



MULHER E O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: A TUTELA DO ABORTO

Érika do Amaral Vêras¹
Romulo Rhemo Palitot Braga²

RESUMO

No Brasil, assim como em diversos países do mundo, principalmente os países em desenvolvimento, o abortamento representa um grave problema de saúde pública, justiça social e direitos humanos, tornando o aspecto penal apenas um detalhe. Este estudo pretende conceder uma visão geral sob a temática do aborto, trazendo as principais mudanças sobre o assunto ao longo do tempo e, em especial, o atual posicionamento do Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, o método de abordagem escolhido para elaboração do presente artigo foi o dedutivo, o método de procedimento foi o histórico e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Aborto; Crime; Direito.

WOMAN AND THE RIGHT TO THE OWN BODY: THE GUARDIANSHIP OF ABORTION

ABSTRACT

In Brazil, as well as in several countries of the world, especially developing countries, abortion represents a serious problem of public health, social justice and human rights, making the criminal aspect only a detail. This study intends to give an overview on abortion, bringing the main changes on the subject over time and, in particular, the current position of the Brazilian Judiciary. For this, the method of approach chosen for the elaboration of the present article was the deductive, the method of procedure was the historical and the research technique the bibliographic.

¹ Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável do UNIPÊ, especialista em Ordem jurídica, Ministério Público e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba – FESMIP, advogada e empregada pública. E-mail: erikaaveras@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportivo – STJD; Advogado. Email: rpaipot@rbpadogados.com.br



KEYWORDS

Abortion; Crime; Right.

1 INTRODUÇÃO

De cunho extremamente polêmico, o aborto ocupa cada mais espaço nos debates jurídicos, nos quais se discute os limites do poder da gestante sobre seu próprio corpo. Além de polêmico, movimenta diversos setores da sociedade, levantando além das questões jurídicas, implicações morais, religiosas, éticas, ideológicas, sociológicas, dentre outras.

O aborto voluntário, salvo restritas hipóteses, é tipificado como crime pelo nosso Código Penal Brasileiro. Tal diploma legal pretende proteger o direito constitucional à vida (intrauterina), ora em conflito com o princípio fundamental da dignidade da gestante. A colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana pode ocorrer quando existir um conflito entre viver com dignidade e morrer com dignidade, a exemplo da temática do aborto.

No Brasil, assim como em diversos países pelo mundo, principalmente os países em desenvolvimento, o abortamento representa um grave problema de saúde pública, justiça social e direitos humanos. Além disso, ele é considerado uma das principais causas de mortalidade materna no mundo.

A criminalização do aborto reforça o estigma social e religioso que as mulheres estão sujeitas, afastando, assim, a responsabilidade do homem. Da mesma forma, a criminalização não impede a realização de abortamentos clandestinos, que resultam, quase sempre, em prejuízos irreversíveis à vida e à saúde física e psíquica das mulheres.

Este estudo objetiva, portanto, conceder ao leitor uma visão geral sobre a temática do aborto, trazendo as principais mudanças sobre o assunto ao longo dos anos e, em especial, o atual posicionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Partindo desse contexto é que o presente estudo procurará delinear, num primeiro momento, breves apontamentos sobre o assunto, fazendo uma retrospectiva das primeiras lutas femininas por seus direitos e ressaltando o importantíssimo caso *Roe versus Wade*, julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1973. Em seguida, faz-se-á uma análise do eventual conflito do direito fundamental à vida e da dignidade da pessoa humana na



perspectiva do aborto, bem como das nossas legislações permissivas. Ao final, contextualizará o retrato do aborto no nosso país, destacando, o posicionamento atual do Judiciário brasileiro.

Para tanto, o método de abordagem escolhido para a elaboração do presente artigo foi o método dedutivo, discorrendo sobre a mulher e o direito ao próprio corpo na tutela do aborto. Para o método de procedimento foi selecionado o método histórico que proporcionou melhor entendimento sobre as transformações sofridas pela sociedade, bem como pelas legislações permissivas e pelo posicionamento do Poder Judiciário brasileiro sobre o assunto em questão. E, por fim, a técnica de pesquisa aplicada para coleta de dados foi basicamente a bibliográfica.

