XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

EUDES VITOR BEZERRA

FERNANDA CRISTINA DE OLIVEIRA FRANCO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernanda Cristina de Oliveira Franco; Eudes Vitor Bezerra– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-568-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

Caríssima(o) Associada(o), demais leitores,

A questão da efetividade dos direitos humanos constitui elemento central de uma série de discussões acadêmicas que buscam enfrentar os desafios que se colocam diante do tema, sobretudo contemporanemante frente às crescentes ameaças que visam desconstruir conquistas históricas expressas nas formulações deste conjunto de direitos.

Na célebre lição de Norberto Bobbio, a questão premente dos direitos humanos deixou de ser a de sua fundamentação para ser justamente a de sua efetivação, tema caro aos autores dos artigos ora apresentados. Neles, são apresentadas diferentes perspectivas ao tema da efetividade dos direitos humanos, transitando entre abordagens teóricas e pesquisas empíricas. Muitos deles discorrem acerca de processos participativos capazes de criar ou exercitar mecanismos que ao final consigam assegurar a almejada efetividade dos direitos humanos.

Muitos artigos analisam de que forma estes direitos - à exemplo do direito à educação, à saúde, à alimentação, o direito dos idosos, dos imigrantes, dos refugiados, das mulheres e de diversos grupos socialmente vulneráveis - encontram-se ameaçados, bem como mecanismos necessários para reverter ou no mínimo se contrapor aos processos instalados de violações desses mesmos direitos.

Algumas soluções são trazidas, a exemplo da educação para a mediação de conflitos, da abordagem da proteção multi-nível, a questão das ações afirmativas, bem como o olhar realista que desvenda como a estrutura política acaba atuando de forma descomprometida e despolitizada em relação aos direitos humanos.

Alguns artigos trazem a discussão sobre o direito ao desenvolvimento, entendido como um direito síntese, a partir do qual vários outros direitos humanos podem ser efetivados, problematizando em que medida o desvio dos recursos por meio da corrupção acaba minando importantes iniciativas e políticas públicas que seriam destinadas à promoção do

desenvolvimento. A crise da representatividade no sistema político partidário é igualmente analisada, de forma a demonstrar como esta lacuna de representação acaba por minar as possibilidades de efetividade dos direitos humanos.

O tema das mídias sociais e da ciberdemocracia surge como horizonte marcante, potencialmente capaz de criar condições favoráveis à concretização de processos participativos, desde que adequadamente enfrentada a exclusão e desigualdade no acesso dos cidadãos às novas tecnologias. Aliada à educação dos cidadãos e dos servidores públicos, são apresentados como caminhos através dos quais os direitos humanos podem encontrar caminho frutífero de efetivação.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de uma junção de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo qual agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Universidade Nove de Julho – Uninove)

Profa. Dra. Fernanda Cristina de Oliveira Franco (Universidade Federal do Maranhão)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442: (IM) POSSIBILIDADES DOGMÁTICA, ZETÉTICA E CRÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442: DOGMATIC, ZEETIC AND CRITICAL POSSIBILITIES OF THE CRIMINALIZATION OF ABORTION IN BRAZIL

Gabriel Klemz Klock
Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

Resumo

Este artigo busca analisar a possibilidade de interpretações dogmática, zetética e crítica da criminalização do aborto no Brasil. Para tanto, utiliza-se como parâmetro a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal. Em sede de referida medida judicial, pretende-se seja permitida a descriminalização da prática do aborto se realizada até a décima segunda semana de gestação. O tema, submetido pela primeira vez à análise pelo sistema concentrado de controle de constitucionalidade, provoca os operadores do Direito a refletirem sob diversas perspectivas a respeito do tema.

Palavras-chave: Aborto, Interpretação, Dogmática, Zetética, Crítica

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article seeks to identify possibilities of dogmatic, zetética and criticism interpretations of the criminalization of abortion on Brazil. For this purpose, the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, presented by the Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) in the Supreme Court of Brazil, is used as a parameter. In this judicial measure, it is intended that the decriminalization of the abortion practice be allowed if performed until the twelfth week of gestation. The theme, in the very first time under analysis in concentrated control of constitutionality, provokes the law operators reflect from diverse perspectives about the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Interpretation, Dogmatic, Zetética, Criticism

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, com apoio da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, que tem como pedido principal, com eficácia geral e efeito vinculante, que o Supremo Tribunal Federal declare a não recepção parcial dos artigos 124[1] e 126[2] do Código Penal frente a principiologia trazida pela Constituição Federal de 1988. Pedem, outrossim, seja excluído do âmbito de incidência dos mencionados artigos a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, cidadania das mulheres e promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, pois, do contrário, os artigos violariam os direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade física, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou do tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.

Por intermédio de referida ação constitucional, pretende-se garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação de acordo com sua autonomia, sem necessidade de qualquer forma específica de autorização do Estado, garantindo, em consequência, aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento abortivo.

Nas notas introdutórias da peça vestibular da ADPF, questiona-se a legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário, indagando se os artigos 124 e 126 do Código Penal seriam compatíveis com os preceitos fundamentais mencionados. De registrar que o art. 125 não foi combatido, pois trata da punição daquele que provoca aborto *sem* o consentimento da gestante. Daí a tese fundamental da ação: as razões jurídicas que motivaram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam, pois violam as noções atualizadas dos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

Em seguida, a fundamentação da ADPF se volta para a problematização da ideia de proteção da vida do embrião, se seria, efetivamente, um direito previsto no ordenamento constitucional, indicando que, na verdade, a questão do aborto se torna um

[1] Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.
[2] Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante.

"*hard case*" em razão do apelo moral que provoca, na medida em que opõe o direito de proteção à vida do embrião e os direitos fundamentais da mulher grávida. Ocorre que, num Estado que se diz laico, garantidor das liberdades de consciência e crença, enfrentar a constitucionalidade do aborto "significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo: qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?"

