VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE DA GRAÇA MOURA

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

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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 e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura; Flavia Piva Almeida Leite; Heron José de Santana Gordilho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-486-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Princípios. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

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

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo PARTICIPAÇÃO, ACESSIBILIDADE E A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, das professoras Flávia Piva Almeida Leite e Caroline Kraus Luvizotto, ambas doutoras em Direito, que discutem a participação, a acessibilidade digital e a efetiva inclusão social das pessoas com deficiência física.

A seguir, o professor doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, apresenta, juntamente com o mestrando do seu programa, Yuri Fernandes Lima, o artigo A REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO ALTERNATIVA PARA GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL DE DIREITOS, que reivindica a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas como alternativa para garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais.

A professora Adriane Patrícia dos Santos Faria, do Curso de Direito do UNILAVRAS e Alline Luiza de Abreu Silva, tutora do EAD do Curso de Administração Pública, apresentam o artigo denominado A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: UM CONTEXTO DA PROCLAMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS VIOLAÇÕES, que analisa o Direito da Criança e do Adolescente a partir do principio da proteção integral e das violações desses direitos fundamentais.

Na sequência, a professora Meire Aparecida Furbino Marques, doutoranda em direito da PUC /MG, no artigo A LAICIDADE DO ESTADO E A EXPOSIÇÃO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM PRÉDIOS PÚBLICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, analisa - a partir da proteção do direito do cidadão de expressar a sua religiosidade nos termos da lei - os limites do Estado nos países expressamente laicos.

O professor Doutor Francivaldo Gomes Moura, da Universidade Federal de Campina Grande, em A DIGNIDADE HUMANA: UMA PERSPECTIVA DE LIGAÇÃO ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DE DIREITO, aborda a relação entre a cidadania, a dignidade humana e o Estado de Direito, reivindicando a função estrutural do Direito de assegurar a dignidade da pessoa humana, servindo como filtro contras as injustiças, arbitrariedades, abusos e retrocessos sociais.

Avançando os trabalhos, a professora Débora Silva Melo, da Universidade Federal de Viçosa, campus Rio Paranaíba, Doutoranda em Direito Público pela PUC/Minas, em artigo intitulado ABORTAMENTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO ACERCA DA RECENTE DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS RJ 124.306 PELA BUSCA DO QUE RESTOU ENCRIPTADO, à luz da Teoria Crítica de Ricardo Sanín Restrepo, analisa a decisão do STF no Habeas Corpus RJ 124.306 que reacendeu o debate sobre o aborto no Brasil.

Finalizando as apresentações, Dalvaney Aparecida de Araújo e Erica Patricia Moreira de Freitas, mestrandas em Direito pela Universidade de Itaúna/MG, em A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NAS REDES SOCIAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DO ÓDIO? , analisam a liberdade de expressão e o discurso de ódio nas redes sociais, a partir do caso Kaylane, a criança que sofreu uma agressão física por pertencer à uma religião de matriz africana.

Coordenadores(as):

Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura (UMinho)

Heron José de Santana Gordilho (UFBA)

Flávia Piva Almeida Leite (UNESP)

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

ABORTAMENTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E DE DIREITO COMPARADO ACERCA DA RECENTE DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS RJ 124.306 PELA BUSCA DO QUE RESTOU ENCRIPTADO

ABORTION: A HISTORICAL AND COMPARATIVE RIGHT ANALYSIS ABOUT THE RECENT DECISION OF THE STF IN THE HABEAS CORPUS RJ 124.306 FOR THE SEARCH OF WHICH HAS RESERVED ENCRYPTED

Débora Silva Melo [1]

Resumo

O presente artigo visa realizar um estudo acerca do abortamento, propondo um resgate histórico acerca do papel da mulher na sociedade, bem como do lócus ocupado pelo exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Após, faz-se uma análise acerca do tratamento do assunto no Direito Comparado, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha para, por fim, chegar ao ordenamento pátrio, culminando no exame do recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 124.306 do estado do Rio de Janeiro, através de questões que entende-se foram veladas/encriptadas.

Palavras-chave: Abortamento, Decisão recente do stf, Encriptação

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to conduct a study on abortion, proposing a historical rescue on the role of women in society, as well as the locus occupied by the exercise of their sexual and reproductive rights. Afterwards, an analysis is made of the treatment of the subject in Comparative Law, especially in the United States and Germany, in order to finally arrive at the country's order, culminating in the examination of the recent judgment rendered by the Federal Supreme Court in Habeas Corpus 124.306 State of Rio de Janeiro, through issues that are understood to be veiled / encrypted.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Recent decision of stf, Encryption

[1] Professora Assistente da Universidade Federal de Viçosa, campus Rio Paranaíba. Doutoranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar um estudo acerca do abortamento, propondo um resgate histórico acerca do papel da mulher na sociedade, bem como do *lócus* ocupado pelo exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Após, faz-se uma análise acerca do tratamento do assunto no Direito Comparado, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha para, por fim, chegar ao ordenamento pátrio, culminando no exame do recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 124.306 do estado do Rio de Janeiro, através de questões que entende-se foram veladas/encriptadas.

1 – UM RESGATE HISTÓRICO DO TEMA

O estudo acerca da temática do abortamento está intimamente ligado à questões outras relativas à gênero, aos direitos reprodutivos, aos direitos sexuais e a uma crescente e necessária ampliação de condições do exercício da autonomia individual, disseminadas pelo movimento feminista, mas, também, à formas de controle de natalidade, controle populacional, soberania da nação e até mesmo a ascensão de ideias eugênicas.

