidade da pessoa humana

“A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo –homem ou mulher –tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado –isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito –impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? “(Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

A dignidade da pessoa humana é um conceito muito abrangente, e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É uma garantia que todo ser humano deve ter resguardada, visto que busca preservar suas características, sejam elas físicas ou morais, garantindo que direitos básicos sejam preservados e respeitados, valorizando o ser humano que os possui.

Se há uma garantia que não pode ser relativizada, é a dignidade da pessoa humana. Ela é absoluta pois preserva as características individuais de toda uma coletividade. É uma forma de nortear as decisões.

Se tratando do aborto, a sua legalização seria um mecanismo para assegurar a dignidade da gestante, que muitas vezes carrega em seu corpo um filho que não quer, que não pode ter. Podemos afirmar ainda que pode até mesmo garantir a dignidade de um feto que não será destinado a uma vida que não o acolherá caso a gestação se torne frutífera.

O Estado não pode definir quando uma mulher pode optar por ter uma gravidez, não pode caber a ele essa decisão. A decisão sempre deveria ser apenas de quem carrega o ônus daquela escolha, e não de um mero expectador.

c. Violação à igualdade de gênero

“A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da *igualdade de gênero*. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “*se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta*” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

O princípio da isonomia garante que todos serão tratados de maneira igual, sem discriminação. O inciso I do artigo 5º da Constituição Federal equipara homens e mulheres, logo, deve-se buscar não só a igualdade na letra da lei, e sim, a igualdade de fato.

Homens abortam todos os dias. Abortam quando abandonam mulheres grávidas, abortam quando não assumem os seus filhos. Fato é que o Direito Civil tem medidas que buscam garantir ao menos o direito alimentar de seus filhos, mas e o aborto emocional? Aquele aborto em que as crianças se sentem mal por seus pais as terem deixado.

Se os homens podem “abortar” os seus filhos vivos, desde que pague uma pensão mensal, porque as mulheres são obrigadas a carregarem a responsabilidade de ter um filho? Milhões de crianças brasileiras não tem pai registrado em suas certidões de nascimento, o que prova que o aborto paterno é uma realidade brasileira.

d. O princípio da proporcionalidade

“O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

O princípio da proporcionalidade, basicamente, visa assegurar que determinadas medidas sejam adequadas corretamente a tais condutas em um

determinado momento. Ou seja, através dele podemos perquirir se o crime tipificado nos artigos 124 a 126 do Código Penal, está corretamente dosado.

A proporcionalidade desempenha uma função de extrema importância quanto ao controle da atuação do Poder Público, para que este não exceda, nem seja omissivo. Se trata de um controle necessário às garantias e direitos fundamentais. Mas se tratando de direitos femininos que o Estado deveria proteger, porque punir o aborto? A proteção física ao feto não garantirá proteção futura nem assistência àquela mulher que não pôde fazê-lo.

7. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE

Versa Luis Roberto Barroso em decisão do Habeas Corpus 124.306/RJ:

“A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Manifesta-se também no sentido de que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Tratar o aborto como um fato típico, ilícito e culpável não torna a prática escassa. Apenas pune mulheres que, por diversos motivos desconhecidos, o

praticam. O aborto ilegal gera a morte não só do feto, mas também da mãe que passa por procedimentos arriscados pelo fato de não estar apta àquela gestação.

É inconstitucional tratar o aborto como crime, tendo em vista o número de direitos fundamentais que são violados com a proibição. Não há garantia nenhuma sendo preservada com essa proibição visto, que, o número de abortos é considerável, e quem o deseja fazer, não se abstém por existir uma lei que o proíba.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, podemos ressaltar uma última consideração feita no voto do Ministro Luis Roberto Barroso :

“Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral –que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade –ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno³³. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 –data bem anterior à Constituição, que é de 1988 –e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal.” (Habeas Corpus nº 124.306/RJ; Rel. Ministro Marco Aurélio; 1ª turma do Supremo Tribunal Federal; 29/11/2016)

Logo, podemos perceber que o Código Penal torna como absoluta a idéia do crime de aborto. É necessário estipular a partir de quando se torna crime – o que de forma razoável seria a partir do terceiro mês de gestação.

A sociedade não ficou estática desde a criação do Código Penal em 1940, pelo contrário, a sociedade é muito dinâmica. Por não se admitir declaração de inconstitucionalidade, o dispositivo pode ser derogada de maneira que o crime de aborto voluntário até o terceiro mês de gestação seja descriminalizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Impetrante: Jair Leite Pereira. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro 29 de novembro de 2016. Disponível em < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> >. Acesso em 15 de maio de 2017.

CASTRO, Annie. *Cama forrada com jornal, paredes mofadas e feto na privada*, 2017. Disponível em < <http://ponte.cartacapital.com.br/cama-forrada-com-jornal-paredes-mofadas-e-feto-na-privada/> >. Acesso em 24 de abril 2017.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. *Os métodos de aborto provocado*, 2014. Disponível em < <https://pt.aleteia.org/2014/03/10/os-metodos-de-aborto-provocado/> >. Acesso em 02 de junho de 2017

CHACRA, Gustavo. *Por que há mais abortos no Brasil do que nos EUA, onde é legalizado?*, 2014. Disponível em < <http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/por-que-ha-mais-abortos-no-brasil-do-que-nos-eua-onde-e-legalizado/> > Acesso em 24 de abril de 2017

CHAVES, Daniel Rodrigues. *Um estudo comparativo do aborto*, 2013. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/um-estudo-comparativo-do-aborto> >. Acesso em 23 de abril de 2017

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&...> Acesso em 01 de abril de 2017.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2010. em

<http://www.apublica.org/wpcontent/uploads/2013/09/PNA.pdf>. Acesso em 30 de março 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal parte especial*. 9ª Ed.. Niterói. Ed Impetus. 2012

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 15ª Ed.. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011

MARTÍNEZ, Magdalena. *Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana*, 2014.

Disponível em

<http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html >.

Acesso em 23 de abril de 2017

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto. Dos direitos do nascituro e do embrião no Direito Brasileiro, 2016. Disponível em <
<https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro> >. Acesso em 30 de maio de 2017.

PREVIDELI, Amanda. *Entenda como funciona o aborto no Brasil e no mundo*.

Revista Galileu. Disponível em

<<http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/06/entenda-como-funciona-o-aborto-no-brasil-e-no-mundo.html>>. Acesso em 25 de março de 2017

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea.

In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986>.

Acesso em maio 2017.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n.

4153, 14 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33465>>. Acesso em: 12 maio 2017.