Para além das questões que também envolvem, inevitavelmente, a desproporção econômica que atinge a sociedade brasileira, a tensão jurídica reside na desproporcionalidade da proibição do aborto, pois viola o direito fundamental da mulher, a dignidade humana e a cidadania das gestantes, discriminando-as, e colocando em pé de igualdade o direito dos fetos, estes que, segundo o próprio STF, ainda não são pessoas constitucionais.

Para demonstrar as violações da criminalização do aborto, a exordial da ADPF n.º 442 se divide em duas seções: a primeira analisa como as cortes constitucionais se tornaram, a partir dos anos 70, instâncias legítimas para os questionamentos constitucionais provocados pela questão do aborto. Já na segunda seção, aqui objeto de estudo, através de dois métodos interpretativos diferentes, a ADPF enfrenta a constitucionalidade da criminalização do aborto: primeiro pela construção do conceito de dignidade da pessoa humana; segundo pelo teste de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a demonstrar que a criminalização do aborto não se fundamenta como objetivo constitucional legítimo.

Para os fins do presente artigo, portanto, busca-se fazer as três interpretações possíveis da temática: as interpretações dogmática, zetética e crítica.

A primeira, dogmática, fundamenta-se no estudo da norma, os artigos do Código Penal, 124 e 126, que criminalizam a prática do aborto no Brasil.

Já a interpretação zetética tem por objetivo questionar os princípios fundamentais que podem estar sendo violados em caso de manutenção da criminalização do aborto.

Por fim, a terceira interpretação, crítica, busca trazer a realidade social do aborto, mormente quando se verifica a posição da mulher gestante que normalmente busca essa atividade "ilícita": negra, pobre, indígena, de baixa instrução. É dizer, são os grupos excluídos que, normalmente, buscam no aborto a resolução de um problema que, em verdade, é uma realidade de fundo da sociedade brasileira. Além disso, a partir de um projeto político, questionar a posição do aborto como política pública.

2 DOGMÁTICA DA QUESTÃO ABORTIVISTA

A criminalização do aborto é assunto sensível que, de maneira recorrente, chama a atenção dos operadores do Direito e de toda a sociedade. Para o enfrentamento do tema, importante destacar-se que, atualmente, tal prática só vem sendo admitida se preenchida uma das hipóteses de excludentes de ilicitude: se gravidez decorrente de estupro[3]; se necessário para salvar a vida da gestante[4]; ou nos casos de anencefalia[5].

Tais possibilidades são resumidas às simples autorizações legislativas ou de precedente judicial específico. Na prática, então, a prática do aborto é reprimida pelo Código Penal em mera aplicação de seus dispositivos já citados.

Vale dizer que a interpretação dogmática tem como uma de suas características o fato de que os juristas procuram sempre compreender e explicar o direito dentro dos marcos da ordem vigente, que lhes aparece como um dado a ser aceito e não negado, sendo o ponto de partida inelutável de qualquer investigação, constituindo uma espécie de limitação dentro da qual se pode explorar diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis (FERRAZ JUNIOR, 1990, p. 48).

Importantes as lições de Luiz Fernando Coelho (COELHO, 2017, p. 146), segundo o qual a orientação dogmática "corresponde à tradição do direito europeu continental e afirma-se como implicação do racionalismo que impregnou os estudos jurídicos ao longo dos séculos XVI e XVII". Além disso, esclarece que esse tipo de racionalidade conduziu a uma concepção formalista e apriorística de interpretação, impregnando o saber jurídico do culto à lógica formal.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (1994, p. 49-51) segue sua análise da dogmática jurídica explicando que, por mais que possa parecer, não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige uma interpretação dogmática. Assim, as incertezas da sociedade foram limitadas pelos dogmas, e a dogmática sugere a ampliação controlada da certeza inicial, porém aumentada em um grau de suportabilidade social. De forma controlada, não é

---

[3] 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.
[4] Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I: se não há outro meio de salvar a vida da gestante.
[5] ADPF nº 54.

qualquer interpretação que vale, mas somente aquelas que decorrem de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos.

Pensando a questão do aborto como um dogma, um ponto de partida inegável, necessário investigar a construção do abortamento como um paradigma intransponível.

O primeiro fundamento do aborto como dogma é, sem dúvida, religioso (GONÇALVES, 2008, p. 26):

> Para diversos países do mundo, em especial aqueles que possuem influência predominantemente católica10, a temática do aborto é muito controvertida e divide a sociedade. Há a polarização de pontos de vista feministas e religiosos, que despontam de forma mais intensa nos debates públicos sobre o assunto, particularmente quando algum projeto de lei legalizando o aborto encontra-se em tramitação no Parlamento.

No mesmo sentido, destaca-se (ROSADO NUNES, 2012, p. 25):

> A predominância das pesquisas envolvendo o catolicismo é explicável por razões várias, de caráter histórico e político. Essa religião foi hegemônica por quase 400 anos, sendo religião oficial do Estado até o final do século XIX, quando, com a República, institui-se o Estado laico no Brasil. Assim, ao poder político da Igreja Católica, que se mantém, mesmo após a separação oficial Igreja-Estado, corresponde a formação de uma cultura impregnada de valores do cristianismo. O tratamento da sexualidade e da capacidade humana reprodutiva mantém-se na Igreja Católica como uma área de confronto com propostas liberalizantes, que tratam essas questões no registro do direito e da realização da liberdade individual, no âmbito da vida privada. A manutenção da condenação do aborto pelo catolicismo, em qualquer circunstância, abre um imenso campo de transgressão para as mulheres, mas também de culpabilidade e de impossibilidade de pensar o recurso a esse procedimento sob outro registro que não o da moralidade religiosa.

É que a posição da Igreja Católica com relação ao aborto tem grande relevância para o tratamento do tema e suas implicações sociais e jurídicas, dada a importância do catolicismo na formação histórica ocidental. Importa observar, contudo, que a posição do Vaticano a respeito do aborto se apresentou de vários modos no decorrer da história, nem sempre continua e imutável.

Durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição religiosa pela realização do aborto não se referia à vida do feto, mas sim ao adultério que o aborto revelaria, e a preocupação central da Igreja e do Estado era a manutenção do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade, ainda mais que a preocupação, além de moral, tinha conotação econômica, pois a preocupação com os direitos sucessórios dos herdeiros era uma preocupação estatal. Assim, o aborto revelaria o verdadeiro pecado: o adultério.

Ocorre que foi apenas com a proibição expressa advinda da “Apostólica Sedis de Pio IX” que a proibição do abortamento em qualquer situação passou a ser a posição

oficial da Igreja Católica, baseada então no apelo do direito à vida como superior a todos os outros direitos, inclusive os da gestante. A partir de então, o feto seria um ser humano desde a sua concepção, cuja vida é tão importante quanto a de um adulto, devendo sempre ser preservada.

Tal construção é conhecida como "hominização imediata ou animação imediata", pois considera o zigoto indivíduo ou pessoa. Contudo, e mesmo com os discursos da medicina apropriados pela Igreja Católica, há corrente divergente dentro do próprio catolicismo: até o quadragésimo dia da fecundação não se pode chamar o zigoto de indivíduo, pois ele ainda não recebeu sua alma. Esta corrente, denominada de "hominização retardada", e fundamenta seu ponto de vista no pressuposto de que o corpo deveria estar minimamente preparado e constituído para receber a alma. Ambas as posturas teológicas coexistem até hoje e desembocam num denominador comum: proibição do abortamento, considerado motivo de excomunhão da Igreja (GONÇALVES, 2008, p. 72-75).

Importante mencionar uma grande e recentíssima revolução no seio da Igreja Católica: na segunda-feira do dia 21 de novembro de 2016 o Papa Francisco autorizou, oficialmente, através de uma carta apostólica, que todos os Padres da Igreja Católica perdoem o aborto, perdão que, anteriormente, somente poderia ser dado pelos Bispos. Assim, hoje, tanto médicos como mulheres que realizem aborto não são mais excomungadas da Igreja Católica. A decisão do Papa se fundamenta nos valores sociais do perdão e da misericórdia.[6]

Não obstante o posicionamento de outras religiões, inegável é que a Igreja Católica Apostólica Romana ainda é o grupo religioso mais forte no país, exercendo grande influência em outros âmbitos do Estado, inclusive no Poder Legislativo, onde é sabido que existe uma verdadeira "bancada religiosa". A posição religiosa, também, influencia a posição moral: o certo e errado do senso comum em muito se baseia naquilo que a Igreja, seja ela Católica ou qualquer outro grupo religioso, impõe como certo e errado.

É justamente nesse contexto que nasce o Código Penal, em 7 de dezembro de 1940, estabelecendo em seus artigos 124 e 126 a proibição do aborto. É de ressaltar que a mesma Lei Penal previa como crime o adultério, no seu artigo 240, o qual somente foi revogado em 2005.

---

[6] <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2016/11/papa-francisco-autoriza-que-padres-possam-perdoar-o-aborto.html>. Acesso em 16 abr. 2017.

A primeira observação pertinente é a ligação entre as duas punições. Para a sistemática jurídica de 1940, são fatos típicos, jurídicos e culpáveis tanto o adultério quanto o aborto, posição que se coaduna com aquela primeira fase da Igreja Católica: o aborto revelaria o grande pecado, que na verdade é o adultério. A perspectiva monogâmica das relações ainda é muito presente na sociedade brasileira, tanto mais naquela dos anos 40.

E em sendo explicitamente descrito como crime o aborto, a Constituição Federal de 1988 recepciona como lei ordinária o Código Penal, mantendo, assim, a definição legal do crime. E a Constituição Cidadã define, em seu art. 5.º, inc. XXXIX, não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Havendo lei anterior e prévia cominação legal, existe previsão legal do crime de aborto, devidamente recepcionada pela Constituição Federal hoje vigente.

Em termos específicos, pode-se registrar que a proibição do aborto pelo sistema normativo pátrio, e aplicado diariamente pelos expedientes forenses, constitui um verdadeiro dogma do Direito brasileiro. Há, portanto, uma fundamentação formal no princípio da legalidade que alicerça a criminalização do aborto. Ocorre que a manutenção deste dogma ou paradigma vem causando diversos traumas às mulheres e à sociedade brasileiras.

Vale registrar que, apesar da proibição da prática do aborto como verdadeiro dogma jurídico brasileiro, calcado no princípio da legalidade, existem diversos outros princípios fundamentais que devem ser harmonizados com este, tais como a dignidade da pessoa humana, cidadania, não discriminação, direito à saúde, inviolabilidade do direito à vida. Todos esses que, segundo a ADPF em debate, encontram-se devidamente violados pela manutenção do aborto como crime.

Diante do cenário descrito acima, da proibição do aborto como dogma jurídico pátrio, passa-se a se verificar a possibilidade de uma intepretação alternativa da temática sob a ótica de uma interpretação zetética do Direito, especificamente para se debater os princípios relacionados com o tema.

3 CONSIDERAÇÕES ZETÉTICAS

Em uma proposta de superar a interpretação dogmática da criminalização da prática do aborto no Brasil, o presente artigo visa enfrentar o paradigma da criminalização de referida prática a partir de uma interpretação zetética da legislação. Nesse sentido,

busca-se problematizar o dogma em comento e apontar para a possibilidade de uma interpretação alternativa para a disciplina, especificamente se levando em consideração a aplicação dos princípios constitucionais relacionados ao tema.

Para tanto, resgatam-se as lições do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 41), para o qual, ao contrário do dogmatismo, o enfoque zetético busca desintegrar e dissolver algumas opiniões e pressupostos, pondo-os em dúvida. Além disso, questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são explícitas, em contraponto às questões dogmáticas, que tem uma função diretiva explícita e são finitas.