Sobre um breve resgate histórico do assunto, desde os primórdios da humanidade, Hungria pontua:

> No que se refere aos precedentes históricos, a prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tabuas e as leis da Republica não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo.Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido a prole sendo sua pratica castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio. (HUNGRIA, 1981, p.268)

---

1) A expressão "encriptado" é aqui utilizada, pautada nos estudos dos seus autores Gabriel Mendes Hincapíe e Ricardo Sanin Restrepo (2012), os quais defendem que esta tem sua origem no sistema norte americano e de acordo com grande parte desse fenômeno se dá pela supremacia do Judiciário que tem sua origem no precedente americano *Marbory vs. Madison*. A partir desse julgado, o direito foi transformando o conteúdo político da Constituição em técnico jurídico. Assim, os direitos garantidos na Constituição passam a necessitar de interpretação, que só pode ser realizada pelos operadores do direito. A Constituição se torna um documento jurídico e, não, democrático, isto é passível de interpretação por todos. Os direitos precisam ser interpretados pelos juízes, ministros, enfim, pelo Judiciário que se pauta na maioria das vezes em doutrinas que servem para retroalimentar esse sistema.

Já o autor Capez cita que:

> Na idade média o teólogo Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava correr quarenta ou oitenta dias após a concepção segundo se tratasse de varão ou mulher. Já, são Basílio, não admitia qualquer distinção, considerando o aborto sempre criminoso. (CAPEZ, 2004, p. 108-109)

No Velho Testamento, também, se pode considerar que as crianças são vistas como uma benção. A primeira benção sobre o homem foi sagradas escrituras - Bíblia Sagrada - Gen. 1,28 Genesis.1,28 "Crescei e multiplicai-vos, povoai e submetei a terra."

Percebe-se que no meio dessa civilização o aborto era tido como algo reprovável. Assim, a posição tradicional da Igreja é rechaçar a hipótese de aborto, sendo uma questão extremamente polêmica, pois envolve conceitos religiosos, ou seja, crenças de um povo.

Esta benção foi renovada com Noé (Gen 9,7) Bíblia Sagrada, Gen.9,7:

> "Uma esposa como a videira fecunda no interior de sua casa e os filhos como rebentos de oliveira ao redor de sua mesa", sendo que o contexto, de ambas as passagens, mostra que se trata mais de um dom do que de um verdadeiro preceito. Na sociedade do Velho Testamento as crianças eram tidas como um dom de Deus e como uma recompensa para a fé nele. Para aquele homem que teme ao Senhor e segue seus caminhos, os Salmos prometem.

Assim, a posição tradicional da Igreja é repelir a prática do aborto, sendo, portanto uma questão de grande repercussão, pois envolve questões religiosas, ou seja, crença de um povo.

A fim de adentrar e aprofundar o estudo do abortamento, necessário se faz antes realizar uma digressão histórica acerca do papel da mulher na sociedade, bem como do *lócus* ocupado pelo exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Para tanto, será utilizado como referencial teórico, nesse aspecto, a obra "A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX", de autoria da cientista social, mestre e doutora em Antropologia Social, Fabíola Rohden.

Referida autora propõe uma recuperação histórica da sexualidade e da reprodução no Brasil, em sua obra, demonstrando que se por um lado difunde-se cada vez mais o discurso da autonomia individual e de que sexo e reprodução são instâncias pertinentes à decisão privada, por outro, as regras e orientações que as vêm gerindo, mostram-se claramente com viés de expressão gestora de interesses públicos. E o porquê dessa ingerência pública explica-se pelo fato de que:

> É imprescindível dizer que essas questões estão centradas na dimensão das relações de gênero, que traduzem, sobretudo, relações de poder. O controle sobre a capacidade reprodutiva é um dos nódulos centrais sobre os quais se constroem as prerrogativas em torno das capacidades e das funções sociais de cada gênero. Evidentemente, a proposição de novas formas de contracepção ou a adoção mais regular, por parte das mulheres, de determinada prática, introduz novos alvos de disputa. (ROHDEN, 2003, p. 15)

Essa constatação revela-se interessante e pode ser corroborada pelo fato de que nas sociedades primitivas a mulher ocupava uma posição de igualdade e mesmo de superioridade em relação ao homem. Devido aos casamentos múltiplos, a linha de parentesco era dada pela mãe, isto é, a descendência se contava em linha feminina - é o direito materno (matriarcado). Quando, mais tarde, correspondendo ao aparecimento da propriedade privada dos rebanhos e, depois, da terra, o direito materno foi derrubado, a linha de descendência passou a se fazer pelo pai, a fim de se garantir o direito dos filhos à herança (patriarcado). Começou-se, então, a exigir da mulher a virgindade, antes do casamento, e a fidelidade conjugal, depois dele. A monogamia foi a condição imposta, principalmente à mulher, para garantir ao homem a certeza da paternidade e legitimar os filhos com direito à herança (partilha dos bens após a morte do pai). Tudo isso representa, segundo Rohden, a ascensão de ideias eugênicas e higienistas/sanitaristas.

É nesse contexto, por exemplo, que a Medicina, a serviço do Estado e do ordenamento jurídico, começa a despertar um interesse profundo sobre especialidades médicas dedicadas ao estudo da mulher e da família (Ginecologia, Obstetrícia, Pediatria, etc). Fabíola Rohden, em seu trabalho, pesquisa diversas teses da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, datadas do final do século XIX, onde os médicos exerciam a função de consultores sobre questões de casamento.