Cabe ressaltar que este trabalho não tem a intenção de defender um posicionamento favorável ou não à prática do aborto, mas sim de preencher o conhecimento que é exigido do jurista sobre as atuais problemáticas do Direito, servindo de base para fundamentar seus posicionamentos pessoais.

2 O ABORTO E SUAS NUANCES

Neste momento iremos discorrer sobre o aborto, através de breves noções e apontamentos sobre a temática, ressaltando, dentro de uma retrospectiva, as lutas das mulheres e, em especial, o importantíssimo caso *Roe versus Wade*, julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1973, considerado um marco na luta pelo direito ao aborto.

Dessa forma, podemos perceber a extrema importância de ter o conhecimento sobre esta temática, não só para os operadores do direito, mas a sociedade em geral.

2.1 UMA BREVE NOÇÃO SOBRE O ABORTO

A origem etimológica da palavra aborto é *ab* (privação) e *ortus* (nascimento), isto é, a privação do nascimento. Segundo o Ministério da Saúde (2000), a Organização Mundial de Saúde – OMS definiu o aborto como a expulsão do concepto com peso inferior a 500 gramas, com cerca de 20-22 semanas completas de gestação, que ocorre de forma precoce, antes da 13ª semana, e tardia entre a 13ª e a 22ª semana de gestação.



Há quem defenda que a terminologia correta seria abortamento, uma vez que esta denominação é a adotada pela Medicina. Independentemente da nomenclatura, o aborto ou abortamento é a interrupção do processo normal, intencional ou não, da gestação.

O aborto pode ser classificado como espontâneo ou provocado, onde o aborto provocado representa um sério problema de saúde mundial, pois é responsável pela maioria dos óbitos relacionados à prática do abortamento.

O grande desafio inerente a questão do aborto é definir com precisão o início da vida³, uma vez que a nossa legislação se mantém omissa⁴, deixando dúvidas sobre qual posicionamento devemos adotar.

Existem diversos posicionamentos teóricos quanto ao início da vida humana, sendo a vida um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, devidamente estabelecido na Constituição Federal. Da mesma maneira, a biologia, a medicina, a embriologia, a genética não apresentam um consenso acerca do marco inicial da vida de uma pessoa e denotam os descompassos existentes entre as ciências biológicas e biomédicas e destas com o Direito.

Esta é uma questão de difícil solução, pois é certo que conceitos morais, culturais e religiosos de cada indivíduo e a região ao qual pertencem influenciam no entendimento sobre quando se inicia a vida. Os aspectos culturais, religiosos, legais e morais inibem as mulheres a declararem seus abortamentos, dificultando o cálculo da sua magnitude. Além dessas dificuldades, sabe-se que o abortamento é praticado com o uso de meios diversos, muitas vezes induzidos pela própria mulher ou realizados em condições inseguras, acarretando, conseqüentemente, danos à saúde, podendo, inclusive, levar à morte.

³ Segundo Gonçalves (2009, p. 455): “Acerca do início da vida, podem ser listadas cinco respostas básicas da ciência, a saber: a visão genética (que teoriza que a vida humana começa na fertilização, opinião que hoje é atacada pela Igreja Católica); a visão embrionária (segundo a qual a vida humana tem início na terceira semana de gestação); a visão neurológica (a vida só teria início com a atividade elétrica do cérebro, sendo certo que não há consenso temporal, eis que alguns estudiosos já afirmam existir tais sinais na 8ª semana de gestação, enquanto outros só encontram na 20ª semana. A razão central desta teoria decorre do fato da necessidade de uniformização de critérios com relação ao momento terminal da vida, cuja corrente majoritária afirma ser a morte cerebral); a visão ecológica (que leva em consideração a 24ª semana, sendo indubitoso que este foi o critério seguido pela Corte Constitucional norte-americana, no julgamento permissivo do aborto naquele país) e a visão metabólica (segundo a qual a questão do início da vida é irrelevante). No que tange ao término da vida, a maioria dos estudiosos advoga a tese de que a existência de atividade cerebral é que determina a presença de qualquer sopro de vida nos seres humanos.”