Nesta perspectiva de investigação zetética, é possível afirmar que esta é baseada em um conjunto de enunciados que pretende transmitir informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados seriam, pois, constatações. Como a investigação zetética tem sua característica principal a abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas), é preciso, a propósito disto, proceder à sua explicitação.

Nas palavras do professor Luiz Fernando Coelho (2017, p. 146), a orientação zetética "caracteriza as posturas hermenêuticas que enfatizam o conteúdo dos princípios albergados na constituição, sem, contudo, tratar de modificar seu texto e tendendo a preservar os grandes princípios que inspirar sua elaboração".

A criminalização do aborto no Brasil seria justificada pela proteção à vida do feto, fundada, especialmente, no princípio legalidade e verdadeiro dogma pátrio. No entanto, a criminalização da prática do aborto, ao contrário de servir à proteção da vida, vem causando diversos traumas à sociedade brasileira e não respeita aos princípios insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando se trata da possibilidade de descriminalização do aborto no Brasil, o primeiro argumento dogmático sustentado está relacionado, justamente, ao princípio da inviolabilidade da vida do feto. Estariam em verdadeiro conflito, pois, os direitos fundamentais da gestante em detrimento de um suposto direito fundamental à vida do embrião.

Ocorre que, de acordo com os precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal, não há a possibilidade de se imputar direitos fundamentais ao embrião. Em um estudo aproximado entre as decisões proferidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (aborto em casos anencefalia), Habeas Corpus nº 84.025/2003 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 (pesquisa com células-tronco), vez que se decidiu que não basta a existência de criatura humana em

desenvolvimento para a presunção de direitos fundamentais, como o direito à vida, pois é no nascimento com potência de sobrevida que deve repousar o marco da personalidade jurídica.

Os precedentes invocados seriam, por si só, suficientes a justificar a possibilidade de descriminalização do aborto no país, posto que não haveria qualquer conflito com a lei a interrupção da gestação até a décima segunda semana de gestação.

No entanto, a questão proposta é muito mais abrangente. É de se perquirir, pois, se os artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro ferem direitos fundamentais das mulheres, obrigadas a gestações indesejadas.

Em um primeiro momento, e seguindo a linha proposta na ADPF em comento, a "gestação compulsória" feriria a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres "pois não lhes reconhece a capacidade ética e política de tomar decisões reprodutivas relevantes para a realização de seu projeto de vida".

Vale mencionar, outrossim, a lição de Luís Roberto Barroso (2012, p. 156):

> A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou a privacidade. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.

Reitere-se a última formulação do Ministro: qualquer lei que viole a dignidade será nula. É o caso proposto pela ADPF sobre os artigos 124 e 126 do Código Penal que, ao impor uma gestação indesejada com a criminalização do aborto, fere-se o princípio fundamental da dignidade da gestante. Luis Roberto Barroso, no mesmo artigo, constrói concepção reconhecidamente minimalista sobre o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana: valor intrínseco de todos os seres humanos, autonomia de cada indivíduo e limitações por restrições legítimas em nome de valores sociais ou interesses estatais (BARROSO, 2012, p. 180).

Num primeiro momento, sobre o valor intrínseco de todos os seres humanos, a ADPF nº442 propõe questionamentos acerca dos direitos do feto que não podem ser levianamente ignorados:

> 64. O entendimento do complexo sintagma constitucional "dignidade da pessoa humana" exige maior complexificação analítica do que simplesmente o pertencimento à espécie para os efeitos protetivos e garantidores do princípio constitucional. É certo que somente os humanos recebem o estatuto de *pessoa* para a Constituição Federal. Ao demonstrar o recorte primário da figuração de

> quem seria protegido pela assunção do "portal"86 dignidade da pessoa humana como um preceito – isto é, somente humanos –, surge uma segunda camada de entendimento: somente humanos podem ser qualificados como *pessoas constitucionais*. Não basta o pertencimento à espécie humana, isto é, o valor intrínseco do humano, mas o estatuto de "pessoa humana" para a imputação de direitos fundamentais. O voto do Ministro Marco Aurélio Melo na ADPF 54, em referência à ADI 3.510, é elucidativo dessa compreensão: [...] este Supremo Tribunal proclamou [na ADI 3.510] que a Constituição "quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.87 65. O conceito *pessoa constitucional* não é de simples pacificação – se, por um lado, não há questionamento sobre o estatuto jurídico das mulheres como pessoas para o ordenamento constitucional, por outro, há quem reivindique igual estatuto para embriões ou fetos em desenvolvimento no útero. Ao se presumir igual estatuto de pessoa constitucional para mulheres e embriões ou fetos, suporia-se um conflito entre quais direitos priorizar, pois a questão do aborto organiza-se a partir da materialidade da *duplicidade na unidade*:88 a condição existencial do embrião ou feto é ontologicamente dependente da integridade física e mental da mulher que o gesta. Não há controvérsia jurídica sobre o reconhecimento do estatuto de pessoa constitucional a recém-nascidos, crianças, adolescentes, adultos ou idosos, em qualquer circunstância de vivência do corpo, dependência, deficiência ou envelhecimento.89 Assim, depreende-se que afirmar o valor intrínseco do humano no embrião ou feto não é o mesmo que afirmar o estatuto de pessoa constitucional. Uma leitura sistemática da Constituição Federal e de decisões recentes desta Suprema Corte, notadamente na ADI 3.510 e na ADPF 54, demonstram que *o estatuto de pessoa constitucional inicia-se no nascimento com potência de sobrevida, mesmo com auxílio de complexas tecnologias biomédicas*.