Rohden cita a tese de título sugestivo do médico Frederico Augusto dos Santos Xavier (1876), "*Dos casamentos do ponto de vista higiênico*", onde o autor reprova os "casamentos arranjados" da época, ao argumento de levarem sofrimento à prole, realiza estudos dos padrões genéticos e das moléstias hereditárias dos nubentes, defende que o casamento serviria como uma barreira à corrupção e à imoralidade, define e discute a idade mais conveniente para o casamento (onde o ideal seria entre 24 e 25 anos para homens e 19 e 20 anos para as mulheres), garantido, por fim, uma reprodução mais saudável. O atendimento aos aconselhamentos do médico higienista era o caminho para o sucesso do casamento e, consequentemente, do próprio futuro da nação e da espécie.

O rompimento dos laços conjugais - o divórcio - que antes podia ser feito por qualquer um dos cônjuges (homem ou mulher), em algumas sociedades passou a ser privilégio do homem. Idealizou-se o papel biológico feminino: a maternidade foi "santificada" e passou a ser questão de estado. Como exemplo, ocorreram vários eventos no Brasil por ocasião da Era Vagas, em defesa das “mulheres-mães” e em prol da infância.

Tais modificações ocorriam no nível jurídico-ideológico da sociedade, porquanto o papel econômico da mulher continuava tão importante quanto o do homem, por exemplo, na agricultura, base da maior parte das sociedades antigas. Talvez por isso, ainda hoje, as mulheres ainda não conquistaram posição de destaque e igualdade no mercado de trabalho, em relação aos homens.

A opressão da mulher não foi produto da mente "má" dos homens individualmente, mas uma exigência objetiva da propriedade privada dos meios de produção, quando a mulher também se tornou um objeto do homem - tal qual a terra, o gado, os escravos etc.

Ressalta a autora estudada o fato de a sociedade ainda se encontrar centrada em padrões que refletem a divisão de tarefas, apregoando às mulheres funções reprodutivas e de cuidado da família (basta atentar para o que dispõe o texto constitucional do art. 226, bem como pelo fato de que mulheres ainda sofrem discriminação no mercado de trabalho), até o final do século XVIII e início do século XIX as mulheres dispunham de um número mais limitado de mecanismos contraceptivos e que a partir do final do século XIX e início do século XX esse número ampliou-se, tornando mais comum o seu uso e também mais acessível. A acessibilidade e o uso comum de contraceptivos, incluindo aí o abortamento e a prática do infanticídio, representaram uma verdadeira ameaça às prerrogativas, capacidades e funções das relações de gênero/poder, cuja conseqüência última seria a ameaça à própria perpetuação da espécie, colocando em risco a sociedade e a soberania da própria nação.

São essas as questões subjacentes à aceitação/legalização do abortamento, as quais já foram decididas há milênios e as são todos os dias, aniquilindo a vida de mulheres, a maioria vulneráveis econômica e socialmente, que, no desespero de sacrificar uma vida provável para proteger a sua, acaba por se colocar em risco, o que

nos dizeres do contista Lima Barreto (1915) revela "a estupidez da lei que, para proteger uma vida provável, sacrifica duas."[2]

2 O ABORTAMENTO NO DIREITO COMPARADO – ESTUDO DE CASO NOS ESTADOS UNIDOS E NA ALEMANHA

O item que se segue debruçará sobre os casos paradigmáticos sobre abortamento nos Estados Unidos, através da análise do famoso caso *Roe* vs. *Wade* e na Alemanha, através de 2 (duas) decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, uma da década de 1970 e a outra da década de 1990.

O que há de comum nas decisões analisadas em ambos os ordenamentos jurídicos é exatamente a tensão existente entre os direitos sexuais da mulher pertencer à órbita privada ao mesmo tempo em que sofrem verdadeira ingerência pública, a fim de se tutelar a vida em desenvolvimento.

A) Roe vs. Wade

Em 1970, Norma L. McCorvey (nome fictício "Jane Roe"), por meio de sua advogada, ingressou com um Processo no Texas, argumentando que sua gravidez tinha sido resultado de um estupro. Henry Wade, procurador do Condado de Dallas, representava o Estado do Texas, que defendia a proibição do aborto. Esse caso ficou

---

2) A Lei

"Este caso da parteira merece sérias reflexões que tendem a interrogar sobre a serventia da lei.

Uma senhora, separada do marido, muito naturalmente quer conservar em sua companhia a filha; e muito naturalmente também não quer viver isolada e cede, por isto ou aquilo, a uma inclinação amorosa.

O caso se complica com uma gravidez e para que a lei, baseada em uma moral que já se findou, não lhe tire a filha, procura uma conhecida, sua amiga, a fim de provocar um aborto de forma a não se comprometer.

Vê-se bem que na intromissão da "curiosa" não houve nenhuma espécie de interesse subalterno, não foi questão de dinheiro. O que houve foi simplesmente camaradagem, amizade, vontade de servir a uma amiga, de livrá-la de uma terrível situação.

Aos olhos de todos, é um ato digno, porque, mais do que o amor, a amizade se impõe.

Acontece que a sua intervenção foi desastrosa e lá vem a lei, os regulamentos, a polícia, os inquéritos, os peritos, a faculdade e berram: você é uma criminosa! você quis impedir que nascesse mais um homem para aborrecer-se com a vida!

Berram e levam a pobre mulher para os autos, para a justiça, para a chicana, para os depoimentos, para essa via-sacra da justiça, que talvez o próprio Cristo não percorresse com resignação.

A parteira, mulher humilde, temerosa das leis, que não conhecia, amedrontada com a prisão, onde nunca esperava parar, mata-se.

Reflitamos, agora; não é estúpida a lei que, para proteger uma vida provável, sacrifica duas? Sim, duas porque a outra procurou a morte para que a lei não lhe tirasse a filha. De que vale a lei?"

famoso em todos os Estados Unidos como *Roe vs. Wade*. O Tribunal estadual decidiu em favor de Jane Roe, porém, se recusou a mudar a legislação para legalizar o aborto.