⁴ Apenas o Código Civil faz menção ao início da personalidade jurídica, porém a sua redação é de pouca clareza. Vejamos: “Art. 2º-A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Diante desta imprecisão, foram criadas essas teorias, acima especificadas, definindo o início da vida de prismas diferentes.



A criminalização do aborto resulta em consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. Os riscos impostos pela ilegalidade do aborto é indubitavelmente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não tem acesso aos recursos médicos para um aborto seguro. Vulnerabilidades como desigualdade de gênero e raça, normas culturais e religiosas, poucas oportunidades de acesso à educação, pobreza, dentre outras, fazem com que o abortamento inseguro atinja e sacrifique, de forma mais devastadora, mulheres de comunidade pobres e marginalizadas.

Dessa forma, o aborto deve ser encarado como um problema de saúde pública e não como uma questão criminal ou com divagações baseadas em preceitos religiosos e/ou moral.

2.2 AS PRIMEIRAS LUTAS FEMININAS

Foi durante a Revolução Francesa que iniciou-se o desabrochar da consciência e as lutas das mulheres, inspiradas pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Desde então não cessaram as lutas em prol das mulheres e seus direitos, mas foi a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que elas passaram a conquistar um espaço maior.

De acordo com Villela e Arilha (2003, p. 95-105) não havia diferença entre homens e mulheres, apenas uma única classe, a dos homens. Nesta única classe poderia ser percebidos os homens completos e incompletos, onde as mulheres eram enquadradas como homens incompletos, pois assim eram vistas na sua formação física ou moral.

Somente após a década de 60, algumas mudanças tornaram-se visíveis. A mulher, através dos movimentos sociais, lutou pela sua liberdade, abordando tema como uso de anticoncepcionais, o direito ao aborto, o direito à esterilização, dentre outros.

Mesmo diante desta situação, Buglione (2000, p. 24) afirma que as mulheres permaneceram na luta, enfatizando seus direitos sexuais e reprodutivos, ou seja, o direito de ter ou não ter filhos, bem como o direito aos serviços de saúde. Essas reivindicações faziam com que as mulheres, a partir dos anos 60, processassem uma ruptura com o clássico e exclusivo “papel social” que lhes era atribuído, contribuindo para uma redefinição das relações sociais como todo.

A questão do aborto sempre fez parte da história da humanidade. O aborto passou a ser amplamente discutido nos tribunais ocidentais principalmente após a década de 70,



momento em que se deu talvez o maior caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o conhecidíssimo *Roe versus Wade*.

Segundo Dworkin (2003, p. 141):

O caso *Roe contra Wade* é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos: é o mais conhecido pelos nortes-americanos – e, na verdade, no mundo inteiro – do que *Marbury contra Madison* [...], ou do que *Dred Scott contra Sanford*, [...], ou mesmo do que *Brown contra Board of Education*, [...].

De tamanha importância, separamos um tópico exclusivo para delinear com detalhes o caso *Roe versus Wade*. Veremos adiante.

2.2.1 O famoso caso *Roe versus Wade*

Na década de 70, a temática do aborto passou a ganhar maior destaque nos debates, especialmente após o julgamento do mais importante caso que envolveu o direito ao aborto nos Estados Unidos, que é o famoso caso *Roe versus Wade*.

O caso teve início quando uma mulher de nome fictício "*Jane Roe*" (Norma McCorvey) desafiou a constitucionalidade de uma Lei do Estado do *Texas*, que tratava sobre a prática de aborto. A norma estadual estabelecia que a prática de aborto era considerada um crime, exceto nos casos em que ele fosse praticado com o claro propósito de salvaguardar a vida da gestante ou quando a mesma fosse vítima de estupro ou incesto.