Seguindo esta linha de raciocínio, a ADPF nº 442 questiona, numa posição de interpretação visivelmente zetética, a dignidade da pessoa humana relativamente ao feto, observando que o amadurecimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira levou à construção teórica de que embrião ou feto é criatura humana com valor intrínseco, mas sem o estatuto de pessoa constitucional, razão pela qual sua proteção é infraconstitucional, ligada a demandas como direitos patrimoniais, enquanto que a proteção da gestante, escorada na dignidade da pessoa humana, é constitucional.

Na dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana ligado à autonomia, um conjunto amplo de direitos se encontram conectados, como a liberdade de expressão, liberdade de crença, planejamento familiar e direitos sexuais e reprodutivos, todos com forte carga de privacidade quando se trata da questão do abortamento. Ao impedir que mulheres tomem controle de seu próprio corpo e sua fecundidade, tolhem-se seus direitos de tomar decisões sexuais responsáveis, afetando diretamente a sua autodeterminação perante o sistema jurídico e, consequentemente, a dignidade humana.

Quanto ao último ponto, as limitações por restrições legítimas em nome de valores sociais ou interesses estatais, bem colocadas as palavras de Barroso (BARROSO, 2012, p. 180-182):

> O risco de causar dano aos outros normalmente constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal. [...] É claro que haverá hipóteses em que não será fácil traçar uma linha entre o que é político e o que é verdadeiramente moral e, de fato, muitas vezes os dois domínios vão se sobrepor. Mas sempre que uma questão moral significativa estiver presente, a melhor atitude que o Estado pode tomar é estabelecer um regime jurídico que permita aos indivíduos dos dois lados em disputa exercerem a sua autonomia pessoal.

Estabelecidas essas premissas acerca da dignidade da pessoa humana, básicas para este artigo científico, deixando evidente sua relação de mútua dependência com os demais direitos fundamentais, a ADPF n.º 442 também levanta questionamentos acerca da eventual violação aos direito à vida, à saúde, à integridade física e psicológica das gestantes, pois a negação do direito ao aborto leva a dores e sofrimentos profundos na mulher, não só física, mas também emocionalmente, e ao buscarem meios clandestinos de abortamento colocam em risco sua própria integridade física, e, quando não as leva ao falecimento, acaba por ceifar seus direitos não só como mulher, mas também como cidadã.

Assim, cabe registrar que, em que pese inicialmente se justificar a criminalização do aborto serviria à proteção à vida, verifica-se, na prática, que tal enquadramento não está impedindo a realização do procedimento e que, por não contar com a legitimação do sistema de saúde, vem causas diversas mortes trágicas entre as mulheres brasileiras.

Outro ponto que merece destaque é que a criminalização do aborto no Brasil importa em verdadeira afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF/88), sem mencionar em violação ao princípio da não discriminação baseada no sexo (art. 3º, IV, CF/88), visto que a reprimenda à conduta importa em imposição às mulheres de situação gravosa e degradante, visto que somente em desfavor da mulher são retirados os direitos para definição de seu planejamento familiar, já que aos homens não é imputada a submissão à criminalização e coerção penal da prática do aborto.

Vale dizer que, não apenas o princípio da igualdade é violado, porém também o próprio princípio da liberdade, igualmente objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF/88), posto que às mulheres brasileiras não é dado o direito de se autodeterminarem, com relação aos seus corpos e desejos.

Em resumo, através de uma interpretação zetética do Direito, pudemos questionar o dogma da criminalização do aborto no Brasil, demonstrando que os princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988 apontam para uma interpretação em sentido diametralmente oposto ao pretendido pela legislação penal. Na realidade, verificamos que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, dentre diversos outros, não permite a manutenção da criminalização do aborto no sistema jurídico pátrio.

Não sendo suficientes os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro que impedem a tipificação do procedimento do aborto no Brasil, passaremos a tratar o tema sob uma perspectiva crítica do Direito, demonstrando a falha do Estado brasileiro na proteção da vida e da dignidade de milhões de mulheres brasileiras.

Neste passo, antes de maiores digressões, importante destacar que o aborto é definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como interrupção de uma gravidez antes do marco de viabilidade do feto, sendo que a definição de viabilidade varia em diversos países, girando em torno de 20 a 28 semanas de gestão e de peso fetal entre 400g a 1000g (WORLD HEALT ORGANIZATION, 1970).

Dados extraídos da "Pesquisa Nacional do Aborto 2016" denunciam que, no Brasil, em 2015, cerca de 503.000 mulheres efetuaram um aborto. Este número elevadíssimo demonstra que, em escala de proporcionalidade, cerca de uma mulher a cada minuto realiza aborto em solo pátrio. Nessa perspectiva, temos que o aborto é, senão, um fato da vida reprodutiva das mulheres brasileiras (DINIZ, 2017).

No mesmo estudo identificado acima, outro recorte importante a destacar está relacionado à desigualdade de classe e de raça na realização de procedimentos de aborto. De acordo com o levantamento, cerca de 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram. Do total de mulheres brasileiras que fizeram aborto, hoje, estima-se que 3.019.797 delas tenham filhos; isso significa que, no atual marco de criminalização, essas seriam famílias cujas mães ou já deveriam ter estado presas, ou estariam, neste momento, presas pelo crime de aborto.

Em consequência, o já falido sistema prisional brasileiro haveria de ser quadriplicado, e as mulheres representariam a maior parte da população carcerária (IBGE, 2015).

Vale destacar que, em que pese a taxa de prisão pela realização de aborto no país seja ridiculamente desprezível quando comparada ao número de mulheres que efetuaram tal procedimento, não há como negar a existência de ofensas aos direitos fundamentais

das mulheres pela existência da proibição do aborto. Além das questões discriminatórias, a impossibilidade de realização de aborto assistido aumenta os indicadores de mortalidade.

Isso porque, de acordo com estudos recentes, estima-se que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros, e estão concentradas em países pobres (SINGH, 2014). No Brasil, a própria criminalização dificulta a produção de dados nacionais confiáveis sobre a mortalidade associada ao aborto inseguro. No entanto, os números demonstram que cerca de 50% das mulheres realizam um aborto ilegal necessitaram de internações nas dependências públicas de saúde.