O caso foi levado ao Tribunal de Apelação e chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte em 1973 decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade, sob a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda, podia decidir, por si mesma, a continuidade ou não da gravidez. O direito à privacidade era considerado um direito fundamental, sob a proteção da Constituição dos Estados Unidos, e, portanto, nenhum dos Estados confederados poderia legislar contra ele.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) finalmente foi decidido pelo Suprema Corte dos Estados Unidos, dando lugar a uma decisão histórica em matéria de aborto. Segundo esta decisão, a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violavam o "direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da 'Décima Quarta Emenda'" da Constituição. A decisão obrigou a modificar-se todas as leis federais e estaduais que proscreviam ou restringiam o aborto e que eram contrárias à decisão.

Esta decisão da Suprema Corte foi interpretada como a 1ª despenalização do aborto para os 50 Estados da União.

"Jane Roe" deu à luz sua filha enquanto o caso ainda não havia sido decidido. O bebê foi encaminhado para adoção.

Em 1987, McCorvey admitiu que, na realidade, não havia sido violada por uma gangue, tal como havia declarado. Sarah Weddington, a advogada que litigou no caso *Roe vs. Wade* na Supremo Corte explicou, em um discurso dado no Instituto de Ética da Educação, em Oklahoma, por que se utilizara das falsas acusações de estupro até chegar ao Suprema Corte, alegando que acreditava que as chances de se obter a autorização para o aborto, com a alegação do estupro, seriam mais bem sucedidas.

Roe v. Wade é um dos casos mais controvertidos e politicamente significativos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos. Outro caso sobre a mesma matéria, *Doe v. Bolton*, foi decidido na mesma época.

O conteúdo central de *Roe v. Wade* é que *o aborto deve ser permitido à mulher, por qualquer razão, até o momento em que o feto se transforme em "viável", ou seja, torne-se potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial*. A

viabilidade é alcançado por volta dos 7 meses (28 semanas), mas pode ocorrer antes, inclusive dentro das 24 semanas inicias. Depois desta "fronteira da viabilidade", a Corte sustentou que o aborto deve estar disponível sempre que for necessário para proteger a saúde da mulher, o que a Corte definiu amplamente no caso *Doe vs. Bolton*.

Julgando o caso "Roe *versus* Wade", a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o Estado pode proibir o aborto apenas depois da 24ª semana, quando o feto atinge a viabilidade, reconheceu o direito da mulher de escolher interromper ou não a gravidez, como um direito integrador da *privacy (*liberdade pessoal), garantido pela 14ª Emenda da Constituição Americana e afirmou que o feto não é pessoa em termos constitucionais, que existe o direito fundamental ao controle pessoal da capacidade de procriação e que a lei não pode impor a ninguém o sacrifício de si próprio por outra pessoa.

O caso *Roe vs. Wade* é o caso emblemático sobre o aborto, até os dias atuais, pelas questões que levanta. Entre elas: quando e em que medida o aborto deve ser considerado ilegal; quem deve decidir se o aborto é ou não ilegal; que métodos deve usar o Supremo Tribunal quando estiver adjudicando direitos constitucionais; e que papel podem ter os enfoques religiosos e morais particulares na esfera pública. *Roe vs. Wade* transformou a política nacional, dividindo o país em pro-Roe (pró-escolha) e anti-Roe (pró-vida), inspirando um forte ativismo de ambos os lados.

Os críticos de *Roe* argumentam que a decisão é ilegítima por que desvia-se do texto e da história da Constituição, impondo a política do aborto a todos os Estados Unidos. Outra crítica argumenta que a opinião da maioria não pode reconhecer os direitos da vida fetal da concepção em diante. Os partidários de *Roe*, por sua vez, descrevem *Roe vs. Wade* como vital para a preservação da igualdade dos direitos da mulher, de sua privacidade e de sua liberdade pessoal.

Antes disso, em 1965, depois de uma grande mobilização a favor da legalização do aborto, Colorado e Califórnia, nos EUA, legalizaram o aborto em alguns casos; e, em 1970, Nova Iorque admitiu o aborto com menos de 24 semanas.

E, apesar das violentas reações contra essa decisão, especialmente do extremista movimento Pro Life, prevaleceu a propensão americana de que os direitos devem ser

examinados sob a ótica dos direitos fundamentais e o aborto foi proclamado como uma prática constitucional.

Contudo, o Presidente norte-americano Donald John Trump, do Partido Republicano, quando de sua candidatura no ano de 2016, já sinalizou que a lei do aborto vigorará até que seja modificada. Assim, por se tratar de um Presidente conservador, praticante e adotante de políticas extremamente protecionistas, não será surpresa caso sugira a modificação da legislação norte-americana sobre o aborto, mormente se se atentar para a questão de preservação da própria soberania norte-americana.

B) As Decisões Alemãs

Antes da Reforma de 1974, o aborto na Alemanha era tipificado criminalmente, em termos genéricos, mas, admitiam-se causas excludentes de ilicitude. Ex: "estado de necessidade" (risco de morte para a mãe).

O que a 5ª Reforma do Direito Penal propôs: A) cabimento de pena, somente, após o 13º dia após a concepção;
B) se praticado por médico, com a concordância da grávida, não seria punido, desde que não tivesse passado 12 semanas; C) Se praticado por médico, com a concordância da grávida, após 12 semanas, também não seria punido, se houvesse indicação das ciências medicinais, para evitar risco de morte à mulher, ou, se o filho fosse constatado com alguma deficiência insanável, por disposição genética ou influências danosas (aborto eugênico), desde que a gestação não tivesse alcançado 22 semanas. → (Inexigibilidade de conduta diversa da mulher no prosseguimento da gravidez); D) A punição com sanção penal recaia para quem fizesse o aborto. A mulher mesmo não era punida.