"*Jane Roe*" não tinha planos de se tornar mãe, mas aos 17 anos ficou grávida pela primeira vez e o fruto dessa gravidez ficou sob a guarda da avó materna. Um ano após, aos 18 anos de idade, *Roe* fica grávida pela segunda vez e o fruto desta gestação foi entregue para adoção.

Mais tarde, aos 21 anos, ela engravidou pela terceira vez. Desta vez, ela preferiu não ter a criança e foi aconselhada por amigos a dizer que havia sido estuprada – caso no qual a lei do *Texas* permitia o aborto. Como não havia provas do estupro, ela não recebeu permissão para abortar. Ela então procurou uma clínica clandestina, mas essa havia sido fechada pela polícia. Nesse ponto, ela fez o que os cidadãos americanos fazem quando acham que estão sendo tratados erroneamente: foi à Justiça.



Em 1970 foi dada entrada no processo judicial solicitando a autorização do aborto para *Roe* sob a alegação que a mesma havia sido estuprada. Porém, durante o andamento do processo, antes mesmo de sair a decisão, *Roe* teve seu terceiro filho e acabou encaminhando-o para adoção. O Tribunal do Distrito decidiu a favor de *Jane Roe*, contudo se recusou a mudar a legislação para legalização do aborto, momento em que os seus advogados recorreram até que os autos chegassem à Suprema Corte dos Estados Unidos.

Finalmente, em 1973, a Suprema Corte norte-americana decidiu, por 7 votos a favor e 2 contra, que as mulheres tinham o direito ao aborto, como consequência do direito à privacidade protegido pela Emenda nº 14 da Constituição norte-americana. Entretanto, este direito deve ser equilibrado com os interesses do Estado na regulação dos abortos: proteger a saúde das mulheres e proteger a potencialidade da vida humana. Para alcançar este equilíbrio, a Corte resolveu vincular a regulação estatal do aborto ao terceiro trimestre da gravidez.

Esta decisão baseou-se nos ensinamento de Ronald Dworkin (1998, p. 91) que definiu, no caso do ser humano, que a vida mental, possibilitada pelo aparelho nervoso central, seria o que daria um valor derivado à vida, ou seja, tornaria o ser vivo sendo considerado uma pessoa portadora de direitos. No feto, isso ocorreria por volta do terceiro mês de gestação.

Assim, a decisão declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual do *Texas* e conferiu as mulheres uma total autonomia para interromper a gravidez durante o 1º trimestre de gestação. Admitiu-se, ainda, a existência de alguns critérios mais rígidos de limitação aos abortos praticados nos 2º e 3º trimestres de gestação.

O julgamento deste importante caso resultou na modificação de todas as leis federais e estaduais que proscriviam ou restringiam o aborto e que eram contrárias à decisão. Esta decisão da Suprema Corte Norte Americana foi interpretada como a primeira despenalização do aborto para todos os 50 Estados da União e tornou-se um grande marco na luta pela abertura da agenda do aborto.

3 O DILEMA ENTRE O DIREITO E O ABORTO

Importante se faz refletir sobre as principais questões jurídicas que envolvem a temática do aborto. Neste momento, passaremos a analisar o eventual conflito do direito



fundamental à vida (intrauterina) e da dignidade da pessoa humana (gestante) na perspectiva do aborto, bem como a analisar as legislações brasileiras que tratam sobre o assunto. Ao final, poderemos observar o retrato do aborto no nosso país, através dos julgamentos de alguns dos mais recentes casos sobre o aborto, demonstrando, assim, o posicionamento atual do Judiciário brasileiro.

3.1 A EVENTUAL COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À VIDA NA PERSPECTIVA DO ABORTO

O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida estão intrinsecamente relacionados, onde ambos institutos fazem parte do rol dos direitos e garantias fundamentais previstas na nossa Constituição Federal. Esse pensamento ratifica a grande ligação entre esses dois direitos fundamentais.