Os dados da última Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS 2006) evidenciam baixo acesso a contraceptivos: o preservativo é o método moderno mais utilizado, mas a consistência do uso é ainda bastante reduzida. Apenas 18,9% das mulheres sexualmente ativas informaram terem se relacionado com parceiro que fez uso consistente do preservativo nos 12 meses anteriores à pesquisa. O uso é ainda menor para mulheres pobres e de baixa escolaridade (1 a 3 anos de educação formal): 10,1% e 4,8%, respectivamente. Ou seja, o Estado falha em oferecer políticas adequadas em saúde que poderiam garantir às mulheres condições para evitar um aborto e, portanto, proteger o valor intrínseco do humano no embrião ou feto – e criminaliza as mulheres pela mesma razão. Além de demonstrar a violação dupla de direitos, essas são evidências empíricas de que a criminalização do aborto não é adequada nem necessária ao objetivo de diminuir sua prática.

Em complementação, outros números merecem destaque no presente trabalho. De acordo com o tão citada "Pesquisa Nacional do Aborto 2016", ficou registrado que cerca de 20% das mulheres, aos 40 anos idade, já realizaram um aborto ilegal no Brasil. Destes números, um recorte regionalizado é ainda mais devastador: 18% das mulheres do nordeste, em contraste com 11% das mulheres do sudeste e 6% do sul já fizeram um aborto na vida; 15% das mulheres negras e indígenas já fizeram um aborto na vida, ao passo que 9% das mulheres brancas o fizeram (DINIZ, 2017).

Nesta perspectiva, convém resgate de trecho importante consignado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade perante o Supremo Tribunal Federal para a descriminalização da prática de aborto até 12 semas de gestação[7]:

> A morte por aborto é, certamente, uma das experiências mais terríveis vividas por uma mulher comum no Brasil. Elas ocorrem no anonimato, um efeito perverso da clandestinidade. Nos últimos anos, ao menos três casos ganharam

[7] ADPF n.º 442, p. 43-44.

> projeção nacional: as mortes de Jandira Magdalena dos Santos Cruz, Elizângela Barbosa e Caroline de Souza Carneiro, todas no estado do Rio de Janeiro. Jandira, de 27 anos, mãe de duas meninas, não podia prosseguir com a terceira gravidez e por isso buscou uma clínica clandestina para realizar o aborto. Teria pago R$ 4.500 pelo procedimento. Foi vista pela última vez em 26 de agosto de 2014, em uma rodoviária da zona oeste do Rio de Janeiro, de onde teria sido levada por um motorista até a clínica. Seu corpo foi encontrado no dia seguinte, mutilado e carbonizado, dentro de um carro. Elizângela, de 32 anos, mãe de três filhos, teria decidido interromper a quarta gestação por medo de, grávida, não conseguir retornar ao mundo do trabalho. Como Jandira, foi vista pela última vez ao se encontrar com um homem que a levaria até uma clínica clandestina em Niterói, em setembro de 2014. No dia seguinte, chegou morta à emergência de um hospital local. Caroline tinha 28 anos e morava na cidade de Paraíba do Sul. Teria procurado uma clínica clandestina de aborto na cidade do Rio de Janeiro com ajuda do namorado. Seu corpo foi encontrado em 19 de agosto de 2016, abandonado na rua de uma cidade da Baixada Fluminense. Posteriormente um laudo confirmou que a causa da morte foi uma hemorragia interna decorrente de procedimento abortivo.

Diante do quadro evidenciado acima, demonstra-se, de maneira inequívoca, que a criminalização do aborto no Brasil, através da tipificação da conduta pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, ao contrário de efetivar a proteção à vida, vem causando verdadeiras violações aos direitos fundamentais de milhões de mulheres brasileiras.

Como visto, em que pese a criminalização da prática, os dispositivos penais não impedem que as mulheres tenham acesso a procedimentos abortivos que, realizados à margem de proteção do Estado, implicam em milhares de mortes e danos gravíssimos à saúde destas.

A construção jurídica em torno da criminalização do aborto denuncia uma ideologia – naquele sentido anteriormente explicitado, vale dizer, o "conjunto de representações intersubjetivas que influenciam os comportamentos sociais" (COELHO, 2016, p. 147) – presente na época da promulgação do Código Penal, nos anos 40. O contexto social exigia que o Estado, aliado aos fundamentos religiosos muito mais presentes na sociedade daquele período do que atualmente, reprimisse a conduta da gestante, tanto pela sua condição de mulher, como também por eventualmente denunciar mazelas conjugais.

Diante deste cenário, resta evidenciado que o dogma da criminalização do aborto no Brasil necessita de uma urgente revisitação, sobretudo através de um enfrentamento zetético da polêmica.

4 ASPECTOS POLÍTICOS: O ABORTO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA.

De acordo com o evidenciado, uma interpretação zetética da criminalização do aborto no Brasil, com base nos princípios e garantias fundamentais insculpidas na Constituição da República, aliado aos diversos dados sociológicos que demonstram a recorrente prática do aborto no Brasil, permite falar na necessidade de uma mudança na forma de se enfrentar o tema nos tribunais pátrios.

É chegada a hora de se resolver a questão do aborto, ainda imersa num contexto de imoralidade, e que vem se resumindo na dicotomia direito à vida do feto e direitos da mulher grávida, por uma nova perspectiva, não apenas como um problema jurídico brasileiro, mas também como um verdadeiro problema de saúde pública.

Além da perspectiva zetética a autorizar uma nova visão do tema, é preciso tecer comentários a respeito de uma possibilidade de interpretação crítica da criminalização do aborto. Para trilhar este caminho, resgatam-se os ensinamentos do professor Luiz Fernando Coelho, cujas palavras são imprescindíveis para o estabelecimento de uma premissa básica acerca do tema (COELHO, 2017, p. 147-148):

> A orientação zetética converge para a orientação crítica. É uma aproximação, uma ponte que liga a dogmática ao pensamento crítico do direito. A orientação crítica inicialmente questiona o alcance ideológico das posturas dogmática e zetética. Ideologia neste contexto alude ao conjunto de representações intersubjetivas que influenciam os comportamentos sociais. Ela sofre a atuação de todos os fatores psicossociais que acabam por amoldar a conduta das pessoas, inclusive a mídia e a indústria cultural. Convicções religiosas, diretrizes éticas, tipos de educação, folclore, costumes e tradições, são alguns desses fatores. [...] A orientação crítica enfatiza a evidência de que os grupos que dispõem da maior parcela do poder social, grupos macrossociais hegemônicos, procuram apoderar-se dos instrumentos que disseminam tais convicções e levam os indivíduos a aceitarem como verdadeiro, valido ou justo aquilo que interessa à manutenção da hegemonia. [...] Aí é que entra a crítica do direito, a denunciar o uso ideológico das construções jurídicas.

Os dados apontados neste artigo demonstram de maneira evidente que a questão abortivista merece análise não apenas do ponto de vista dos ensinamentos jurídicos incidentes, mas, sobretudo, por uma perspectiva crítica que reconheça que o tema é, fundamentalmente, uma questão de saúde pública.

Em especial, destaca-se que a proibição da prática do aborto pela legislação penal não está impedindo a realização dos procedimentos abortivos por parte das mulheres. Como visto, cerca de 67% das mulheres que realizam aborto ilegal no Brasil acabam por necessitar de serviços de saúde pública, incluindo-se o fornecimento de medicamentos e de internações. Outrossim, a prática ilegal do aborto está entre as maiores causas de morte de gestantes, chegando a números assustadores em países pobres ou em desenvolvimento. Além disso, está que o acesso aos métodos contraceptivos, sobretudo

entre as mulheres de baixa renda e de baixa escolaridade, estão em números insignificantes – denunciando, além de um problema de saúde pública, um problema de educação e esclarecimento da população.

Vale dizer que, atualmente, somente três países da Europa proíbem a prática do aborto: Malta, Irlanda e Polônia. O primeiro, por sua forte ligação com o Vaticano. Os dois últimos, por apenas autorizarem nos casos de risco de morte da mãe, gravidez decorrente de estupro ou em casos anencefalia. Isso demonstra que os países europeus, tidos como os de maior desenvolvimento econômico e cultural, decidiram ultrapassar a questão do aborto e enfrentá-la como uma questão que envolve os direitos fundamentais das mulheres e, sobretudo, por um viés que encara a matéria como uma questão de saúde pública.

Para trazer o tema à realidade sul-americana, convém registrar os resultados obtidos pelo Uruguai, que legalizou a prática do aborto no ano de 2012. De acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde do país cisplatino, o número de mulheres que decidiram levar adiante a gravidez após solicitar um aborto legal cresceu em 30% em 2014, em comparação com o ano anterior. Ironicamente, a permissão da prática do aborto no Uruguai aumentou o número de mulheres que decidiram manter a gravidez após a prestação de serviço de saúde pública por parte do Estado. De acordo com a ex-diretora de Saúde Sexual e Reprodutiva do Ministério da Saúde do Uruguai, os dados demonstram que a lei vem cumprindo seu papel. "Não é uma lei que promove o aborto, mas a reflexão". Além disso, de acordo com os registros oficiais, nenhuma morte aconteceu no período de vigência da nova lei.[8]

Segundo os ensinamentos de Maria Isabel Baltar da Rocha (2004, p. 2-3), no Brasil, políticas públicas sobre o aborto se concretizaram, timidamente, em alguns estados e municípios, por meio da criação de serviços de assistência ao aborto permitido no Código Penal. Esses serviços se encontram em alguns hospitais da rede pública do país, com destaque para o Hospital Municipal de Jabaquara, em São Paulo, um dos pioneiros neste ramo, que implantou o Programa Aborto Legal, em 1998. No mesmo ano o Ministério da Saúde elaborou uma nota técnica, denominada "Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes de Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes" que incluiu o atendimento às mulheres com gravidez decorrente de estupro.

---

[8] Uruguai: após legalização, desistência de abortos sobe 30%. <https://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe0,2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46 d0RCRD.html>. Acessado em 3.abril.2017.

Os tímidos passos do Poder Executivo brasileiro na discussão do aborto como um problema de saúde pública, e também como uma temática afeta às políticas públicas do Governo, tem relação não só com os tabus e preconceitos morais que permeiam o tema em questão, mas também com a própria tardia redemocratização brasileira. Neste sentido, a mesma pesquisadora Maria Isabel Baltar da Rocha explica (2006, s.p.):

> Com o fim da ditadura militar, em 1985, as mulheres ampliaram sua luta para ocupar espaços políticos na esfera do Executivo e, nesse cenário, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). Logo em seu início, esse exerceu um importante papel mobilizador dos movimentos de mulheres, inclusive do movimento feminista, em relação à Assembléia Nacional Constituinte – durante sua preparação, em 1986, e no processo constituinte, em 1987 e 1988. Nesse quadro, destaca-se a *Carta das Mulheres*, documento dirigido aos constituintes, contendo princípios e reivindicações, entre eles o direito à interrupção da gravidez (questão acordada no processo constituinte para não ser submetida àquela Assembléia). Em tal processo foram também incorporadas resoluções da 1ª Conferência Nacional de Saúde e Direitos da Mulher, chamada pelo Ministério da Saúde e realizada em 1986 (ROCHA, 1993).

Com efeito, a partir da redemocratização do Brasil, do fortalecimento da sociedade civil brasileira, as questões sobre aborto foram crescendo em visibilidade, ampliando-se o debate, mas a questão permanece tensionada no Parlamento, com tendências opostas, forçando o Poder Judiciário a ditar as regras do jogo, afastando, novamente, o enfrentamento da questão como um problema de saúde pública.