O Tribunal Constitucional Alemão considerou NULA tal reforma e decidiu que a mesma NÃO seria apta a cumprir o dever constitucional de proteger, na extensão ordenada constitucionalmente, a vida em desenvolvimento e determinou que até a vigência de uma nova regulamentação, fossem adotadas formas de regulamentação da indicação.

Os argumentos ventilados pela Corte Constitucional alemã foram: Primeiro, a vida intra-uterina encontra-se sob proteção da Constituição como bem jurídico independente. Onde houver vida humana, caberá dignidade humana, ainda que o seu

titular dela não tenha consciência. Desse modo, o Estado deve proteger e fomentar essa vida, mesmo em face da mãe, uma vez que o nascituro é um ser humano independente.

> "O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade, que tem como conteúdo a liberdade de ação em sentido abrangente, incluindo, assim, também a responsabilidade da mulher de decidir autonomamente contra uma maternidade e os deveres desta oriundos, pode, igualmente, buscar reconhecimento e proteção. Esse direito, porém, não é ilimitadamente garantido – o direito dos outros, a ordem constitucional, e a lei moral [Art. 2 I, in fine GG] limitam-no. Ele jamais poderá por princípio abranger o poder de interferir na esfera protegida de outrem, sem uma causa que o justifique, ou até mesmo de, juntamente com a vida, destruí-la, muito menos quando, pela natureza do caso, estiver presente uma responsabilidade especial justamente para com essa vida."

Não é possível uma equalização que garanta a proteção da vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, visto que este sempre significa a aniquilação da vida intra-uterina. Na ponderação, por isso mesmo necessária, "... os dois valores constitucionais devem ser vistos como ponto central do sistema de valores da constituição em sua relação com a dignidade humana" (BVerfGE 35, 202 [225]). Numa orientação pelo Art. 1 I GG, a decisão deve ser tomada em favor da prioridade da proteção à vida do nascituro contra o direito de livre escolha da gestante. Esta pode ser atingida pela gestação, parto e educação da criança em muitas possibilidades do desenvolvimento da sua personalidade. Em contrapartida, a vida do nascituro será aniquilada pelo aborto.

Por isso, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes [sic] 251 protegidas pela Grundgesetz, observando-se o pensamento básico do Art. 19 II GG, deve prevalecer a vida do nascituro. Essa prevalência vale por princípio durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de "carência", via de regra, de três meses contados a partir da concepção]. Esse fora o segundo argumento utilizado pelo Tribunal, qual seja, o de que a proteção não pode ser relativizada por um período de carência.

O terceiro argumento adotado pela Corte foi o de que o legislador para reprovar o aborto e garantir uma efetiva proteção ao bem jurídico tutelado, poderia recorrer a outra forma, diversa da tipificação penal (Princípio da *Ultima Ratio* e Subsidiariedade). Ou seja, poderia o Estado forçar o prosseguimento da gravidez, sem o instrumentário do direito penal?

“Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.”

Sobre esse terceiro argumento, merece destaque o voto divergente de 2 (dois) juízes *Rupp* e *Simon*, os quais entenderam que a utilização de outros meios de reprovação de conduta, que não a tipificação penal, refletiam mais adequadamente o espírito da Constituição.

> “Sua tentativa de tentar fomentar a proteção da vida nos estados contemporâneos de uma provavelmente crescente incapacidade do Estado e da sociedade por meio de meios socialmente mais adequados pode ser incompleta; todavia, ela corresponde mais ao espírito da Grundgesetz do que a exigência de pena penal e reprovação.”

Assim, depois que o Tribunal Constitucional Alemão, na primeira decisão (Urteil) sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, cf. supra, decisão 23) de 25 de fevereiro de 1975, declarou as novas regras sobre o aborto em parte como nulas, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), de 18 de maio de 1976, e com ela a assim chamada regra da indicação válida até 1992.

O que essa regulamentação de indicação previu até 1992:
A) o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro do prazo de doze semanas contados a partir da concepção também no caso de um estado geral de necessidade da mulher; B) determinou- se que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) devia assumir os custos de um aborto lícito (§§ 200f, 200g, RVO na redação da StREG). Incluídos nesta regra estavam também os abortos indicados por estado geral de necessidade (financeira).

Ou seja, até o ano de 1992 prevaleceu na Alemanha a referida indicação, de ingerência pública, mas, priorizando-se a esfera privada de liberdade da mulher.

Ocorre que, depois da reunificação alemã ocorrida em 3 de outubro de 1990, o Contrato Estatal da Reunificação deixou, em um primeiro momento, até o final de 1992, valer duas disciplinas jurídicas em relação ao aborto, vigentes respectivamente, em cada metade da Alemanha.

No território da antiga República Democrática Alemã (RDA) continuou primeiramente vigente a regra do prazo lá vigente desde 1972, segundo a qual um aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação em regra não era sancionado

penalmente, equiparando-o para efeitos previdenciários até mesmo a um caso de doença.

De acordo com a prescrição do Contrato da Reunificação, de criar, até o final do prazo de transição, uma disciplina jurídica unificada para o direito de aborto, a Câmara Federal promulgou a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG de 27 de julho de 1992. Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário, que deviam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho. A SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto. Segundo esta, um aborto realizado dentro das primeiras doze semanas da gestação não era antijurídico e com isso também não punível, se a grávida pudesse provar que tinha sido aconselhada por órgão criado para esse fim ou também legalmente reconhecido e autorizado para essa tarefa (§ 219 StGB na redação da SFHG – aconselhamento em uma situação de conflito ou de necessidade), e que a intervenção fora realizada por um médico.