Entretanto, apesar de possuírem tamanha relação, isso não implica dizer que eles sempre estão em consonância, vez que tais direitos podem vir a colidir. A colisão entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana pode ocorrer quando existir um conflito entre viver com dignidade e morrer com dignidade⁵.

Alguns defendem a idéia de que a vida sem dignidade não é uma verdadeira vida, razão pela qual seria plenamente aceitável a relativização do direito à vida. A outra corrente ideológica assevera que a vida é pressuposto lógico da dignidade da pessoa humana, ou seja, não há o que cogitar da vida ser digna ou indigna se não houver vida em si. Logo, advogam a tese de que o direito à vida não pode ser apequenado. (GONÇALVES, 2009)

Diante desta diferença de pensamentos, onde por um lado o direito à vida é visto como um direito absoluto em detrimento da dignidade e por outro a dignidade da pessoa é vista como um direito absoluto em detrimento à vida, observamos que ambas teorias pecam pelo julgamento prévio, sem análise minuciosa de cada caso para ser alcançado o equilíbrio e justiça.

⁵ Baiges (2002) entende que o direito de morrer com dignidade consiste no poder recusar toda decisão alheia que leve a uma morte não desejada pelo titular desse direito. Enseja no direito a morrer com serenidade, a recusar o prolongamento do tratamento terapêutico ou qualquer outro tratamento médico, ainda que isto resulte na morte do titular. É o direito a manifestar vontades prévias de como se deseja morrer, um direito a ter um tratamento paliativo da dor no processo da morte e o direito de determinar o momento da própria morte.



Para Gustavo Zagrebelsky (2003, p. 16) o direito constitucional deve ser flexível, afastando as hipóteses de direitos absolutos, não podendo prevalecer um só valor ou um só princípio, devendo resguardar vários, senão todos, direitos simultaneamente. Dessa forma, a melhor solução seria a ponderação desses direitos fundamentais constitucionais, ora em conflito.

O nosso texto constitucional, por si só, mitiga o direito à vida ao prever a pena de morte, conforme os artigos 5º, XLVII, alínea a, e 84, XIX da Carta Magna. Também devemos destacar o Código Penal Militar que, igualmente, mitiga o direito à vida ao prever a pena de morte, nos casos estabelecidos no artigo 355 e seguintes.

No que se refere às leis infraconstitucionais, devemos atentar ao nosso Código Penal, uma vez que o mesmo permite a interrupção da vida (intrauterina), de forma extraordinária, no momento em que disciplina sobre o aborto, mais especificadamente no artigo 128. Onde, tal dispositivo, atualmente, é complementado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54⁶.

Desta forma, fica nítido que nossa legislação prevê possibilidades de mitigação desse importante direito fundamental, seja com o instituto da pena de morte, seja com a possibilidade da prática do aborto (veremos mais adiante), que, conseqüentemente, não deve ser considerado como direito absoluto⁷.

3.2 AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

A nossa legislação permite o aborto apenas nos casos de uma gravidez de risco à vida da mãe (aborto necessário), quando a concepção resulta de um estupro (aborto humanitário ou

⁶ A ADPF 54 prevê a possibilidade de aborto de feto anencéfalo, afastando a tipificação dos artigos 124 e 126 do nosso Código Penal. ADPF 54 – Ementa: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

(STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)”

⁷ Vale salientar que este é um assunto no qual não encontramos um consenso, há doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz, que afirmam que o mesmo é absoluto.



sentimental) ou quando o feto é anencéfalo. Vejamos o que dispõe nosso dispositivo legal penal:

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.

Dessa forma, observamos que o Código Penal assegura apenas dois tipos de aborto, uma vez que o último tipo somente encontra proteção na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54.

A interrupção de uma gravidez, mesmo de um feto anencéfalo, confronta diretamente o direito fundamental à vida em face de outros direitos fundamentais, especialmente o direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à saúde, à autonomia individual, à autodeterminação, à integridade física e psíquica e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Aqui, é inevitável o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os interesses de parte da sociedade que desejam proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.

Como se sabe, a legislação não acompanha de forma eficaz as mudanças sociais e os costumes. Há sempre um longo período de tempo entre um código e outro e vale salientar que o nosso Código Penal atual foi elaborado no final do ano de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942, ou seja, 75 anos atrás. Quando o assunto é aborto, podemos considerar que o referido diploma legal é bastante conservador, estando em consonância com o entendimento e os costumes da época em que o mesmo foi elaborado.

Não obstante o STF ter legalizado a interrupção da gravidez nos casos que envolvem a anencefalia, no ano de 2012, o tema aborto permanece um tabu no meio jurídico, médico, teológico e social. Além de polêmico, movimenta diversos setores da sociedade, levantando além das questões jurídicas, implicações morais, religiosas, éticas, ideológicas, sociológicas, dentre outras. Assim, a questão penal tornou-se um mero detalhe.

3.3 POSICIONAMENTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO



Diante deste quadro apresentado, vejamos agora algumas das mais recentes decisões do nosso Poder Judiciário para, assim, constatar o atual posicionamento deste órgão quando o assunto debatido é o aborto.

3.3.1 Parecer para o Supremo Tribunal Federal do Procurador-Geral da República

A Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581/DF no Supremo Tribunal Federal, que questiona pontos da Lei 13.301 de 2016, a qual prevê o benefício de prestação continuada para pessoas com microcefalia em decorrência do vírus da Zika.

Em parecer enviado no início de setembro de 2016 ao Supremo Tribunal Federal – STF, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, se posicionou favorável ao aborto para gestantes com o vírus Zika, que pode causar microcefalia ao bebê. Para Janot, o aborto não constituiria crime, pois a conduta da mulher estaria amparada pelo que o Direito Penal denomina de estado de necessidade, prevista no artigo 24 do Código Penal⁸. No estado de necessidade, a pessoa pratica a conduta para proteger direito próprio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.

Vejamos um trecho do referido parecer:

Tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zica representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis. (Barros, 2016, p. 36)

Por analogia, Janot conclui que as ressalvas legais têm como objetivo proteger a mulher de desnecessários sofrimentos físicos e psíquicos, podendo ser aplicadas por analogia aos casos de Zika.

Em seu parecer, ele destaca o Comentário Geral 22 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas sobre direito à saúde sexual e reprodutiva, de março de 2016, “a falta de serviços obstétricos emergenciais ou a negação da

⁸ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.



realização de um aborto levam, frequentemente, à mortalidade e à morbidade maternas, o que, por sua vez, constitui uma violação do direito à vida ou à segurança e, em certas circunstâncias, pode equivaler a tortura ou a tratamento desumano, cruel ou degradante” (Barros, 2016, p. 39).

Por fim, ele alega que a “autonomia reprodutiva, direito a saúde e a integridade física e psíquica seriam direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica” (Barros, 2016, p. 36).

Este parecer não abordou apenas a questão do aborto. Sua posição é de defender a ampliação de direitos de pessoas com microcefalia e outras consequências decorrentes do vírus da zika. Porém, esta questão ainda será julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.2 Caso do REsp 1467888, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça

Em decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ condenou um padre do interior de Goiás a pagar indenização de danos morais no valor de R\$ 60 mil (sessenta mil reais) por haver impedido uma interrupção de gestação que havia sido autorizada pela Justiça.

Em 2005, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz impetrou uma ação de Habeas Corpus para impedir que uma mulher grávida levasse adiante, com auxílio médico, a interrupção da gravidez de feto diagnosticado com síndrome de *Body Stalk* – denominação dada a um conjunto de malformações que inviabilizam a vida fora do útero. No habeas corpus impetrado em favor do feto, o padre afirmou que os pais iriam praticar um homicídio.

Ao saber que o feto não sobreviveria ao parto, os pais, residentes na cidade de Morrinhos, a 128 quilômetros de Goiânia, haviam conseguido autorização judicial para interromper a gravidez. Durante a internação hospitalar, a gestante, após já ter sido medicada para induzir o parto, foi surpreendida com a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, que atendeu ao pedido do padre e determinou a interrupção do procedimento.

A grávida, com dilatação já iniciada, foi obrigada a voltar para casa. Nos oito dias que se seguiram, assistida só pelo marido, ela agonizou até a hora do parto, quando retornou ao hospital. O feto morreu logo após o nascimento.



Dessa forma, diante de tal situação, o casal ajuizou uma ação por danos morais contra o padre, que preside a Associação Pró-Vida de Anápolis. Não obtendo sucesso na Justiça de Goiás, recorreu ao STJ.

Destacamos um trecho do voto da Ministra Relatora:

O intenso sofrimento vivido pela mãe, após o diagnóstico de uma síndrome que incompatibiliza a vida do feto com o ambiente extrauterino, é de tal quilate, que faz preponderar o particular direito dela à própria intimidade, liberdade e autodeterminação na condução de sua vida privada. Leia-se, também aqui, cabia só a ela, pela similaridade das condições apresentadas, dizer, diante de sua realidade emocional, da fé que professava, ou não professava, das expectativas que nutria, ou diante daquelas que deixara de alimentar, se deveria ou não interromper a gestação. A interrupção da gravidez era um direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de perseguição penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, na tentativa de obstar sua decisão.

Acompanhando o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma entendeu que o padre abusou do direito de ação e violou direitos da gestante e de seu marido, provocando-lhes sofrimento inútil, condenando o padre ao pagamento de R\$ 60 mil como compensação por danos morais, valor a ser acrescido de correção monetária e juros de mora a partir do dia em que a recorrente deixou o hospital.

3.3.3 O recente julgamento do Habeas Corpus nº 124306 pelo Supremo Tribunal Federal

Em 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, afastou a prisão preventiva, dos pacientes denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática dos crimes de aborto com o consentimento da gestante e associação criminosa, antigo crime de formação de quadrilha artigos 126 e 288 do Código Penal.

Após a prisão em flagrante, o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória aos acusados, considerando que as infrações seriam de médio potencial ofensivo e com penas relativamente brandas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém, acolheu recurso do Ministério Público do Rio de Janeiro e decretou a prisão preventiva, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.



Em 2014, o relator do Habeas Corpus no Supremo, o Ministro Marco Aurélio, deferiu cautelar para revogar a prisão, posteriormente estendida aos demais corréus. Na ocasião, houve pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso. Barroso destacou que é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos. “No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”, observou.

Vejamos a seguir a ementa do referido voto, o qual foi seguido pela maioria dos Ministros da Suprema Corte:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. 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. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (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. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e



desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (Voto-vista no HC nº 124.306/RJ, Min. **Luiz Roberto Barroso**, Primeira Turma, STF)

Para o ministro, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

O nosso Código Penal foi elaborado em 1940 – anterior à Constituição, de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, onde o ministro Barroso entende que a hipótese é de não recepção. “Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva”, concluiu.

A decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal foi em sede de Habeas Corpus, só tendo eficácia *inter partes*, ou seja, apenas a paciente da garantia constitucional foi beneficiada pela decisão. Portanto esta decisão não descriminalizou o aborto previsto nos artigos 124 ao 128 Código Penal. No caso concreto aqui estudado, não existiu ação de controle de constitucionalidade, uma vez que, para que a matéria tenha eficácia *erga omnes*, tem que ser levantada por meio de controle de constitucionalidade.

Por fim, vale frisar que os debates jurídico sobre o aborto ainda se estenderão muito durante este ano. Já foi divulgado que estarão na pauta do Supremo Tribunal Federal, mas ainda sem data marcada para julgamento, a análise de dois processos que tratam sobre o aborto, um deles referente aos casos de mulheres infectadas pelo zika vírus e outro sobre a decisão da Primeira Turma da Corte, que, por maioria de votos, descriminalizou o aborto até o terceiro mês de gestação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abortamento representa um grave problema de saúde pública, justiça social e direitos humanos. Estigma, medo, morte, essas são as opções que o Estado brasileiro oferece



as mulheres que optam por realizar o aborto, uma vez que a criminalização não evita o aborto, apenas força as mulheres a realizá-lo na clandestinidade.

As mulheres que tomam a difícil decisão de abortar não serão impedidas por qualquer que seja a ameaça criminal. Quando se aceita interromper a gestação do seu próprio filho é sinal de que fatores econômicos e sociais se impuseram e preponderaram em relação ao instinto natural de ser mãe.

O fim educativo que se pretende atingir com a norma penal não apresenta os resultados desejados, sendo considerado um instrumento ineficaz para a redução do número de aborto. Como se sabe, a legislação não acompanha de forma eficaz as mudanças sociais e os costumes.

Quando o assunto é aborto, podemos considerar que o nosso Código Penal é bastante conservador, estando em consonância com o entendimento e os costumes da época em que o mesmo foi elaborado, ou seja, 1940.

Além de polêmico, movimentou diversos setores da sociedade, levantando além das questões jurídicas, implicações morais, religiosas, éticas, ideológicas, sociológicas, dentre outras. É importante frisar, que o fundamento religioso para a obstrução de direitos individuais compromete a laicidade do Estado e, com isso, a cidadania e a construção de uma sociedade plural e democrática.

Atualmente, a maioria dos países permitem a prática do aborto, principalmente os países desenvolvidos. É evidente que o simples fato de existir uma tendência internacional para a legalização do aborto não significa que o mesmo venha a ocorrer no Brasil, uma vez que nosso Estado tem soberania, autonomia e independência para firmar seus próprios posicionamentos.

Entretanto, é de fácil percepção que os direitos das mulheres vem sendo reconhecidos gradualmente no decorrer da história, onde quem era vista apenas como uma parte incompleta do homem, passou a ser vista como ser humano possuidor de direitos e garantias legais.

Podemos concluir através deste estudo, que o Poder Judiciário brasileiro vem modificando seu posicionamento nos últimos julgamentos sobre o aborto. Esperamos, no mínimo, mais dois julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o aborto, ainda este ano, que serão essenciais para definir os rumos desse assunto tão polêmico e importante.



REFERÊNCIAS

BAIGES, Victor Méndez. *Sobre morir: eutanásias, derechos, razones*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Parecer No 207.857/2016-AsJConst/SAJ/PGR . Ministério Público Federal. 6 set 16. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df/>>. Acessado em: 26 dez 16.

BRASIL, Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 04 dez 16

BRASIL, Código Penal Militar (1969). **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acessado em 04 dez 16.

BRASIL, Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em 04 dez 16.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 04 dez 16.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção a Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Urgências e emergências maternas. Guia para diagnóstico e conduta em situações de risco de morte materna. Brasília (DF); 2000.

BUGLIONE, Samantha. **Ações em direitos sexuais e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1999/2001. Disponível em: <http://sistema.planalto.gov.br/spmulheres/textos/THEMIS/acoes_em_direitos.pdf>. Acesso em: 26 dez 2016.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998.



DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (organizadores). **Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Malheiros, 2009.

STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>>. Acessado em: 26 dez 16.

STF - HABEAS CORPUS 124.306-RJ, Voto-Vista: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/11/16 Primeira Turma. Disponível em:
<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acessado em: 26 dez 16

STJ - REsp 1.467.888-GO, Relator: Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+1467888&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em: 26 dez 16.

VILLELA, Wilza Vieira; ARILHA, Margareth. **Sexualidade, gênero e direitos sexuais e reprodutivos.** In: BERQUÓ, Elza (Org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil.* p. 95-150. Campinas, SP: Unicamp, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Drecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia.* Trad. de Marina Gascón. 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003.