Para Gastão Wagner de Sousa Campos, em seu artigo "Saúde pública e saúde coletiva: campo e núcleo de saberes e práticas", publicado no ano de 2000 na revista científica "Ciência & Saúde Coletiva", "em primeiro lugar é preciso assumir explicitamente que a saúde pública é uma construção social e histórica e que, portanto, depende de valores, ou seja, é resultante da assunção e da luta de alguns valores contra outros". Nada mais coerente com a questão valorativa do aborto no Brasil hoje: se por um lado tem-se a dignidade da mulher como sujeito de direitos, de outro os pretensos valores de uma sociedade ainda impregnada com moralismos do senso comum.

Assim, partindo da ideia acima proposta, da construção da saúde pública como uma realidade social, é preciso refazer o curso da história do abortamento no Brasil. Como já mencionado diversas vezes no presente artigo, a legislação não tem acompanhado a realidade social, na qual o aborto é, reitera-se, uma constante no cotidiano da mulher brasileira, especialmente aquelas com menos acesso aos bens de consumo, vale dizer, a mulher mais pobre. Para a construção de uma eficaz política pública sobre o assunto, além das alterações propostas com a ADPF ora em estudo, a ampliação do debate, liberto de

falsos moralismo, a construção de um diálogo com as adolescentes, e eficazes meios de publicidade governamental sobre o assunto são imprescindíveis.

Além dessas propostas, é preciso a formação de um corpo profissional habilitado, capacitado, e emocionalmente preparado para o enfrentamento da questão. É que, com uma descriminalização do aborto em vista, é preciso que a rede pública esteja apta a receber, de forma legal, uma realidade já existente. Médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagens, além da estrutura dos hospitais da rede pública, devem estar prontos para receber, com seriedade e competência, as inúmeras mulheres que buscam a interrupção voluntária da gestação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com as considerações suscitadas, destacou-se que a interpretação dogmática da criminalização do aborto tem ligação estreita com o princípio da legalidade, estampado na Constituição da República Federativa do Brasil. Isso porque, a aplicação dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro (1940). Tal dogma jurídico é emanado, inegavelmente, de um aspecto eminentemente religioso/moral, e que necessita de ser problematizado e revisitado. Como igualmente destacado, destacou-se que a mera aplicação dogmática da lei penal, sem qualquer esforço interpretativo a respeito da sua harmonia com outros preceitos constitucionais, implica em verdadeiras afrontas aos direitos humanos das mulheres.

Foi a partir de um apontamento de uma possibilidade de interpretação zetética do Direito que se pretendeu a problematizar a aplicação da norma penal em debate. Em especial, destacou-se que o princípio da legalidade, fundamente do dogma registrado, não está em harmonia com diversos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a proteção à vida, saúde, planejamento familiar, cidadania, entre outros foram os norteadores da interpretação. De acordo com tal perspectiva zetética, foi possível identificar a violação de tais preceitos frente à criminalização do aborto pela legislação penal, apontando para uma interpretação alternativa, a permitir a realização do aborto no Brasil.

Como último viés de interpretação, evidenciou-se que a interpretação crítica desvela a ideologia por trás da criminalização, trazendo para o direito a questão metajurídica da saúde pública, levando a considerações as críticas sobre a criminalização:

a manutenção da proibição do aborto não mais se compatibiliza com o recorte histórico e social vivido hoje.

Para condensar a problemática proposta, denunciou-se que, pela interpretação dogmática dos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro, não haveria lesão à Constituição Federal ou ao ordenamento jurídico como um todo. No entanto, a partir das leituras e interpretações zetética e crítica que se pode verificar a fundamentação necessária à construção da lógica acerca da inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil.

Nas palavras de Debora Diniz (1992), "enfrentar com seriedade o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entende-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres levianas".

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.** *Revista dos Tribunais*, v. 919, ano 101, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de outubro de 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, ago. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>. Acesso em: 16 abr. 2017.

CAMPOS, Gastão Wagner da Sousa. **Saúde Pública e Saúde Coletiva: campo e núcleo de saberes e práticas.** Ciência & Saúde Coletiva. 2000, p. 219-230.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. 4. Ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016.** *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 16 abr. 2017.

DINIZ, Debora. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, 1992-1993.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1994.

GONÇALVES, Tamara Amoroso, Coord.; LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros.** São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2014.** Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017

KASSEBAUM, Nicholas J. *et al*. **Global, regional, and national levels and causes of maternal mortality during 1990–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013**. *The Lancet*, v. 384, n. 9947, p. 980-1004, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(14)60696-6/abstract>. Acesso em: 16 abr. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16, ed, ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese.** Revista Brasileira de Estudos de População. V. 23, n. 2. 2006.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **Planejamento familiar e aborto: discussões políticas e decisões do Parlamento.** Núcleo de Estudos de População/UNICAMP. 2004.

ROSADO NUNES, Maria José Fontelas. **O aborto sob o olhar da religião: um objeto à procura de autoras.** Revista Estudos de Sociologia. V. 17, n. 32, 2012.

SAY, Lale *et al*. **Global causes of maternal death: a WHO systematic analysis**. *The Lancet Global Health*, v. 2, n. 6, p. e323–e333, 2014. Disponível em: <http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(14)70227-X/abstract>. Acesso em: 16 abr. 2017

SINGH, Susheela; DARROCH, Jacqueline E.; ASHFORD, Lori S. **Adding it up: the costs and benefits of investing in sexual and reproductive health 2014**. New York: Guttmacher Institute, 2014. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/adding-it-costs-and-benefits-investing-sexual-and-reproductive-health-2014>. Acesso em: 16 abr. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION SCIENTIFIC GROUP. **Spontaneous and induced abortion.** Geneva: World Health Organization, 1970. (World Health Organization Technical Reports Series, n. 461. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/38211/1/WHO_TRS_461.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2017.