249 membros da Câmara Federal e o governo da Baviera propuseram controle abstrato, em face da referia Lei de Ajuda Familiar e à Gestante. O Tribunal Constitucional Alemão declarou nulo o dispositivo que qualificava como não antijurídico o aborto por estado de necessidade, depois do aconselhamento, por entender que o aconselhamento previsto não perseguia suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez.

Os argumentos apontados pelo Tribunal foram: A) O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem em consideração os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva; B) A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.

O entendimento preponderante dos juízes do Tribunal foi o de que ao legislador não é constitucionalmente vedada, por princípio, a transição para um plano de proteção (Schutzkonzept) da vida intra-uterina, que, no início da gestação e nos conflitos [a ela inerentes], dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la a dar à luz um

filho, desistindo, com isso, da cominação de pena determinada por indicação e da verificação dos elementos típicos da indicação praticados por um terceiro.

> "Nesse contexto, a cominação de pena não é a única sanção possível. No entanto, ela pode fazer, de maneira especialmente duradoura, com que os submetidos ao ordenamento observem e cumpram os mandamentos legais."

Aqui, o Tribunal Constitucional Alemão desconsiderou a questão do tempo da gravidez e, novamente, fez a opção por proibir o aborto, em qualquer fase gestacional. Os casos de inexigibilidade (elementos típicos normativos de exceção) devem ser expressos pelo legislador. E o Direito Penal volta a ser o instrumento por excelência de recriminação.

O terceiro e último argumento utilizado pelo Tribunal Constitucional era o de que C) Uma qualificação jurídica da existência de uma criança como origem de dano não tem como subsistir constitucionalmente (Art. 1 I GG). Por isso, proíbe-se classificar como dano a obrigação de alimentos em face do filho. A mãe teria assistência da coletividade, a partir da gravidez nos âmbitos da formação e da profissão. Medidas jurídicas e fáticas para que os genitores dividam os cuidados com o filho.

Assim, vê-se que, através da análise das 2 (duas) decisões judiciais, ambas em controle abstrato, a Alemanha em um primeiro momento optou por traçar recomendações de ordem pública, tolerando a prática do aborto, desde que esse ocorresse até 12 (doze) semanas de gestação, priorizando os direitos à liberdade e autonomia da mulher. É de se destacar que tal decisão fora proferida na década de 1970, conhecida como a década das "revoluções comportamentais" e a "era do individualismo".

Após 1992, sobretudo, com a reunificação alemã, o Tribunal Constitucional Alemão voltou a punir criminalmente o aborto, independente da fase gestacional. O declínio da taxa de natalidade aliado ao envelhecimento da população levaram o Estado alemão a lançar mão de políticas públicas de encorajamento às gestantes à prosseguirem com a gestação (prolongamento do Welfare State). Como exemplo dessas medidas tem-se a estabilidade do emprego da mãe até o fim do terceiro ano de vida do filho.

Da análise das decisões, percebem-se, claramente, os argumentos e questões encriptados e mais, a comprovação de que a decisão sobre permitir-se ou não o aborto é mais do que garantir o exercício da autonomia dos direitos reprodutivos e sexuais da

mulher, mas, sem sombra de dúvidas, é antes uma questão de soberania da própria nação.

3 HISTÓRICO DO ABORTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Durante um certo tempo, o crime de aborto não existia na legislação brasileira, tendo em vista que o Estado considerava que a mulher era proprietária de seu corpo e poderia dispor deste, tendo a opção de interromper a gravidez a qualquer tempo sem que lhe fosse atribuída sanção.

Somente com o Código Penal do Império de 1830 em que abortar era crime grave contra a segurança das pessoas e da vida. O aborto foi incluído nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, em seus arts. 199 e 200, nesses artigos eram detalhados dois tipos de figura criminosa: Aborto consentido e aborto sofrido, neste sentido o aborto provocado não era punido.

O referido Código do Império do Brasil estabelecia:

> Art 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.
>
> Art 200. Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticantes de tais artes. Penas: dobradas.

Assim, o Código Penal de 1830 punia apenas o aborteiro, com a pena de 1 a 5 anos, duplicando no caso do ato ser efetuado sem o consentimento da mulher, sendo que não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante (auto-aborto),sendo a mesma em qualquer hipótese, isenta de punição. Nas palavras de Capez (2004) no Brasil, o Código do Império de 1830 nada previa sobre o crime de aborto, praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiros que realizassem o ato, com ou sem o consentimento dela. Já o Código de 1890 passou a prever o crime de aborto praticado pela gestante e somente com o Código Penal de 1940, que tipificou o crime de aborto provocado, sofrido, e o consentido.

Depois de 1890 introduziu-se o “Código Penal da República”, passou a criminalizar o aborto praticado pela própria gestante (auto-aborto), passando a distinguir

o aborto com ou sem expulsão do feto, agravando-se caso ocorresse a morte da gestante, como destaca o renomado jurista:

> Quando o aborto era praticado para ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Este código passou a autorizar o aborto para salvar a vida da gestante, neste caso, punia eventualmente imperícia do médico ou parteira que culposamente causassem a morte da gestante. (BITENCOURT, 2007, p. 129)

O referido Código Penal do Império de 1890, prescrevia:

> Art.300 provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em conseqüência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.
>
> Art.301 Provocar aborto com anuência e acordo da gestante. Pena:prisão celular de 1 a 5 anos.Parágrafo único: Em igual pena incorrera a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.
>
> Art.302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligencia. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.

Assim, pode-se observar a grande importância deste Código para a criminalização do aborto no país, pois passou a ser punido o auto-aborto, e previsto como legal o aborto para salvar a vida da gestante.

Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art.124 – a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art.125 - o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art.126 - o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante).

Sobre o Código em vigor:

> O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estagio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extra-uterina. Nessas condições, e perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e

> irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso. (BITENCOURT, 2007, p. 129)

Desta forma, pode-se perceber que no decorrer dos anos, muitas alterações foram feitas na tipificação do aborto no Brasil, e a partir de novos avanços científicos e tecnológicos muitas mudanças correrão, pois a história nos mostra que tais mudanças parecem inevitáveis.

A) Aborto Criminoso

O aborto para Bitencourt (2007) só é criminoso quando provocado, pois, possui a finalidade de interromper a gravidez, e eliminar o produto da concepção, sendo exercido sobre a gestante, ou sobre o próprio feto ou embrião. Sobre o mesmo tema o autor referido ainda continua a discorrer que, o crime de aborto e suas excludentes estão previstas nos arts.124 a 128, do Código Penal Brasileiro, caso em que será punido, ou considerado lícito. Apenas variam de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e reclusão de 1 (um) a 10 (dez) anos.

Para que ocorra o crime é necessário:

> "a) gravidez, período que abrange a fecundação do ovulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua existência devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis.[...]não haverá tutela penal na gravidez molar, ante o desenvolvimento anormal do ovo que provoca sua degeneração, causando a expulsão do útero da "mola hidatiforme" nem na gravidez extra-uterina, por ser um estado patólogico. b) dolo, isto é, intenção livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do produto da concepção [...] (c) emprego de técnicas abortivas[...] d) morte do concepto no ventre materno ou logo após sua expulsão." (DINIZ, 2008, p. 36)

Assim, para que exista o aborto criminoso é necessária a comprovação, da gravidez, do dolo e da morte da concepção.

O aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto) (art.124.1ª parte) de acordo com Capez (2004) é a própria mulher quem executa a ação material, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobra abortiva em si mesma. Já Bitencourt (2007) esclarece que: a mulher apenas consente na prática abortiva, mais a execução material do crime é feito por terceira pessoa, podendo, porém haver o concurso material de pessoas. Há de se concluir diante de tais afirmativas que quem pratica o auto-aborto, ou até mesmo, auxilia, induz ou colabora sem interferir, e deverá responder no mínimo pelo crime na condição de partícipe.

No aborto consentido (art.124-2ª parte) a mulher apenas consente com a prática abortiva, mais a execução material do crime é realizada por terceira pessoa (CAPEZ, 2004). O aborto provocado por terceiro, com consentimento da gestante (art.126, CP) para Teles (2006), ocorre quando o agente obtém o consentimento valido da gestante e provoca a interrupção da gravidez devendo responder pelo mesmo crime. Capez (2004) cita que o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art.125) trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto, pois neste caso não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiros. Já Bitencourt (2007) ao falar sobre o aborto qualificado (art.127, CP) menciona que tal artigo apresenta duas causas especiais de aumento de pena, para o crime praticado com o consentimento da gestante: Lesão corporal de natureza grave e morte da gestante. Somente a lesão corporal de natureza grave, e a morte, qualificam o crime de aborto. Essas qualificadoras aplicam-se a apenas ao aborto praticado, por terceiro, não sendo aplicado ao aborto praticado pela própria gestante, pois não se pune a auto-lesão, nem o ato de matar-se.

B) Aborto humanitário e o necessário

Assim tem-se o conceito:

> Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar. (CAPEZ, 2004, p. 124)

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Desta forma, o Estado deu a mulher o direito de fazer ou não o aborto. Bitencourt (2007) assim disserta sobre o tema:

> "O Código Penal ao lecionar que "não se pune o aborto", apresenta o aborto lícito nestas duas hipóteses, Humanitário e Necessário. Na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador."

Assim, a excludente da ilicitude vai incidir, quando a gravidez for decorrente de estupro, e quando a gestante consentir o aborto.

C) Anencefalia

Caracteriza-se pela inviabilidade da sobrevida do feto anencéfalo. Constata-se que a Anencefalia é uma alteração na formação cerebral, resultante de falha no inicio do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural, sendo caracterizados pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. Porém, cabe lembrar que o produto desta gestação só possui "vida" devido ao metabolismo da mãe, que a criança, ao nascer, conseguiria "sobreviver" apenas alguns instantes e viria a óbito logo em seguida. Assim, a ausência de cérebro não daria a este ser nenhuma expectativa de vida.

Sendo assim, essa seria uma outra possibilidade de aborto hoje entendido como legal, que abarca a hipótese dos fetos anencefálicos. Esta situação decorreu da ADPF 54, havendo discussão doutrinária se seria, a rigor, hipótese de abortamento ou não, o que decorreria da conceituação do que seria a vida humana e do momento do início da sua existência. No caso específico das discussões entabuladas no Supremo Tribunal Federal, os Ministros entenderam a celeuma como antecipação prematura de parto e não abortamento, considerando-se que o produto da concepção anencéfala não teria viabilidade após o nascimento, e assim, não deveria ser considerado vida humana. Tal razão permitiria a antecipação prematura do parto, com interrupção da gestação, sem, contudo, ser praticado aborto, já que não se estaria interrompendo uma vida humana.

Este breve retrato jurídico apenas demonstra a incongruência nacional no tratamento do tema e o seu atraso em relação aos ordenamentos jurídicos estrangeiros estudados acima, e, ao mesmo tempo, o deslocamento da decisão de ter ou não ter um filho da mulher para as escolhas políticas levadas a cabo pelo Legislativo. Pode-se observar que, muito embora se trate de uma questão que pode ser inserida no direito à intimidade e no domínio do próprio corpo, o legislador brasileiro assim não o fez. Pode-se inferir, igualmente, que há na proibição do aborto uma forma de punição a comportamento desvaloroso por parte da mulher, afora toda uma recriminação social.

D) A recente Decisão do STF no HABEAS CORPUS RJ 124.306

Em 29/11/2016 o Ministro do STF Luiz Barroso ao proferir uma decisão monocrática, nos autos do Habeas Corpus 124.306 do Rio de Janeiro, reacendeu o debate acerca da descriminalização do aborto perante a Corte Constitucional. Os

Ministros da 1ª Turma, Rosa Weber e Edson Fachin, acompanharam na íntegra o voto do Ministro Relator Luiz Barroso, enquanto os demais Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux não se manifestaram sobre o tema, apenas, votaram pela revogação da prisão preventiva referente e em tela ao caso analisado.

Ao proferir o voto no HC 124.306/RJ, o Ministro Luiz Barroso entende não ser cabível a hipótese da referida ação constitucional, mas, conhece da matéria de ofício, pois entende não estar presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar preventiva (art. 312, do CPP). Após, confere uma interpretação conforme à Constituição acerca da tipificação dos arts. 124 a 126, do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, ao seu entender violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o Princípio da Proporcionalidade.

Vários outros argumentos merecem destaque e por isso serão aqui transcritos:

> Ementa: 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 cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas**

> **impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 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.

Interessante observar que o Ministro Luiz Barroso confere destaque à aplicação do Princípio da Proporcionalidade, ao tratar do tema, dizendo ser a tipificação do abortamento uma medida de duvidosa **adequação**, a fim de se proteger a vida do nascituro (bem jurídico tutelado), uma vez que não reduz efetivamente o número de abortos praticados no país. A tipificação do abortamento também seria medida desnecessária, vez que o Estado poderia impedir o aborto através de outras medidas menos lesivas e mais eficazes **(requisito da necessidade)**, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas – aqui, há uma aproximação com os debates travados no Tribunal Constitucional Alemão, conforme explanado acima. E, por fim, a tipificação do abortamento não atenderia ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**, pois, geraria mais custos sociais relacionados a problemas de saúde pública (com lesões graves e até mortes) muito mais superiores que os seus benefícios.

Contudo, embora a referida Decisão represente um verdadeiro avanço sobre o tema do abortamento, é preciso esclarecer que ela não é dotada de efeito *erga omnes* e nem vinculante. A destipificação é medida que deverá passar pelo crivo do Poder Legislativo, ou seja, o abortamento no Brasil continua sendo crime e não está, portanto, autorizado.

E mais, muito embora essa Decisão pareça justa e resplandecer uma medida de igualdade entre os gêneros - parte transparente da Constituição - acaba por possibilitar e reforçar seu encriptamento, uma vez que a efetivação de tais direitos somente é possível através da interpretação e atuação do Judiciário. Isso porque, seguimos o modelo norte americano em que os direitos são garantidos pelo Judiciário, mormente, *in casu*, quando há medida legislativa em sentido contrário.

Para Sanin e Hincapíe (2012) a encriptação do poder necessita da existência de grupo que seja responsável pela sua encriptação, ou seja, que tenha o conhecimento técnico e especifico dos procedimentos e outro grupo que não o tenha.

Sanin e Hincapíe (2012) utilizam das ideias de Hardt e Negri ao apontarem que a soberania hoje, faz parte de um sistema invisível de dominação, que se esconde por trás das velhas estruturas de estado-nação. Quer dizer, é invisível porque se utiliza das estruturas existentes para dar a falsa ideia de que vivemos em um estado democrático, *in casu*, a referida Decisão traz muito bem essa falsa ideia, ao mostrar, por exemplo, a preocupação em equiparar as relações de gênero/poder, com a descriminalização do abortamento. Porém, por partir do Judiciário, só estará acessível a quem acioná-lo. Assim, a Decisão se mostra com aparência de democrática, mas, na verdade, está a manter as estruturas do estado-nação, pois, ao decidir sobre tema tão árduo para toda a coletividade, atrairia para si a conseqüência última de ameaça à própria perpetuação da espécie, colocando em risco a sociedade e a soberania da própria nação.

Ou seja, na prática o que muda com a recente Decisão do STF sobre o abortamento? Ousar-se-ia a dizer NADA, pois, a encriptação continua intacta, na medida em que o maior grupo que não detém conhecimento técnico e científico, ou seja, as mulheres mais vulneráveis econômica e socialmente, continuarão a sofrer com os impactos da criminalização, pois além de não terem recursos para acessar ao Judiciário, ainda não têm acesso a médicos e clínicas seguros, para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. Daí que, nos dizeres do contista Lima Barreto (1915) reside "a estupidez da lei que, para proteger uma vida provável, sacrifica duas", só que, dessa vez, por meio da encriptação, há uma seletividade higienista/sanitarista (Rohden 2003), sacrificam-se as mais vulneráveis, as mais sofridas e por que não as mais carecedoras de proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Cândice Lisboa. e PIMENTA FERREIA, Luciana Pereira Queiroz. **Sobre o aborto e a lei**: uma reflexão a partir da irresponsabilidade de Lima Barreto na experiência da literatura, *in* Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Arte. 3. Literatura. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25: 2015 : Belo Horizonte, MG).

ARAÚJO, Marinella Machado. e SOUZA, Beatriz Lima. **A justa indenização na desapropriação e a encriptação do seu significado na Constituição**, *in* 1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte especial. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Estado atual do biodireito**. São Paulo: saraiva, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Precedentes históricos, comentários**. São Paulo: Forense, 1981.

INGO, E.; SARLET, A.; WOLFGANG, J. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na constituição federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROHDEN, Fabíola. **A arte de enganar a natureza**: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Textos extraídos do Blog JALS Acadêmico em 2016: http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html; http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf; http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf