

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO  
RAYLLA CARLA SOUSA GOMES**

**ABORTO E QUESTÕES ÉTICAS: UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL  
ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO *VERSUS* A LIBERDADE DE DISPOR DO  
PRÓPRIO CORPO**

**RUBIATABA/GO  
2021**

**RAYLLA CARLA SOUSA GOMES**

**ABORTO E QUESTÕES ÉTICAS: UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL  
ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO *VERSUS* A LIBERDADE DE DISPOR DO  
PRÓPRIO CORPO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Gláucio Batista da Silveira.


**RUBIATABA/GO  
2021**

**RAYLLA CARLA SOUSA GOMES**


**ABORTO E QUESTÕES ÉTICAS: UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL  
ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO *VERSUS* A LIBERDADE DE DISPOR DO  
PRÓPRIO CORPO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Especialista Gláucio Batista da Silveira.

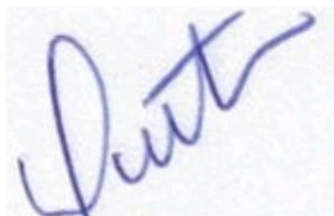
**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM \_\_ / \_\_ / \_\_**



**Professor Especialista, - Gláucio Batista da Silveira**  
**Orientador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**



**Professor Especialista - Marcus Vinicius Silva Coelho**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**



**Professor Mestre - Pedro Henrique Dutra**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Primeiramente a Deus por me proporcionar isso. A minha família por me apoiar, ajudar e incentivar sempre. Dedico também a minha filhinha Jade Maitê que me dá forças para continuar essa caminhada de cabeça erguida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe Célia pelo apoio incondicional e amor infinito. Agradeço também ao meu tio Renato pelos ensinamentos e ajuda. Agradeço também ao meu orientador Gláucio Batista, pelas incontáveis horas de auxílio e direcionamentos para confecção desse trabalho.

## **EPIGRAFE**

“Tomar consciência de que se está grávida é criar uma série de expectativas com relação a vida do outro e é por isso o peso da responsabilidade e muitas vezes, da culpa. Ter um filho não é como ter um câncer que convida a mulher à morte. A consciência de um filho, por mais trabalho que dê muda o status da nossa relação interpessoal no mundo”.

Francisco Razzo

## RESUMO

O objetivo desta monografia é estudar os direitos civis-constitucionais inerentes ao aborto e descobrir numa eventual colisão entre direitos do nascituro versus liberdade da mulher em dispor do próprio corpo, qual destes deverá ser priorizado. Para atingir este objetivo o autor desenvolveu o estudo através dos métodos dedutivo e indutivo. Ficando o primeiro capítulo responsável pelo conceito do aborto e as hipóteses legais em que o mesmo é permitido, a ADPF nº 737 de busca derrubar a portaria do Ministério da Saúde, no que concerne ao aborto diante de estupro, somados aos posicionamentos dos conservadores e liberais, bem como as consequências do aborto clandestino na saúde da mulher. O segundo capítulo apresentou o conceito a partir de um viés crítico, dos direitos civis-constitucionais na temática do aborto: direito à vida, liberdade em dispor do próprio corpo, direito de não nascer, aborto eugênico e direitos do nascituro. O terceiro capítulo trouxe uma reflexão filosófica e jurídica respaldada no fenômeno neoconstitucional e ativismo pró-aborto considerando a problemática apresentada e chegando a nobre conclusão da colisão acerca de um direito absoluto e relativo.

Palavras-chave: Aborto; Direito; Neoconstitucionalismo.

## **ABSTRACT**

The aim of this paper is to study the civil-constitutional rights inherent to abortion and find out in a possible collision between the rights of the unborn child versus the woman's freedom to dispose of her own body, which of these should be prioritized. To achieve this goal, the author will study through deductive and inductive methods. In the first chapter we bring the concept of abortion and as legal hypotheses in which it is allowed, ADPF No. 737 sought to overturn the Ministry of Health's ordinance, regarding abortion in the face of rape, added to the positions of conservatives and liberals, as well as the consequences of illegal abortion on women's health. The second chapter presents the concept of abortion from a critical perspective of civil-constitutional rights in the theme of abortion: right to life, freedom to dispose of one's own body, right not to be born, eugenic abortion and unborn child rights. The third chapter brings a philosophical and legal reflection supported by the neoconstitutional phenomenon and pro-abortion activism, considering a problem presented and reaching a noble conclusion of the collision about an absolute and relative right.

Keywords: Abortion; Right; neoconstitutionalism



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ART.	Artigo
<i>IN VERBIS</i>	Nesses termos
ONU	Organização das Nações Unidas
P.	Página
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PT	Partido dos Trabalhadores
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

## LISTA DE SÍMBOLOS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	11
2	O QUE É O ABORTO? .....	15
2.1	HIPÓTESES LEGAIS.....	21
2.1.1	ESTUPRO .....	22
2.1.2	RISCO À GESTANTE .....	24
2.1.3	FETO ANENCEFÁLICO .....	26
2.2	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 737 .....	28
2.3	ABORTO SOB A ÓTICA CONSERVADORA E LIBERAL .....	32
2.4	CONSEQUÊNCIAS DO ABORTO CLANDESTINO NA MULHER .....	38
3	DIREITOS CIVIS- CONSTITUCIONAIS.....	42
3.1	DIREITO À VIDA.....	43
3.2	DIREITO À LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO .....	47
3.3	DIREITO DE NÃO NASCER: UM TEMA MAL COLOCADO .....	53
3.3.1	ABORTO EUGÊNICO .....	54
3.4	DIREITO DO NASCITURO .....	56
4	INTERRUPÇÃO DA VIDA INTRAUTERINA À LUZ DO FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	62
4.1	NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE CONCEITO.....	62
4.2	DIREITOS DO NASCITURO X DIREITO À LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO.....	70
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	75

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente considerado um dos assuntos de maior sensibilidade social, o aborto gera comoções e abre leque para discussões oportunizando uma forma para que as diversas opiniões sejam ouvidas, acatadas e até mesmo silenciadas. Deste modo, essa monografia relata os imbrólios encontrados quando do choque abrupto de direitos partindo de uma abordagem civil-constitucional, quais sejam: direito do nascituro x direito à liberdade de dispor do próprio corpo.

Assim, tem-se que é necessário mencionar ser o aborto a forma de interrupção intrauterina assegurada a sua atipicidade em casos como estupro, quando há risco de vida da gestante e feto anencefálico. Todos esses respectivamente previstos no Código Penal ficando resguardado jurisprudencialmente, apenas a hipótese de feto anencefálico.

O cerne da questão se encontra quando há um direito constitucionalmente assegurado, qual seja: a vida. E um direito civilista que contempla a faculdade em dispor de seu próprio corpo utilizando por base sua autonomia psíquica e física, bem como o direito em escolher ter o bebê ou não.

Nesse sentido a problemática procura descobrir se no Estado Democrático de Direito, tendo em vista o crescente fenômeno neoconstitucional em face a um imbrólio referente às questões de interrupção de gravidez, precisamente aos direitos do nascituro *versus* a liberdade da mulher dispor do próprio corpo, qual direito há de prevalecer?

Portanto, há a incidência de duas hipóteses: a primeira delas seria que à luz das novas interpretações legais e diálogo de fontes, os direitos do nascituro prevalecem ao direito da liberdade da mulher dispor do próprio corpo. Por outro lado, a segunda hipótese afirmaria que à luz das novas interpretações legais e diálogo de fontes, o direito da mulher dispor do próprio corpo, prevaleceria em relação aos direitos do nascituro.

Logo o objetivo geral da monografia é estudar os aspectos inerentes ao aborto e suas questões ético-legais. Prosseguindo, os objetivos específicos são três: definir o que é o aborto, quais suas hipóteses legais e os impactos sociais; estudar os direitos civis- constitucionais intrínsecos ao aborto; discutir o imbrólio referente

às questões da interrupção da vida intrauterina à luz do fenômeno do neoconstitucionalismo.

O método utilizado nos dois primeiros capítulos é o dedutivo, ou seja, partindo das premissas gerais à fito de obter respostas particulares. O terceiro capítulo, no entanto, utiliza o método indutivo, uma forma de raciocínio que parte de observações.

A interrupção da vida intrauterina traz à baila discussões severamente importantes abrangências intelectual, moral e até mesmo religiosa. Culminando num impasse travado entre o direito de abortar e as normativas tipificadas em lei, o que sugere ser o assunto devidamente estruturado a fito de receber inúmeros conceitos e posicionamentos das mais diversas espécies.

Observe-se que o tema ora em questão, assim como citado, possui abrangência ética e inclui-se aí a integridade física e psíquica, bem como direitos assegurados na Constituição Federal e princípios civilistas, que se tornam a base para toda e qualquer alteração que se encontre prudente discutir.

Pois bem, nossa Constituição vem primeiramente assegurar a correta aplicação da democracia, o que implica dizer que o direito à vida está amplamente resguardado, alinhado à perspectiva da dignidade da pessoa humana. De encontro a esse direito, tem-se que nosso Estado é laico, afirmando que todo e qualquer cidadão tem a faculdade de proferir a fé que bem lhe couber.

Assim, acompanhando a linha de raciocínio, é mister esclarecer que quando se trata do tema aborto nos deparamos com alguns direitos que se chocam brutalmente, a exemplo o direito do nascituro versus a liberdade da mulher em dispor do próprio corpo. Essa última, consiste na política defendida pelo movimento feminista, cujos preceitos incluem a liberdade de fazer do próprio corpo o que bem quiser, ao lado da integridade física desse mesmo corpo, adicionado a saúde psíquica da mulher.

Contudo, nem sempre são flores. Apesar do Estado garantir a laicidade, em temas polêmicos assim, a religião cristã católica se opõe com todas as suas forças. São as políticas pró-vida que defendem ser o aborto uma violação total aos princípios bíblicos devendo o caso em muitas vezes ser reavaliado com apenas uma finalidade: evitar que uma vida inocente seja tirada.

Nesse aspecto, vem o nosso Código Penal, extremamente ultrapassado à época que vivemos, trazendo em seu bojo os artigos 124 a 128, que tratam das

hipóteses criminalizadoras e não criminalizadoras acerca do aborto. Para o legislador, a prática de interrupção da vida intrauterina só é permitida em casos de estupro e quando não há outro modo de salvar a gestante.

Já a hipótese de aborto em caso de feto anencefálico, não está tipificada na lei, contudo encontra respaldo jurisprudencial, assegurando que a partir de anomalias devidamente atestadas em perícia médica que inviabilizem a vida extrauterina somada à prova de dano psicológico da gestante é que se admitiria tal modalidade.

Não obstante tamanha polêmica que o tema traz, faz-se necessário mencionar que a justificativa do presente trabalho se encontra justamente na vasta gama de conteúdo, bem como da possibilidade de realizar menções a casos concretos, além da aplicabilidade do fenômeno neoconstitucional e da fundamental importância dessa interpretação à luz das recentes mudanças sociais.

A importância do presente trabalho encontra respaldo nas mudanças que a sociedade vem experimentando, inclusive a crescente criminalidade envolvendo aspectos de violação sexual. A pesquisa trouxe informações consideradas relevantes, posicionamentos doutrinários, discussões entre políticas e tentou estimular novas pesquisas a partir desta, como por exemplo: políticas feministas sobre o aborto; descriminalização do aborto, entre outras.

No primeiro capítulo constatou-se que somente existem duas possibilidades previstas em lei que descriminalizam o aborto: estupro e risco à gestante, ficando o aborto anencefálico, como decisão ativista do Supremo Tribunal Federal. A arguição de descumprimento de preceito fundamental busca derrubar a portaria do Ministério da Saúde e abordou também o aborto sob a ótica conservadora e liberal, bem como as consequências do aborto.

O segundo capítulo, bastante reflexivo, expos alguns direitos civis-constitucionais referentes ao aborto e que foram fundamentais para a conclusão da problemática. O direito à vida absoluto *versus* o direito relativo à liberdade deu enfoque ao capítulo e suas particularidades levaram a conclusão de que há situações nesse mundo que deixam a duvidar a real intenção do ser humano.

O terceiro capítulo, por último, abordou o fenômeno neoconstitucional e o ativismo pró-aborto abrindo espaço para a conclusão crítica, filosófica e jurídica acerca dos direitos que se esbarram na questão do aborto.

O primeiro capítulo foi dividido em 8 tópicos, quais sejam: 2 o que é o aborto? 2.1 Hipóteses Legais; 2.1.1 Estupro; 2.1.2 Risco à gestante; 2.1.3 Feto anencefálico; 2.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 737; 2.3 Aborto sob a ótica conservadora e liberal; 2.4 Consequências do aborto clandestino na saúde da mulher.

O segundo capítulo em 6 tópicos: 3 Direitos civis-constitucionais; 3.1 Direito à vida; 3.2 Direito à liberdade de dispor do próprio corpo; 3.3 Direito de não-nascer: um tema mal colocado; 3.3.1 Aborto eugênico; 3.4 Direito do nascituro.

O terceiro capítulo possui apenas três tópicos: 4. Interrupção da vida intrauterina à luz do fenômeno do neoconstitucionalismo; 4.1 Neoconstitucionalismo: breve conceito; 4.2 Direito do nascituro X direito à liberdade em dispor do próprio corpo.

## 2 O QUE É O ABORTO?

Este capítulo visa analisar aspectos concernentes à interrupção da vida intrauterina, uma concepção respaldada e disciplinada nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, que criminalizam o aborto, excetuando-se hipóteses em que o médico poderá realizá-lo.

Pretende-se fazer um levantamento bibliográfico acerca da percepção abortista dentre a doutrina brasileira e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico, buscando dispor de uma dissertação crítica e argumentos suficientemente satisfatórios para que o nobre leitor compreenda de forma bastante sucinta o imbróglio.

Diante das inúmeras opiniões que se divergem abruptamente, tem-se que a construção de um trabalho acadêmico com essa temática não se tornou fácil tendo em vista a quantidade de conteúdo disponibilizado. As várias ramificações e instruções encontradas ao longo da pesquisa fornecem ao leitor a possibilidade de se encontrar familiarizado com alguma dessas opiniões.

Por conseguinte, de forma lógica respeitando os posicionamentos liberais e conservadores a pesquisa trouxe um tópico que versa sobre os conceitos do crime de aborto, bem como suas hipóteses legais – situações em que o médico deverá ou poderá realizar o aborto sem sofrer as consequências penais.

Nesse diapasão, abordar-se-á também a arguição de descumprimento de preceito fundamental que versa sobre a Portaria do Ministério da Saúde que elencou uma série de novas atribuições e posicionamentos quando da prática do aborto pelo médico, diante de casos em que a mulher foi estuprada. Sua análise e propositura dentre as normativas legais culminaram numa série de reações contrárias, que contribuíram para a reforma desta. Logo, todas essas peculiaridades serão explicadas.

Do mesmo modo, realizar-se-á uma abordagem acerca do aborto na ótica dos conservadores e liberais demonstrando o posicionamento das várias religiões encontradas no país, bem como a lógica abortista apregoada pelos radicais e as feministas. Nesse sentido, prosseguindo com o raciocínio é necessário levantar um apontamento acerca das consequências do aborto clandestino na saúde da mulher,



motivo esse considerado propulsor para a descriminalização do aborto, numa visão minoritária.

Para a construção desse capítulo, utilizar-se-á o método dedutivo, formado pela afluência de ideias derivadas de pesquisas e leituras, ou seja, premissas gerais sobre o assunto, que dão suporte didático para a edificação de concepções particulares e análises críticas.

Feita as considerações pertinentes, há de ser observado que o capítulo foi dividido em 8 tópicos, que são: 2 o que é o aborto? 2.1 Hipóteses Legais; 2.1.1 Estupro; 2.1.2 Risco à gestante; 2.1.3 Feto anencefálico.

A temática – o que é o aborto? tornou-se uma das expressões mais procuradas no google no século XXI pelas mulheres, acentuando e restringindo seu campo de ampliação na busca de uma afirmativa que lhes dê consolo e amparo, quando decididas a interromper o fruto intrauterino.

Logo, na história de pessoas que decidiram abortar, dissemina-se a crença de estar eliminando um amontoado de células e exercendo o direito feminino de liberdade sobre o próprio corpo, limitando o poder coercitivo do Estado e assim buscando ser feliz baseando suas escolhas em concepções fundamentadas de forma duvidosa, o que nos força a concluir que exista implícita ignorância nestas.

Certamente, as circunstâncias que levam uma mulher a decidir abortar são extensas, o que nos resta concluir que reflexões filosóficas e limitações científicas procurando explicar o início e o fim da vida oferecendo certa dosagem entre racionalidade e bom senso, são de certo modo ineficientes.

A mulher que se encontra decidida a dar fim na gravidez precisa de apoio, conforto, acompanhamento psicológico, atenção e cuidados da família e de amigos próximos, excetuando-se argumentos filosóficos. É por essa razão que na falta destes, costuma-se encontrar desastrosas consequências morais, frutos de grandes erros mentais impulsionando severos traumas psicológicos e existenciais.

As opiniões têm consequências e é com essa afirmativa que a nossa sociedade, comparada a um edifício em construção, deverá se ater e procurar conciliar as divergências apresentadas cotidianamente. Os efeitos éticos advindos destes a longo prazo começam a fazer sentido dentro de um curto espaço e aí se torna difícil assegurar a veracidade desse conjunto de apreciações que inspiram e justificam fortemente as escolhas pessoais.

Contudo, se são escolhas pessoais, porque tão forte oposição estatal e social? A resposta é bastante simples - matar um inocente, nunca foi e nunca será opção, pois não há dúvidas de que a mola propulsora para o crime é em 90% dos casos movida por falhas humanas e minimamente por instinto assassino.

Razzo (2017), conta em seu livro *Contra o Aborto*, que era a favor da prática e até mesmo considerava o embrião um amontoado de células. Todavia, as reiteradas análises dos argumentos que justificavam o aborto provocaram nele certo rigor, objetivismo e largueza de entendimento, que ao final tornou-lhe num dos maiores filósofos a defender o movimento pró-vida, que de forma brilhante e com fundamentações tão especiais e claras faz de seu livro uma leitura obrigatória a todo aquele que se interessar pelo tema.

Mas, afinal de contas, o que é o aborto? Gomes (2017) aduz que o aborto é a interrupção da vida intrauterina em qualquer mês gestacional, disciplinado no Código Penal incluindo desde o ciclo da fecundação até o momento de seu nascimento, não existindo, portanto, na doutrina ou na legislação tolerância temporal para a retirada do feto.

Nesse mesmo sentido, Nucci (2019, p. 625) explica: “aborto é a cessação da gravidez, antes do tempo normal causando a morte do feto ou embrião”. Morais (2008, p. 50) complementa afirmando: “o aborto provocado é a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência que vai da concepção ao nascimento”. Do mesmo modo, Salles (2000, p. 341) ensina: “o aborto é a interrupção da gravidez com morte do feto ou a destruição do produto da concepção (ovo, embrião ou feto)”.

O termo inicial para a prática do aborto é o começo da gravidez, que dar-se-á com a fecundação, apesar de prevalecer na ótica jurídica que o início da gravidez se dá com a fixação do óvulo fecundado na parede do útero, o que nos leva a evidência de que pouco importa se a gravidez é fruto de concepção natural ou de inseminação artificial.

Logo, sua origem etimológica do termo latino *abortus* significando a privação do nascimento, de acordo com Arnaud (2008) é caracterizada pela morte de uma criança no ventre materno, podendo ser produzida a qualquer momento, seja por causas naturais, seja por outras deliberadamente provocadas.

Desta feita, em se tratando de âmbito médico, a modalidade de aborto espontâneo configurar-se-á numa expulsão espontânea de um embrião com menos

de 500g ou pouco antes das vinte semanas de gestação, nos dizeres de Galeotti (2011), que prossegue o raciocínio destacando que a indução abortiva pode se dar através do uso de medicamentos ou então de intervenção cirúrgica da gravidez.

Cunha (2018) em seu Manual de Direito Penal, sucintamente aborda nove classificações de aborto defendidas pela doutrina majoritária. A primeira delas, já mencionada acima, dispõe sobre a interrupção natural da gravidez que se dá normalmente por motivos de saúde da gestante, sendo esses indiferentes para o Direito Penal.

A segunda classificação diz respeito à perda do bebê decorrente de quedas, acidentes em geral e até mesmo traumatismos, denominando-as de aborto acidental, sendo considerado atípico para o Direito Penal. Por conseguinte, a terceira hipótese é aquela chamada de criminosa e estão dispostas taxativamente nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

No tocante a isso, o artigo 124 do Código Penal trata do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, *in verbis*: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.” (BRASIL, 1940).

O presente artigo traz consigo duas modalidades de aborto criminoso: o autoaborto e o praticado com o consentimento da gestante. Ambos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com penas mínimas, permitindo a utilização da Lei 9.099/95, cabível a suspensão condicional do processo (*sursis*).

Deste modo, as duas condutas reproduzidas aqui só podem ser praticadas pela mulher grávida, divergindo a doutrina frontalmente a respeito da natureza criminosa aqui pregada. Nesse passo, Bittencourt (2019) aduz ser o crime uma espécie de mão própria, admitindo-se a participação de terceiros, todavia excluindo-se coautoria. Vejamos, Bittencourt (2019, p. 161 – 162):

Trata-se, nas duas modalidades, de crime de mão própria, isto é, que somente a gestante pode realizar. Mas, como qualquer crime de mão própria, admite a participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o autoaborto como a consentir que terceiro lho o provoque. Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do artigo 126, CP.

Nas lições de Bittencourt (2019), só se admitiria a acepção de uma conduta participatória se o agente limitasse a instigar, induzir e até mesmo auxiliar a gestante a realizar o aborto. Diferindo se este for além da atividade acessória e intervir nos atos executórios passando a responder pelo fato tipificado no artigo 126 do CP.

Cunha (2018) por sua vez, discorda totalmente de Bittencourt. Para este, o crime do artigo 124 do CP é considerado próprio, ou seja, somente podendo ser praticado pela gestante e deste modo, admitindo-se o concurso de agentes. Assim o sujeito passivo passa a ser o Estado diante da teoria que o feto não é considerado um sujeito de direitos (minoritário), prevalecendo atualmente o entendimento de que o sujeito passivo é o produto da concepção, ou seja, o embrião.

Noronha (2010, p. 105) ardentemente defende ser essa a teoria apta a ser aplicada nessas situações:

Pouco importa seja o feto uma *spes personae*; deve ele, mesmo assim, ser protegido pela tutela da lei, pois a vida humana, em seu infinito mistério, merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença não apenas de um homem (pessoa), mas de uma *spes hominis*.

Assim, é certo que o direito a vida é absoluto, tanto do embrião, quanto da mãe. O fato deste ser uma *spes hominis* não lhe retira o valor humano e muito menos sua realidade objetiva, que não se sujeita às preferências pessoais e a condição em que se encontra a gestante.

O artigo 125 diz respeito ao aborto praticado por terceiros, sem o consentimento da gestante, *in verbis*: “Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.” (BRASIL, 1940). Essa modalidade configura uma das mais graves do crime e é caracterizada pelo abortamento provocado por terceiros violentamente e intencionalmente destruindo assim o produto da concepção.

Nessa hipótese, há a duplicidade da sujeição passiva figurando como vítimas a mulher e o embrião. Logo, o sujeito ativo poderá ser qualquer um que ao utilizar-se de meios narcisistas conseguiu provocar na gestante um aborto dolosamente, ilustrando-se a hipótese de o sujeito desferir socos e pontapés na barriga da vítima, sabia este que a mesma estava grávida.

O artigo 126 do CP é o oposto do artigo anterior e dispõe sobre a possibilidade de o aborto ser cometido por terceiro, com o consentimento da gestante, *in verbis*:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

Esta modalidade admitindo a aplicação da suspensão condicional do processo possui uma peculiaridade cuja matéria insere-se na majorante da pena quando a vítima for menor de 14 anos e débil mental, ou o consentimento foi obtido através de fraude, violência ou ameaça.

Cunha (2018) explica que podendo ser praticado por qualquer pessoa e aceitando a possibilidade de um concurso de agentes, o crime deste artigo só poderá ser cometido contra o feto, se de forma dolosa houve o consentimento da gestante, excluindo a hipótese em que esta desiste do procedimento no intento criminoso.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 126, desconsidera a vontade da gestante, se a mesma é menor de 14 anos, débil mental, ou se o consentimento foi obtido mediante violência, fraude e ameaça. Nesta situação, o sujeito ativo responde pelo artigo 125 e a gestante é isentada do ato criminoso, desta forma não se pode olvidar de mencionar que diante das particularidades a ação penal pública é incondicionada.

A última conjectura que envolve o aborto caracterizado como criminoso é aquele majorado pelo resultado, com arrimo no artigo 127 do CP, *in verbis*:

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL, 1940)

Logo, advindo morte ou lesão corporal de natureza grave diante do intento criminoso do aborto aumentar-se-á as penas em até um terço. Contudo, estas somente poderão ser aplicadas nos delitos do artigo 125 e 126, excluindo o

artigo 124, pelo simples fato de que o Código Penal não pune o ato de autolesão e muito menos de matar-se.

Destarte aconteça algo semelhante a uma gestante em que a mesma deu causa não há que se falar em aumento de pena. Primeiro porque se ela morrer, o crime será extinto, segundo se ela provocar em si mesma lesão corporal grave, pelo resto dos anos de vida, ela estará sujeita a uma punição natural.

A quarta classificação doutrinária do aborto denominada de legal ou permitida está prevista no artigo 128 do CP e será analisada no próximo tópico. Prosseguindo com o raciocínio, a quinta classificação do aborto é aquela em que a mulher por razões de miséria e incapacidade financeira de cuidar da criança resolve interromper a vida intrauterina.

A sexta classificação é aquela, de acordo com Cunha (2018) que é praticada em face dos riscos comprovados de que a criança nascerá com anomalias psíquicas e físicas severas, que lhe impeçam de ter uma vida normal fora da barriga da mãe. Será abordada no tópico 2.2 deste trabalho.

A sétima classificação exposta por Cunha (2018), fala acerca do aborto realizado *honoris causa*, realizado para interromper uma gravidez fora do casamento, o que sem sombra de dúvidas é crime no nosso ordenamento pátrio. A penúltima classificação é aquela em que se realiza o aborto até a oitava semana de gestação e é denominada de ovular. Derradeiramente, a nona modalidade é a embrionária cuja prática deverá ser realizada até a décima quinta semana gestacional.

## 2.1 HIPÓTESES LEGAIS

Destarte as hipóteses elencadas no tópico anterior, criminalizando a prática do aborto, o artigo 128 do CP traz duas situações em que este será permitido de acordo com as normativas legais. Nesse sentido, *in verbis*: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (BRASIL, 1940).

A terceira hipótese admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro – aborto de feto anencefálico - encontra respaldo jurisprudencial e é permitido na medida em

que existam anomalias tão severas no feto, que inviabilize a vida extrauterina, além da devido atestado e também a autorização de um magistrado.

Logo, Mirabete (2019, p. 68) assenta: “são causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.

Prosseguindo raciocínio, Bittencourt (2019, p. 168) aduz: “é uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que não há crime, como faz no artigo 23 do mesmo diploma legal”.

### **2.1.1 ESTUPRO**

Denominado pela doutrina como aborto sentimental, a hipótese prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal, dar-se-á frente uma gravidez resultante de estupro e confere à vítima possibilidade (através de um profissional legalmente habilitado) de retirar o fruto da ofensa a sua honra, além de conceder apoio compassivo àquela que se não fosse esta previsão legal, estaria marcada pelo resto de sua vida de um momento algoz o qual possivelmente lhe ofertaria uma maternidade odiosa.

Nesse sentido, Hungria (2019, p. 133) leciona: “é chamado de aborto sentimental, nada justificando que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa ou que dê vida a um ser que recordará, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida.” Igualmente, Noronha (2010, p. 64) aduz: “Mulher violentada, agravada na honra e envilecida por abjeta lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito”.

O legislador ao estabelecer a hipótese do inciso II quis colocar em primazia o equilíbrio mental e psíquico da mulher, bem como a possibilidade de escolha entre ter ou não ter a criança, tendo em vista que a mesma se deu através de um coito violento, o que deixa de lado a questão da vida do nascituro e abre espaço para inúmeras (digo inúmeras) discussões acerca da liberdade em dispor do próprio corpo e o direito à vida do nascituro.

Nesse íterim, de acordo com Rocha (2000), a prática de aborto cometida em defesa da honra da gestante, quando a mesma foi estuprada, dar-se-á na medida em que existam leis referentes ao assunto e que diante da necessidade seja abordado o direito ao uso de seu corpo, alinhado à integridade física e psíquica da

mesma, tendo em vista que este seria um acontecimento marcante que desencadearia efeitos permanentes, além da dignidade da mulher que deveria ser amplamente garantida pela Constituição Federal, ter grande redução. Logo, o constrangimento físico e a tortura psíquica ao qual a vítima foi submetida contrapõe frontalmente com o direito à vida do nascituro.

Contudo, criticando severamente essa previsão legal Prado (2019), aduz que embora o legislador assegure a mulher a autonomia de seu corpo, a mesma não incorre na exclusão da tipicidade do crime, pois estaria lesionando um bem a qual não é titular, pois o nascituro possui a titularidade do bem jurídico de mais importância, a vida.

Sucedo que apesar da hipótese ter fácil interpretação e obviedade no quesito sentimental, a mesma se dará mediante três condições observadas rigorosamente antes do prosseguimento do feito. A primeira é que o aborto só deverá ser feito por um médico habilitado, sob pena de responder pelo crime, o indivíduo que se passar por médico. Assim, Cunha (2018) destaca que essa modalidade não poderá permitir que qualquer pessoa praticasse os atos executórios, pois não configura hipótese em que a gestante corre risco de vida e, portanto, é incabível estado de necessidade ou qualquer outra discriminante.

Sob o mesmo ponto de vista, Jesus (2012), explica que em situações de aborto sentimental, se a intervenção cirúrgica for realizada por uma pessoa diferente do médico, a exemplo uma enfermeira, esta responderá pelo delito, devido a previsão legal que aduz expressamente que o único sujeito favorecido pela exclusão do crime seria o médico.

A segunda condição é que a gravidez tenha necessariamente sido fruto de um estupro atestado mediante a palavra da vítima e todas as formalidades exigidas em lei. Aqui o legislador entendeu ser necessário prévio conhecimento da autoridade policial para averiguar a veracidade e ou existência do crime para evitar situações em que a mulher possa usar dessa condição para de forma ardilosa conseguir realizar o aborto. Assim, após a notificação obrigatória à autoridade policial, o médico estaria liberado para realizar o procedimento.

A terceira condição é que exista prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal para a justificação da conduta do médico. Conseqüentemente, Prado (2019), elucida que além de um requisito o consentimento constitui autêntica



base eximente, ou seja, sem o consentimento da vítima não há que se falar em direito de agir do médico.

Outrossim, há um ponto bastante controvertido que merece ser destacado e diz respeito à posse sexual mediante fraude ou utilização de técnicas de reprodução assistida não consentida. Teles (2006), explica que há situações em que a mulher é levada ao erro durante a relação sexual mediante manipulação, controle, dominação e destreza do agente, que utilizando de condição superior mantém relações com a vítima desencadeando numa gravidez. Além disso, outro caso relacionado a esse cenário se dá quando a mulher é submetida a técnica de reprodução assistida, recebendo contra a sua vontade sêmen de um homem ou um óvulo fecundado.

Analogicamente ao preceito do inciso II do artigo 128 do Código Penal, a gravidez ocorre sem o consentimento da vítima e assim o Direito não pode exigir da gestante a continuação da maternidade permitindo assim o aborto nos moldes da previsão acentuada.

### **2.1.2 RISCO À GESTANTE**

A primeira hipótese de aborto permitido do Brasil com disposição legal no inciso I do artigo 128 do Código Penal é denominada pela doutrina como aborto necessário (terapêutico) e confere ao médico a permissão para realizar aborto, quando a gestante corre risco de vida, independentemente do problema da qual está sofrendo.

Verifica-se um caso de estado de necessidade, devendo o médico agir imediatamente sob pena do prosseguimento da gravidez prejudicar intimamente a vida da mulher, ou seja, deverá existir a constatação de que o aborto configura o único método para salvar a vida da gestante.

É o que elucida Mirabete (2015), ao afirmar que nessa situação não há obrigatoriedade que o perigo seja iminente ou atual, mas sim que haja a confirmação que o prosseguimento com a gestação configurar-se-á na morte da mulher devendo o médico realizar o aborto.

Logo, deverão ser preenchidas três condições para que haja a exclusão da tipicidade do crime de aborto. A primeira delas é a necessidade de o aborto ser realizado por um médico especialista em ginecologia-obstetrícia, o que não impede

a realização deste procedimento por pessoa inapta à situação, tendo em vista o estado de necessidade, que exclui a tipicidade do crime.

Assim, diferentemente da hipótese de aborto em casos de estupro, que a conduta deve ser realizada somente pelo médico, aqui, para que ocorra o aborto necessário, tanto o médico quanto enfermeira, ou outra pessoa alheia à situação poderá realizar o ato em que pese a legislação aduzir expressamente que a conduta deverá ser realizada somente por médico habilitado.

Nesse sentido, Mirabete (2015), nos ensina que caso o aborto necessário seja praticado por pessoa não habilitada, essa poderá alegar estado de necessidade e assim não incorrerá na hipótese de aborto criminoso. Deste modo, o sujeito ativo deverá alegar estado de necessidade nos termos do artigo 24 do Código Penal tratando-se da existência de perigo atual para a vida da mulher.

Consequentemente, a enfermeira que praticar o aborto, tendo em vista que não há outro meio de salvar a gestante, não irá responder pelo delito, sendo favorecida pelo estado de necessidade do artigo 24 do CP e não do artigo 128, assim entende Jesus (2012). Deste modo, prossegue Cunha (2018) que aplicar-se-á a mesma discriminante quando a própria gestante movida pelo desejo de salvar sua vida aborta o fruto de seu ventre.

A segunda e a terceira condições são semelhantes e as mesmas explicam que deverá existir perigo de vida da gestante e não somente perigo de saúde, como também a obrigatoriedade de realização do ato quando não houver qualquer outra possibilidade de salvar a vida da gestante.

Logo, Cunha (2018), explica baseado na melhor doutrina que não há razões para que o aborto seja consentido pela gestante, mas que somente o profissional entenda ser necessário realizá-lo, por conseguinte, dispensável também é a autorização judicial.

Sob o mesmo ponto de vista, sustenta Prado (2019), que o consentimento da gestante é dispensável podendo ocorrer a intervenção para que o aborto seja realizado independentemente de sua autorização e do representante legal cabendo exclusivamente ao médico decidir sobre a necessidade ou não de intervenção cirúrgica para salvar a vida da mulher. Por conseguinte, qualquer médico poderá realizar o aborto, sendo desnecessário que a conduta perpetrada seja através de um especialista em ginecologia-obstetrícia.

Conseqüentemente, tampouco há que se falar em autorização judicial para interromper a gravidez, vez que o juiz não pode conceder o que o ordenamento jurídico não lhe faculta dar. Assim elucida Teles (2006), que de forma alguma o magistrado deve decidir sobre uma hipótese de perigo futuro, pois essa atitude se faz totalmente desnecessária, tendo em vista que somente o médico, com conhecimento sobre o assunto, poderá decidir entre realizar o aborto ou não.

### **2.1.3 FETO ANENCEFÁLICO**

Em 2012, aos exatos dias 12 de abril, o Pretório Excelso decidiu, por cinco votos a dois, julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 e autorizar a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, ou seja, aqueles fetos que não conseguirão ter uma vida extrauterina normal.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir essa modalidade de aborto, desde que comprovados através de perícia médica, que estes não possuem viabilidade na vida extrauterina. Cunha (2018) nesse sentido leciona que somente as anomalias que inviabilizem a vida extrauterina poderão motivar a autorização. Somados a isso, deverá existir protocolo que comprove a prova de dano psicológico da gestante.

De acordo com Prado (2019) a última hipótese de excludente de ilicitude presente no ordenamento jurídico brasileiro dar-se-á diante da existência de um feto que apresenta anencefalia, ou seja, um processo patológico de caráter embriológico que evidencia a falta de formações cerebrais (hemisférios e córtex) e conseqüentemente inibe o desenvolvimento das funções superiores do sistema nervoso central.

Pires (2013) elogia o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 54 assegurando que com este, a saúde da mulher adquiriu um âmbito maior de proteção, vez que a ciência da anencefalia por parte da gestante gera um quadro de perturbação psíquica muito grande e deste modo é garantido seus interesses, concluindo que estes devem prevalecer sobre o direito à vida do feto como um valor constitucional.

Ademais, obrigar uma mãe a ter um filho a partir da ciência de que o mesmo nascerá com anomalias severas que impossibilitará este de ter uma vida

extrauterina normal, ou com a certeza que este não sobreviverá por muito tempo ou até mesmo nascerá morto traz consequências severas na vida da mãe. Logo, o Estado e a sociedade não podem interferir no direito que a mulher tem de possuir sua integridade corporal, o que tornaria grande afronta aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

Para Scavone (2008) a decisão do Supremo Tribunal Federal foi fruto das manifestações sociais, em especial as feministas que pregam a liberalização do aborto em nosso país. Assim, após as inúmeras negociações políticas, bem como os avanços e recuos, concluir-se-á que o aborto em fetos anencefálicos reflete o caráter negociador e conciliador da própria investida das manifestações brasileiras.

Prado (2019) explica que o anencéfalo não é biologicamente capaz de ter uma vida inteiramente saudável, sendo certo que sua morte é inevitável e por isso classifica-o como um projeto embriológico falido.

Nesse sentido prossegue, Prado (2019, p. 214):

Com a morte neocortical confere ênfase aos aspectos relacionados à existência da consciência, afetividade e comunicação, em detrimento do aspecto biológico da vida. Em situações como essa, o feto não pode ser considerado como “tecnicamente vivo”, o que significa que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada.

O feto anencéfalo possui morte neocortical, ou seja, a morte dos aspectos relacionados à existência de consciência, afetividade, comunicação e outros. Deste modo, a doutrina entende que nesses casos não há vida intrauterina a ser tutelada, pois o mesmo não pode ser considerado ‘tecnicamente vivo’, o que autoriza a realização do aborto.

Bussato (2005, p. 588):

[...] é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial, ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior a cabeça.

Para Bussato, a anencefalia é uma patologia congênita que altera os ossos que rodeiam a cabeça, bem como a configuração da massa encefálica,

ocasionando em grave deformidade que torna inviável a manutenção da vida extrauterina. Há ausência parcial e até total do cérebro, na parte responsável pelo pensamento, tato, ouvido, etc.

Nesse sentido, Belo (1999, p.83):

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevivência do feto anencéfalo. Constata-se que a Anencefalia é uma alteração na formação cerebral, resultante de falha no início 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.

Essa alteração na formação cerebral inviabiliza a vida do embrião fora da barriga da mãe, constatando-se a falta dos ossos cranianos, bem como dos hemisférios responsáveis pelo desenvolvimento das relações interpessoais.

## **2.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 737**

Proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Comunista do Brasil – PCdoB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e Partido Democrático Trabalhista – PDT, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 737, visava questionar a inconstitucionalidade da Portaria nº 2.282, de 27 de agosto de 2020, do Ministério de Estado da Saúde, por violação a preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

A portaria do Ministério da Saúde elencava uma série de prerrogativas a serem preenchidas diante da ciência de gravidez resultante de estupro com existência de previsão legal para isentar o médico que praticar aborto quando ciente da condição que o feto foi gerado.

Todavia, antes da edição da mesma, a vítima deveria relatar ao médico responsável que desejaria realizar o aborto e o mesmo deveria obrigatoriamente comunicar à autoridade policial (artigo 66 da Lei de Contravenções Penais) e assim sendo, somente o médico habilitado poderia conduzir o procedimento ficando vetado a qualquer pessoa estranha, inclusive enfermeiros, sob pena de responderem pelo crime.

Entretanto, o Ministério da Saúde visando conferir mais segurança jurídica ao profissional responsável pelo procedimento, editou em 27 de agosto de 2020 quatro fases a serem preenchidas. O primeiro passo dar-se-á na obrigatoriedade de notificar à autoridade policial, existência de casos de gravidez resultante de estupro preservando possíveis evidências materiais do crime para só então dar início as fases que são chamadas de Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez, onde as informações são registradas em formato de termos, os anexos arquivados em prontuários médicos e a confidencialidade garantida desses termos.

Prosseguindo o raciocínio, a primeira fase será constituída pelo relato circunstanciado do acontecido realizado pela própria vítima com dois profissionais de saúde como testemunhas devendo a mesma assiná-lo e se incapaz pelo representante legal, bem como os dois profissionais de saúde.

A segunda fase dar-se-á com a intervenção do médico, que emitirá um parecer técnico após realizar uma série de avaliações detalhadas, como exame físico geral, exame ginecológico, laudo ultrassonográfico e demais que este entender prudente. Logo após o parecer ser constituído, três integrantes, da equipe de saúde profissional (obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social e/ou psicólogo) subscreverão o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez sem existir quaisquer divergências com a conclusão do parecer inicialmente feito pelo médico.

Assim, a equipe médica também deverá dar ciência à autoridade policial acerca da possibilidade de visualização do feto ou embrião por meio de ultrassonografia, caso esse seja um pedido da vítima, que deverá expressar seu desejo através de documentos.

A terceira fase constitui-se na assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade e se for incapaz, também de seu representante legal, contendo advertência expressa sobre previsão dos crimes de falsidade ideológica e aborto, caso não tenha sido vítima de estupro.

A quarta fase, encerra o procedimento, com o chamado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que conterà o esclarecimento à mulher e deve ser realizado em linguagem acessível, bem como assinatura ou identificação datiloscópica e declaração expressa sobre a decisão voluntária e consciente da vítima incluindo aí as consequências advindas do aborto.

Deste modo, os partidos políticos entenderam que a referida portaria estaria em desconformidade com os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, a exemplo da dignidade da pessoa humana. Logo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 737 foi proposta pelos mesmos, tendo estes partidos legitimidade para tanto – é o que consta o artigo 2º da Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento de ADPF, nos termos do §1º do artigo 102 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. (BRASIL, 1999).

E quem são esses legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade? O artigo 103, inciso VIII da Constituição Federal, os prevê: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VIII - partido político com representação no Congresso Nacional”. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o sujeito ativo da referida ADPF está em conformidade com a Lei, ademais ter sido proposta perante o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para tal, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. (BRASIL, 1988).

Sucedeu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental ao ser recepcionada pelo STF provocou uma série de reações, ou seja, um dia antes do julgamento da mesma, o Ministério da Saúde revogou a portaria objeto da proposta e a ação foi extinta pela perda do objeto.

Na nova portaria disposta aos 23 dias de setembro de 2020, número 2.561, as prerrogativas são na prática iguais a sua predecessora, todavia, a mudança na ordem destas e a tentativa de burlar um possível julgamento ou ao menos atrasá-lo piorou ainda mais a situação das mulheres vítimas de estupro.

O artigo 1º, aduz expressamente acerca das quatro fases que devem ser percorridas ao longo do procedimento chamado de Justificação e Autorização de Interrupção da Gravidez. O artigo 2º, continua exigindo que a vítima e dois profissionais de saúde realizem um relato circunstanciado do evento, devidamente assinado e contendo:

- I. Local, dia e hora aproximados.

- II. Tipo e forma de violência;
- III. Descrição dos agentes da conduta;
- IV. Identificação de testemunhas, se houver;

A segunda fase semelhante à portaria revogada também se dará por exame médico detalhado contendo assinaturas do médico responsável e demais integrantes da área da saúde. A terceira fase se verifica com a assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade e por último, o Termo de Consentimento lido e esclarecido, seguidos da realização do aborto.

Atualmente a portaria segue esperando julgamento no Supremo Tribunal Federal com o escopo de coibir todas essas prerrogativas diante da ciência da gravidez resultante do estupro. O que acontece é a infringência máxima dos direitos da dignidade da pessoa humana da mulher, somadas ao desrespeito e abalos psíquicos e físicos, que sobrevirão à gestante, caso ela prossiga com essa gestação e inclusive ainda sob efeito de estresse pós-traumático vir a enfrentar todos os trâmites exigidos pela portaria.

Em que pese a portaria ter sido revogada para que a ADPF viesse a perder o objeto e assim ser extinta, a nova portaria admitida só veio demonstrar tamanha irresponsabilidade dos órgãos em relação aos imbróglios que permeiam a seara penal.

Para os partidos há severa inconstitucionalidade em todas as premissas exigidas para configurar o aborto culminando em clara afronta à Constituição da República, o que conseqüentemente evoca a importância da palavra da vítima quanto aos crimes relativos à violência sexual, tendo em vista que todos eles são praticados às escondidas.

Logo, a vítima acompanhada de um familiar e a constatação médica que realmente houve violação à dignidade da mulher são suficientes para ensejar na interrupção da gravidez sendo desnecessário todo esse trâmite, que na visão dos críticos, configurar-se-á num impacto psicológico muito grande, sem contar o desgaste que permeia essa situação.

Todavia, a portaria segue sustentada em razão da Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o artigo 225 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), tornando pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual aduzindo que o médico e os demais profissionais de saúde deverão comunicar imediatamente a autoridade policial e



preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012.

Em suma, os partidos aguardam novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que se encontra paralisado desde agosto de 2020. Espera-se que de modo objetivo e considerando todas as particularidades e possíveis situações que permeiam as relações humanas, a incluir a criminalidade, que seja realizado julgamento de forma a beneficiar a vítima e inclusive proteger sua integridade física, psíquica e social.

### **2.3 ABORTO SOB A ÓTICA CONSERVADORA E LIBERAL**

Não é de hoje que as discussões sobre os mais diversos assuntos encontram opiniões que se chocam abruptamente e dividem a sociedade em grupos, que buscam pregar suas ideias de forma a encontrar seguidores e fazer disso sua religião. Essas discussões críticas são extremamente normais e necessárias tendo em vista a existência e convivência do ser humano que se baseia em múltiplos pensamentos, múltiplos posicionamentos e grupos que acolhem a todos.

Assim é a discussão sobre o aborto, que encontra seguidores dentro da visão religiosa, feminista, social e médica e possui peculiaridades que diante da temática abordada faz-se necessário expor e procurar entender cada uma, buscando agradar a todos quantos fizerem uso desse material, sem olvidar do posicionamento pessoal e fundamentado que será abordado no final do trabalho.

Para o Catolicismo o aborto é tratado como crime e pecado mortal, partindo do pressuposto do dogma de que Deus é o ator da vida persistindo a teoria da animação imediata, desde meados do século IV até a atualidade. Essa teoria idealizada por São Basílio prega que o feto adquire alma no momento da fecundação e desde então é considerado um ser humano, sendo inadmissível a prática de aborto em qualquer mês gestacional.

No mesmo sentido, Campos (2007) esclarece que no momento em que o óvulo é fecundado a alma passa a pertencer a ele e assim o aborto é considerado assassinato de bebês, cuja pena é a excomunhão da Igreja Católica.

Todavia, esse entendimento que persiste até os dias de hoje, encontrou uma brecha que permitiu a prática de aborto e ela se deu no século VI através do Código de Justiniano, onde escritos afirmavam que o feto só adquiria alma após tornar-se forma humana, o que viabilizava o aborto antes disso, ou seja, não era imputado crime.

Loricchio (2001), explica que o posicionamento adotado pela Igreja Católica através dos séculos foi fruto dos entendimentos pregados naquela época e também pelas recentes descobertas. Logo, os fiéis seguiam a doutrina que lhes eram fornecidas, a par disso é teoria do movimento, onde o feto passava a ter alma assim que passasse a ter os primeiros movimentos na barriga da mãe.

De outro lado, Pio no século IX veio restabelecer a teoria da animação imediata, assegurando que a partir da concepção o feto passa a ter alma, e que em hipótese alguma é admitida o aborto, sequer em razão da hipótese elencada no inciso I do artigo 128 do CP, aonde a conduta do médico que realiza o aborto para salvar a mãe é atípica.

A doutrina católica prega de forma radical as concepções inerentes a gravidez e levam bastante a sério as condutas provenientes destas. Deste modo, não aceita qualquer método que vise inibir a gravidez, somente a abstinência sexual em alguns casos específicos e o furto das relações sexuais envolvendo o casal, quando ambos visam um propósito perante Deus, nesse sentido, para os católicos Deus é o autor da vida e por isso somente ele pode ceifá-la.

Entretanto, de acordo com Prado (1985) houve um momento na história em que a Igreja Católica permitiu que fosse realizado o aborto e deu-se diante da ciência de que o feto foi fecundado nas trompas, logo, este não sobreviveria e muito menos a mãe.

Primeiramente em 1902, a Igreja não quis aceitar em hipótese alguma o aborto, nessa ocasião, contudo, em 1947 essa política foi deixada de lado e de acordo com Prado (1985), o médico não poderia retirar o embrião, mas sim a trompa inteira, o que de certa forma dificultaria uma futura gravidez, mas a Igreja Católica não aceitaria intromissão direta no óvulo fecundado.

Para os protestantes, a questão do aborto é tratada de modo flexível aceitando que o mesmo ocorra diante da hipótese do inciso I do artigo 128 do Código Penal, ou seja, dar-se-á mais valor na vida materna, pois de acordo com Prado (1985), se uma escolha tiver de ser feita, de forma prioritária deverá escolher

a mãe, levando em consideração todos os momentos que ela passou ao lado do feto, da gestação em si, as dificuldades provenientes desta e também se não existir outra alternativa a não ser o aborto, o médico deverá decidir de forma bastante conclusa o momento em que mãe desligará sua responsabilidade do feto.

O posicionamento adotado pelos protestantes em muito se difere dos católicos, pois o primeiro não decidiu a partir de qual momento o embrião começa a vida humana e assim vindo a possuir uma alma. Obviamente, é sensato que as denominações religiosas não venham a adotar o aborto como forma de planejamento familiar, todavia, em relação à prevenção, os protestantes são uníssonos e ambas aceitam que as mulheres usufruam de pílulas anticoncepcionais, camisinhas, DIU, entre outros métodos.

Não se pode olvidar que o direcionamento encontrado em ambas as religiões é a união de duas pessoas com a finalidade reprodutiva, dessa maneira, é comum existir um preconceito que permeia e interfere nas relações familiares, todavia, a partir da evolução da sociedade tem-se percebido a flexibilização desse pensamento, que até então permite ser realizado o aborto diante do feto anencefálico.

Diferentemente é o posicionamento dos islâmicos, para eles o embrião não é dotado de vida humana, o que não favorece o aborto, pois são uníssonos em condenar a prática. Contudo, Prado (1985), em sua pesquisa levantou escritos do Grão Muft da Jordânia, há 1500 anos atrás aonde é possível encontrar que a gravidez era interrompida nos 120 primeiros dias através de medicamento abortivos, ou seja, em momentos que o feto ainda não é considerado vida humana.

Inclusive Campos (2007), afirma que no Islã há duas correntes aonde o aborto é permitido. A primeira corrente é somente quando a vida da mãe se encontra em perigo, ou seja, não há outro modo de salvá-la, e a segunda corrente consiste num limite de 120 dias para a prática de aborto, através de medicamentos, concluindo que não há ali existência de vida humana.

Deste modo, é possível concluir que apesar de serem contra o aborto, há relatos que a falta de posicionamento quanto ao início da vida humana flexibilizaria a prática de aborto nos primeiros meses gestacionais. Prado (1985), prossegue raciocínio afirmando que em detrimento da prática os islâmicos partem do pressuposto da constituição de carne e osso, ou seja, somente a partir dessa formação é que há punição, e esta é considerada homicídio.

Logo, para Loricchio (2001), o embrião passa por diversos estágios de formação e nesse sentido punir-se-á o aborto praticado antes do quarto mês de gestação, apenas com uma indenização no preço de cinco camelos e após o quarto mês preço equivalente a 100 camelos somados a pena de assassinato.

Os espíritas por sua vez veem o aborto como crime, apesar de acreditar que exista vida após a morte e crença na reencarnação do espírito. É importante nesse sentido ressaltar que a visão dos espíritas e do crime de aborto é um tanto quanto diferente das outras religiões. Para eles o espírito vem ao corpo mandado por Deus na gestação e recusá-lo, em outras palavras, abortá-lo, significa que a mulher está recusando aquilo que Deus enviou através da reencarnação desse espírito.

Nessa esteira, Moreira (2001, p. 02) salienta:

O aborto é um crime nefando, porque praticado contra um inocente indefeso; o produto da concepção está vivo e tem o direito divino de continuar vivendo e de nascer. Transgrede-se assim o 5º Mandamento: 'não matarás'. Errar é humano, assumir o erro é divino. O espiritismo não aceita a legalização do aborto, nem com ela compactua, porque legalizá-lo é legalizar o crime e a irresponsabilidade. O "aborto seguro" com que acenam, dizendo-se defensores da vida da mulher, mesmo se verdadeira, não passa de uma proposta para o crime, em que saem em desvantagem as vítimas, os inocentes e indefesos conceptos e aparentemente premiada a irresponsabilidade, excetuando-se destas o caso de estupro, no qual também não justificamos o delito, pois mesmo aí existe compromisso cármico a ser cumprido.

Em que pese a consideração feita acima sobre os católicos serem radicais quanto à prática do aborto, têm-se que os espíritas podem ser colocados em primeiríssimo lugar no rol dos defensores pró-vida ao admitirem ter um compromisso cármico a ser cumprido mesmo diante de casos de estupro, o que via de regra é legalizado no Brasil.

Todavia, os adeptos da religião e aqui cabem a todos nós o respeito, não só pela laicidade estatal, mas pela prudência do posicionamento, seguem esses ensinamentos e acreditam que a liberdade de dispor do próprio corpo pregado pelos liberais são meros preceitos mascarados que inibem o crime, ainda que em situações excepcionais, sejam verdadeiros. Em suma, para os espíritas, abortar é crime e total irresponsabilidade para com os seres indefesos.

Para o candomblé não há quaisquer restrições contra ao aborto e também não há nenhuma a favor. Sendo assim, os relatos encontrados dizem somente ao esforço da manutenção da vida. Todavia, Perna (2007), explica que apesar de não existir relatos sobre o aborto, há uma crença no candomblé que quando a mulher traz ao mundo mais de uma criança morta, essas são consideradas aparições do mal.

Enquanto isso, os liberais pregam e defendem a possibilidade de as mulheres realizarem o que chamamos de 'aborto seguro', seguindo todos os protocolos médicos e psicológicos, a fim de garantir a democracia no que tange aos direitos inerentes à própria pessoa humana, sendo eles: liberdade em dispor do próprio corpo, autonomia da mulher, liberdade nos relacionamentos, entre outros.

A partir dessa pauta, considerada relevante tendo em vista que esse trabalho de pesquisa possui viés crítico é importante compreender quais os argumentos que fundamentam a luta pela descriminalização do aborto dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Começaremos pelo feminismo caracterizado pela luta em prol da efetivação dos direitos fundamentais inerentes a mulheres e a desconstrução do patriarcado que segundo o movimento está impregnado em todas as esferas sociais, e traz consequências substancialmente corrosivas para as mulheres.

Tudo começou anos atrás, quando a prática de sexo casual estava inserida no mundo masculino, sendo predominantemente proibido às mulheres, cuja finalidade era somente a de procriar e ser dona de casa, fadadas a um relacionamento falido.

Assim sendo, um grupo feminista teve a brilhante ideia de promover uma revolução sexual e proporcionar às mulheres as mesmas façanhas dos homens e surgindo o desejo de praticarem sexo casual, todavia, sem a escravidão à gravidez indesejada. Deste modo, em meados de 1960 surgiu a primeira pílula anticoncepcional, tornando-se o símbolo da liberdade sexual das mulheres, que persiste até os dias atuais.

Sucedem que existiam situações em que as mulheres se deparavam com a gravidez e convictas de que a mesma era indesejada começam a lutar pela descriminalização do aborto com a finalidade de realizarem protocolos seguros e com poucas ou nenhuma consequência.

Logo, de acordo com Ardaillon (1997), a corrente majoritária do movimento feminista que é a favor da legalização do aborto segue a linha de

pensamento liberal das feministas internacionais no início dos anos de 1970. Deste modo, há claro confronto entre os pensamentos defendidos e a permanência de proibição legal escrita no Código Penal, que criminaliza o aborto, salvo caso de estupro e risco de vida da gestante.

Juntamente com os demais pensadores liberais, o aborto serviria como posição política fundamentada no princípio do direito individual, ou seja, de acordo com Barsted (1992), constituiriam fórmulas gerais, como: direito de decidir pelo número de filhos, direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo, etc.

Assim, em meados de 1970, as feministas já tinham suas concepções formadas e ao se depararem com a redação da Constituição de 1988 tentaram incrementar suas ideias nestas, o que foi totalmente rejeitado. Logo, Pinto (2003), considera que a ausência de uma demanda que confere direito ao aborto na Carta Magna foi um retrocesso e um avanço das táticas conservadoras.

Na medida que as religiões se opõem frontalmente ao aborto independentemente das convicções arroladas pelos defensores, o feminismo prega de todas as maneiras os benefícios da descriminalização em prol da liberdade da mulher e de sua saúde.

Os argumentos que até hoje são explícitos dizem respeito ao aborto ser caso de saúde pública ultrapassando a esfera particular, ou seja, o Estado deverá garantir que a mulher tenha direito ao aborto fundamentando essa prática na democracia e demais direitos como os individuais (não querer ter filhos) e sociais (pobreza extrema, falta de apoio familiar, inexistência de equilíbrio psíquico e emocional para educar uma criança).

O aborto sob a ótica liberal segue praticamente todos os preceitos esboçados pelo feminismo acrescentando o fato do Brasil ser um país laico, o que determinaria uma revisão na criminalização do aborto, tendo em vista que religiões como o candomblé são uníssonas em liberar a prática aos seus adeptos não possuindo argumentos contra nem a favor.

Por outro lado, o aborto sob a ótica conservadora considera que a descriminalização do aborto determinaria um retrocesso para o Estado Democrático de Direito, diante das recentes decisões dos Tribunais que consideram o feto como detentor de direito da personalidade. Aqui os nascituros também possuem direitos, o que faz desse imbróglio um dos maiores da América Latina e suscitam inúmeras discussões que nunca chegam ao fim. Logo, ainda nessa perspectiva, os

conservadores também seguem os preceitos elencados pelas religiões que consideram o aborto crime e pecado.

Em suma, há que se considerar que a existência de dois posicionamentos dentro de um ordenamento jurídico brasileiro, bem como a divisão de opiniões não retira a credibilidade que ostenta nossa democracia de produzir razões e fundamentos para a busca de uma sociedade igualitária.

Outrossim, o próximo tópico trata das consequências do aborto clandestino na saúde da mulher, uma das justificativas encontradas pelo movimento dos que pugnam pela descriminalização do aborto.

## **2.4 CONSEQUÊNCIAS DO ABORTO CLANDESTINO NA MULHER**

Uma das justificativas para a descriminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro são as consequências deste realizado de forma clandestina na saúde da mulher em que pese não existir comprovação científica de que o aborto realizado em clínicas autorizadas e de forma segura irá inibir quaisquer consequências.

De acordo com Barroso; Cunha (1980), o aborto provocado expõe a mulher a inúmeros riscos e complicações, que variam a partir da maneira que o mesmo é realizado assegurando que as pesquisas médicas mostram que o aborto quando é realizado em boas condições tornam os riscos bem pequenos, ao contrário daquele realizado de forma clandestina.

Cerca de 70 mil mulheres ao ano, procuram meios eficientes para realizar a interrupção da vida intrauterina, de acordo com os dados do Sistema Único de Saúde (SUS), o que faz com que a incidência de óbitos decorrentes de complicações desses abortos chegue a 12,5%, ocupando o terceiro lugar de causa de mortalidade materna, com maior índice nas regiões de norte e nordeste - é o que aduz Mariutti (2005).

De acordo com Peres (2016), ao contrário do que muitos pensam, os danos não ficam restritos aos aspectos físicos, mas estendem-se à danos psicológicos extremamente graves que destroem a autoestima da mulher, bem como inibem o desejo sexual, desencadeando uma profunda depressão com tendência a comportamentos autodestrutivos e suicidas.

Além disso, os relacionamentos sociais são intimamente atingidos, diante da existência do preconceito com mulheres que já praticaram aborto. Nesse sentido, Pinto (2003) explica que a outra consequência do aborto é o fator social, quando há interferência no relacionamento interpessoal, ou seja, há comprometimento entre futuros esposos, pois a prática realizada antes do matrimônio faz com que a admiração pela mulher se perca e nisso a desconfiança se consolida.

Em relacionamentos matrimoniais a consequência é ainda mais severa caso a prática seja decidida somente pela mulher, a hostilidade do marido contra a mesma deixa marcas profundas, bem como, as situações que envolvem hostilidade da mulher contra o marido, se esta foi obrigada a abortar.

Nesses termos, no que tange as consequências psicológicas, Pinto (2003), segue afirmando que autoestima da mulher é totalmente corrompida pela destruição do próprio filho desenvolvendo perda do desejo sexual, aversão ao marido ou amante, bem como, culpa severa diante do fato de que existia da parte dela instinto materno para proteger o bebe e não o assassinar, sem contar as desordens e neuroses psicossomáticas que sobrevieram.

Ainda tecendo comentários sobre o assunto, há de se observar que dependendo do método utilizado e da clínica, além do profissional que realizará o procedimento, a mulher corre grande risco de sofrer consequências como: perfuração do útero, lesões intestinais, tétano, infecções, hemorragias (em 90% dos casos), complicações reais e hepáticas através da ingestão de medicamentos abortivos, além de abortos espontâneos e futura esterilidade, é o que ensina Benute (2002).

Para Benute (2002), cada mulher encara a gestação de forma bastante particular, cabendo a realização de uma reflexão moral, social e psicológica acerca dos dados e das justificativas que levam uma porcentagem mínima a não encarar com bastante expectativa a vivência maravilhosa da gestação e conseqüentemente decidirem por realizar o aborto.

A situação é encarada e criticada em todas as esferas que permeiam a mulher, observando o comportamento e as decisões que são tomadas, a partir do pressuposto de que a legislação brasileira criminaliza o aborto e em apenas três hipóteses poder-se-á decidir por este. Logo, essa constatação jurídica agrada pouquíssimas pessoas e desempenha importante fator no que concerne as



justificativas apresentadas a fito de descriminalizar o aborto no ordenamento brasileiro.

Essas divagações são fruto do que chamamos e explicamos no tópico anterior como efetivação dos direitos fundamentais inerentes a mulher, aplicado analogicamente à gravidez. Porém, certo é que há direitos e garantias que não podem ser colocados numa balança, para decidir qual é a de maior importância.

Além disso, no que diz respeito as consequências, destaca Moreira (2001), que a mulher deve estar ciente de todas as complicações possíveis que irão acompanhá-la durante e após o processo de abortamento, inclusive de que dependendo do método utilizado, o procedimento pode levar a morte, e quando essa não for o resultado final (além da morte do bebê), consequências irreparáveis no corpo físico e psicológico, poderão ser observadas.

Nesse prisma, e em sentido não contrário temos o entendimento de Papaleo (1993), sobre as consequências do aborto e estas são: hemorragias, esgotamento, perturbação nervosa, aparecimento de tétano, irregularidade no período menstrual com cólicas muito forte, anemias, inflamações no útero e corrimento, que exigirá tratamentos especializados, todavia, nem sempre coroados de êxito. Temos ainda, em complemento, frigidez sexual e esterilidade definitiva da mulher, além da necessidade de histerectomia (extração total do útero) e envelhecimento precoce.

De fato, e indo além, Francisco Razzo em sua obra: *Contra o Aborto* (2017), apresenta ideias com bastante clareza, certeza e segurança sobre os malefícios do aborto. Ele sintetiza a questão e leciona sobre a importância de apoiar as gestantes e procurar entender as mais hercúleas situações que lhes sobrevém, pregando uma posição abstencionista da filosofia com foco na adoção de medidas que contemplem familiares e amigos.

Conforme Razzo (2017), o alto índice de mortes decorrentes de abortos clandestinos, sobretudo em mulheres que não têm condição de pagar um procedimento seguro, acaba por desencadear uma série de debates que consideram inaceitável sobrepor a vida do embrião, em prol da integridade física, moral e social da mulher.

Mais especificadamente, os embriões não têm direito à vida, pois, de acordo com Razzo (2017, p. 37): “não passam de um minúsculo amontoado de

células sem consciência, por isso, não podem ser considerados sujeitos de direito, de tal forma que, matar um embrião, não é matar um de nós”.

Sem dúvidas, para os seguidores da corrente a favor da descriminalização do aborto, não cabe ao Estado controlar a saúde reprodutiva e sexual da mulher, ainda que coubesse respeito moral e proteção legal ao embrião, pois a decisão de abortar continuaria sendo ato legítimo e, portanto, foro íntimo da mulher.

Mas cuidado, em linhas gerais, seguindo a temática proposta, há uma ressalva envolvendo a questão do aborto, e ela se dá na medida que existe outro lado, que combate o aborto e considera-o inadmissível assim como o homicídio. Nessa esteira, o próximo capítulo tratará de princípios e direitos civis-constitucionais.

### 3 DIREITOS CIVIS- CONSTITUCIONAIS

Este capítulo possui a finalidade de estudar os direitos civis-constitucionais relacionados intimamente ao aborto. A abordagem desse assunto é de fato relevante para a compreensão das discussões atuais e do choque abrupto que esses princípios experimentam, buscando através de um viés didático compreender seus conceitos.

O direito à vida consagrado constitucionalmente abre o presente capítulo, por ser o mais importante no quesito raça humana e na defesa dos seres indefesos, mais conhecidos como feto, embrião, entre outros. Juntamente a isso, abordar-se-á o direito da mulher em dispor do próprio corpo e quais os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto.

Ainda no capítulo, convém falar a respeito do direito de não nascer, grifando de antemão ser essa modalidade expressamente proibida no Brasil, diante das valorativas constitucionais respaldadas pela dignidade humana. Dentro deste tópico também será exposto a famosa eugenia idealizada por Francis Galton e até hoje bastante debatida, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, em autorizar o aborto de fetos anencefálicos.

Por último e não menos importante, debater-se-á sobre os direitos dos nascituros e quais as teorias existentes, bem como a adepta do ordenamento jurídico brasileiro. Almeja-se expor o conceito do nascituro e as duas faces interpretativas quanto ao momento do início da vida humana e até que ponto o aborto seria permitido, por se tratar de interrupção de vida intrauterina.

A necessidade premente de expor certas acepções fundamentar-se-á na hercúlea tarefa de discutir todos esses direitos à luz da dignidade da pessoa humana, além de poder observar ainda que na teoria quais os motivos e matrizes ideológicas, religiosas e até mesmo políticas carregam as partes envolvidas nesse imbróglio.

De certa forma, a abordagem suscita desses direitos não retira desta tamanha credibilidade no que concerne à didática, além de preparar o leitor para compreender o conflituoso antagonismo presente nos dois direitos que são objetos deste trabalho. Logo, o método utilizado é o dedutivo, e o capítulo foi dividido da

seguinte maneira: 3 Direitos civis- constitucionais; 3.1 Direito à vida; 3.2 Direito à liberdade de dispor do próprio corpo; Direito de não nascer: um tema mal colocado; 3.3.1 Aborto eugênico; 3.4 Direito do nascituro.

### **3.1 DIREITO À VIDA**

O que é o direito à vida? Quando a mesma se inicia? Quais os fundamentos legais que justificam a (des) criminalização do aborto nas maiores potências mundiais? O que a sociedade espera das políticas públicas implantadas pelo governo federal e quais consequências advindas destas?

Essas são algumas das perguntas feitas por todo aquele que se interessa na temática do aborto. O que não se pode olvidar é que essa discussão que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro tem se intensificado nos últimos meses a partir da decisão histórica e retrograda da Argentina, que legalizou o aborto e foi muito bem recepcionado pelas diversas camadas sociais e em especial o movimento feminista, cujo grito de guerra ecoava entre as fronteiras mundiais, através da atuação midiática e em alto tom: “Abaixo o patriarcado que vai morrer, que vai morrer, viva o feminismo que vai vencer, que vai vencer”.

É de se esperar que um Estado, pautado em fundamentos democratas, com estirpes na valorização da dignidade humana resguarde constitucionalmente o direito à vida, tornando-o absoluto, sendo objeto da maior proteção de bens jurídicos da esfera penal e colocando-a num patamar superior ao interesse público.

Nesse sentido, bem observa Diniz (2014, p. 49): “A vida humana está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos devendo ser protegida contra quem quer que seja.” Na mesma linha de raciocínio, Moraes (2014, p. 34) alude: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Os fundamentos dos conceitos aduzidos partem do pressuposto valorativo da dignidade humana em detrimento das demais questões que permeiam o Estado Democrático de Direito, ou seja, os atos dos Poderes Públicos dever-se-ão priorizar o direito à vida acima de qualquer legislação e ou tratado, além da necessidade de sua manutenção como um pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos encontrados na órbita brasileira.

Sobre o assunto e partindo de preceitos absolutos, explica Razzo (2017, p. 59): “O direito à vida é absoluto, tanto da mãe quanto do embrião. Deve-se considerar que a realidade e o valor da vida humana não são dados determinados pelas impressões pessoais, estados psíquicos, condições financeiras e classe social”.

A sobreposição do direito à vida em relação aos demais princípios e subprincípios de ordem jurídica, perfaz na valoração das estatísticas fundamentais somadas às normas reais pré-estabelecidas pelas legislações considerando e ignorando alguns dados, sejam eles psicológicos, financeiros e ou sociais. Deste modo, é que o Estado deve assegurar que todos tenha o direito à vida, de forma “absoluta” e sem direito à contrarrazoar.

Sob tal título, Mendes; Branco; Coelho (2011), afirmam que a postura estabelecida diante do direito à vida e sua primazia nos demais preceitos servem de parâmetro para que os demais direitos sejam estabelecidos configurando-se numa premissa proclamada pelo legislador constituinte.

Para Bedin (2002), o direito à vida transpassa todo mundo moderno, além de estar tão fixado no ordenamento jurídico, bem como no cotidiano, que qualquer medida tomada com o escopo de restringi-lo, torna-se de imediato, uma polêmica, a par disso são as questões de envolvem o direito ao aborto.

É nessa lógica que Sarlet (2005), afirma ser o direito à vida, um direito de viver, tanto na esfera corporal, quanto biológica, física e psíquica, ou seja, à vida humana num geral. No mesmo sentido, Fernandes (2018, p. 425), assenta:

Porém, temos que a vida, enquanto direito fundamental básico, não pode e não deve ser analisada apenas pela ótica biológica. Daí a atual concepção de que o direito à vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: direito da vida em si mesma (estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência). Portanto, as doutrinas constitucionais mais recentes desenvolvem uma compreensão diversa do entendimento biológico compreendendo a concepção de vida conectada à de dignidade humana.

O direito à vida deve ser analisado de acordo com o conjunto mínimo fundamental inerente ao ser humano, não se restringindo à ótica biológica, mas sim ao direito de estar vivo e estar vivo com condições ínfimas de existência, que deverão ser amplamente garantidas pelo Estado.

Logo, a expectativa relacionada ao direito da vida advém desde a concepção intrauterina com garantias asseguradas pelo Estado e o desenvolvimento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, além do estado biológico e demais aspectos.

Nessa dimensão Sarlet (2005), preleciona que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada ao direito à vida, principalmente no que concerne a visão ideológica e política. Deste modo, acaba por constituir um preceito que vai além das estirpes religiosas, filosóficas e históricas estendendo seus efeitos à respectiva situação global civilizacional e cultural da sociedade.

As matrizes religiosas, filosóficas, políticas e históricas não podem cercear o direito à vida integralmente garantido pelo Estado, além do que a situação global em que a sociedade se encontra inserida e a diversidade cultural aumentam a probabilidade da existência digna e absoluta, que deve ser amplamente respeitada desde a concepção.

A par disso, é que se levantam os questionamentos a respeito do início da vida, e Capez (2016), entende que a vida é o funcionamento contínuo aos seres e que quando se trata do início da mesma não existe um consenso surgindo três momentos que podem ser considerados iniciais, qual seja: fecundação, nidação ou a partir do desenvolvimento de atividade cerebral e neuronal.

Seja ela qual for e no tópico 3.4 discutiremos qual delas é recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sabe-se que para Cambiaghi (2012), a fecundação ocorre com o encontro dos gametas masculino e feminino. Já a nidação se refere ao momento em que o embrião é implantado no útero, nos termos de Meldau (2016), tudo depende do momento em que se considera que a vida está a existir.

Ainda nessa linha de raciocínio, Silva (2008, p. 66), explica:

Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós nos parece que no feto já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou.

Sob esse enfoque, se considerarmos que o feto não é um amontoado de células como pregam alguns radicais, temos que a realização do aborto configurar-

se-ia em homicídio, além das consequências psicológicas e a repulsa social, que inclusive é garantida na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aduz que “todo individuo tem direito à vida, à liberdade e à segurança nacional”. (ONU, 1948). Do mesmo modo Diniz (2007, p. 24):

A vida tem prioridade sobre todas as coisas uma vez que a dinâmica do mundo nela contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.

Mais uma vez é cediço que a vida se encontra em patamar de prioridade com relação aos demais direitos inerentes à pessoa humana, sendo descabível qualquer fundamentação que se omite em abordar a dinâmica apresentada pela vida, o que de certa forma torna as situações em premissas sem sentido, ou seja, haverá um confronto ideológico, partidário, social, religioso e cultural que incidirá com primazia o direito à vida.

Mas como e quando se inicia a vida humana? Greco (2011, p. 223) explica que:

De acordo com a teoria da concepção, a vida humana inicia-se no momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo unindo seus genes e produzindo um novo indivíduo, com seu conjunto genético único. No instante em que o gameta masculino se funde ao gameta feminino origina o zigoto, um ser unicelular, mas que já representa uma vida humana: originado o zigoto, concebe-se um ser humano novo, detentor de direitos como todos os outros.

A teoria da concepção elucidada por Greco, afirma que a vida se inicia quando o espermatozoide fecunda o óvulo, unindo os genes e formando um novo indivíduo, detentor de direitos como todos os outros. Mirabete (2010) partilha da mesma tese concepcionista e afirma que o aborto significa a cessação da gravidez eliminando o produto da concepção, compreendendo desde a morte do ovo (3 semanas) indo ao embrião (3 semanas a 3 meses) e ao feto (após 3 meses), não sendo necessário a respectiva expulsão do útero da mãe.

Ora, tal premissa é essencial para a análise da temática do aborto podendo suprir todas as divagações existentes, entre outras palavras, ao dissertar

sobre a interrupção da vida intrauterina e os princípios que regem o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, as concepções relacionadas ao início da vida humana são deveras carregadas de alto grau absolutista, sendo assim, se a vida começa quando o espermatozoide fecunda o óvulo, desde logo esta é considerada um direito absoluto, sendo portanto o aborto, crime.

### **3.2 DIREITO À LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO**

A constante evolução social e a disparidade de pensamentos no que diz respeito à liberdade em dispor do próprio corpo, além do discurso falido e programado têm suscitado no decorrer das relações públicas e privadas inúmeras situações de busca à tutela de direitos inerentes à mulher, sejam eles de ordem objetiva e ou subjetiva.

Dentre as tutelas pretendidas, em especial está a tutela sexual, pleiteada pelo Código Penal, garantindo a todos independentemente do gênero, liberdade de se relacionar com quem aprouver, bem como aplicações de sanções quando essa liberdade for cerceada por fraude, importunação sexual, assédio, exposição da intimidade, estupro, entre outros.

Atrelada à tutela sexual está o direito à autodeterminação consistindo na liberdade da pessoa em dispor do próprio corpo, de fazer tatuagens, colocar piercings, usar a roupa que quiser, pintar o cabelo da cor que quiser, entre outras possibilidades.

Todavia, essas acepções apresentadas, quando partem de um pressuposto subjetivo, não criam conflitos na coletividade. Diferentemente da liberdade em dispor do próprio corpo em questões como o aborto, fundamentada na tutela de direitos reprodutivos da mulher e que dar-se -á no confronto de dois princípios fundamentais, dignidade humana da mulher *versus* a do embrião.

Quando esses desejos subjetivos passam a circular a órbita objetiva, o Estado através dos três poderes precisa interferir nessas decisões, tendo em vista que à afronta que até então era meramente abstrata passa a ser concreta e dotada de inúmeras implicações morais, jurídicas, religiosas e filosóficas.

A emancipação do corpo da mulher cria o que chamamos de teoria infundada dos princípios feministas, que pregam a libertação da mulher do seio patriarcal e das amarras do Poder Judiciário somado à religião, moral e ética, que



insistentemente tentam controlar o corpo da mulher, tornando-o uma sacralidade que não prima pelo princípio da igualdade e além do mais é responsável pelas premissas marginalizadas dos direitos das mulheres.

Logo, a inclusão da mulher como figura de direito, pautada através da doutrina feminista, dar-se-á a partir da efetivação de direitos que contemplem à autonomia de seu corpo, bem como a exclusão de punição eterna perpetuada às mulheres por terem nascido com útero.

Deste modo, se constrói ideias que partem do corpo como pressuposto e que sua conservação, atrelada à insubmissão deste ao sistema, configurar-se-á na concretização dos direitos humanos, tornando-o instrumento de inúmeras garantias, que ao ver da minoria social estaria sendo intimamente prejudicado diante da criminalização do aborto.

Essa consideração de que o corpo é o instrumento que merece ser tutelado pelo Código Penal não admite a ideia de que o feto é um segundo corpo, que necessita provisoriamente da mulher, mas que possui acepções e características próprias, o que inviabiliza as pautas defendidas.

Nesse sentido, se os grupos sociais pregam por autonomia do próprio corpo fundamentados nos direitos humanos e dignidade humana, logo, estará defendendo também que o nascituro é um corpo, ainda em formação, com todos os direitos e garantias inerentes à pessoa humana.

Não obstante essas informações serem aduzidas no próximo capítulo é de vital importância que nasça na cabeça do leitor uma análise crítica das pautas defendidas pela minoria e que possuem muita influência na condução jurídico-normativa e ou social.

Essas pautas geralmente são infundadas e a falta de argumentos lógicos que defendam essas ideias se evidenciam na manutenção da criminalização do aborto no Brasil. Obviamente, ainda que os argumentos apresentados não sejam retóricos e utópicos, ainda sim, haveria a necessidade de que o nascituro fosse tutelado por alguém, qual seja, o Estado.

Resumindo, há a defesa da liberdade em dispor do próprio corpo, enquanto o feto que possui corpo próprio não tem essa autonomia, por ainda ser bem pequeno e no mundo imaginário dos direitos que ainda não foram garantidos, como sujeitos de direitos, pretende-se considerar o nascituro um amontoado de células irrelevantes que pode ser descartado a qualquer momento.

Partindo dessa sequência lógica não podemos cercear as manifestações e ou desejos que fluem da mentalidade abortista diante da liberdade de expressão e manifestação do pensamento, bem como, a laicidade estatal. Todavia, o que se prega aqui vai além das dogmáticas religiosas e jurídicas partindo para a concepção filosófica que torna a abordagem desse direito de fácil entendimento.

Já dizia Mill (1942), que o Estado, assim como a sociedade, não deveria intervir nas noções que regem o domínio individual do corpo, somente quando as interações do indivíduo dizem respeito ao outro. Logo, considerando o aborto como uma questão de saúde pública, diante das inúmeras mortes decorrentes deste, o Estado deveria intervir e descriminalizar o mesmo, na medida que uma decisão individual custaria a vida da mulher.

Desta forma, se a mulher perde a vida abortando nada mais justo que o Estado descriminalize o aborto e assim garanta procedimento médico seguro. Do mesmo modo, é no sentido de que descriminalizando o aborto realizaria este quem se interessasse, visto ser decisão de foro íntimo, tendo o Estado a função de garantir as duas faces da moeda. Errôneo não? Simplesmente, essa é a matemática básica, o Estado deveria pagar a conta pelas irresponsabilidades manifestadamente expostas deixando a decisão de quem vive ou morre nas mãos de quem deveria proteger.

Nesse sentido, a liberdade em dispor do próprio corpo, conhecida também por autodeterminação e ou de forma analítica “direitos reprodutivos da mulher”, “meu corpo, minhas regras”, dita as diversas formas que garantem ser o direito de decidir sobre ser ou não mãe inerente à mulher. Nesse sentido Mendes (2013, p. 216):

O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.

Sendo assim, entende-se que a liberdade pessoal sobre ser ou não mãe é um direito fundamental e exclusivo das mulheres, denominado de liberdade negativa, ou seja, alternativa de ação. Nesse sentido, é cediço que a mulher poderá

escolher entre abortar ou não, por fatos e fundamentos que partem tanto da esfera psíquica, física e ou financeira.

Mas ainda, a justificativa para descriminalizar o aborto, além da liberdade da mulher em dispor de seu próprio corpo vem à tona a questão da laicidade estatal, que segundo Ferrajoli (2006), há duas esferas importantes nesse debate, quais sejam: a laicidade moral e a laicidade do direito. A primeira diz respeito à questão de adesão sincera das decisões proeminentes do aborto somadas à rejeição do apoio heterônomo e coercitivo do direito. De outro lado, a laicidade de direito afirma que o direito nunca deve ser utilizado como reforçamento de uma moral, mas sim uma tutela de interesses e necessidades vitais.

Logo, a laicidade do Estado Democrático de Direito visa tutelar interesses e necessidades consideradas importantes sem precisar se submeter as decisões coercitivas do direito que eventualmente e a depender do ponto de vista ferem uma série de direitos fundamentais.

Prosseguindo o raciocínio, Ferrajoli (2003, p. 12) entende que:

O Estado não tem, portanto, de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais.

A garantia mínima inerente aos direitos humanos é fundamentada na Constituição, o que afiança ser atribuição estatal a não interferência nas questões individuais do cidadão e muito menos o impedimento de certas condutas a partir de dogmas pregados pela religião, moral e cultural, além da escolha da escala axiológica, que sugere a diversidade de ideias e posicionamentos. Sendo assim, o que é considerado de valor para um grupo, para outro não o é, dessa forma, o Estado deve abster-se, fazendo mais sentido ainda, que este garantisse o acesso às duas faces.

No entanto, Ferrajoli (2003, p. 14) estende consideração, afirmando:

[...] Mas então, se a questão de o feto (como o embrião) ser ou não uma pessoa não é uma questão científica ou de facto, sendo no plano empírico irresolúvel, mas antes uma questão moral que admite soluções diferentes e opináveis, ela não pode ser resolvida pelo direito, se se perfilhar o princípio laico e liberal da separação entre direito e moral, privilegiando uma determinada tese moral, a que considera o feto uma pessoa, impondo-a a todos e por isso

obrigando também as mulheres que discordam dela a sujeitarem-se a consequências dramáticas. [...]

Se o feto é considerado pessoa, a partir de determinada tese moral, é imposto a todos e ainda mais às mulheres consequências dramáticas no que concerne a obrigação de prosseguir com gravidez indesejada. Desse mesmo modo, se decidirmos analisar o início da vida a partir das concepções científicas abriremos considerações irresolúveis, pelo menos no plano fático, todavia, é interessante que a abordagem seja realizada de forma apta a aceitar os diferentes conflitos e pensamentos aduzindo que seu deslocamento para a esfera judicial, dar-se-á no momento em que é decidido o bem a ser tutelado.

Assim é o aborto, se a questão engloba o início da vida e nessa esteira ela é perfilhada através da concepção, tem-se que o procedimento é um crime, todavia ao ser analisado e levado em consideração a questão do nascimento com vida configurar o início da humanidade, o aborto não é considerado crime.

Nesse sentido, parece nos prudente analisar as concepções acerca do início da vida no tópico 3.4, contudo, do ponto de vista geral, Westphal (2011) entende que o ordenamento jurídico de um país ao descriminalizar o aborto sedimenta os direitos inerentes à autonomia corporal e a liberdade em dispor do mesmo, aliado à manutenção da saúde psíquica da mulher não permitindo que a mesma prossiga com a gravidez indesejada.

Logo, Westphal (2011, p. 08) explica:

Aborto é recurso legítimo para a gravidez indesejada, um direito da mulher em decidir se quer comprometer a sua vida com uma gravidez de risco, inoportuna ou involuntária. Para muitas mulheres, este ato é invasivo, violento e traumatizante, mas é um recurso, uma alternativa a um trauma maior ainda que pode ser uma maternidade indesejada ou um futuro comprometido antes do tempo ou sem desejo. Uma vida se faz não só em cima de dogmas religiosos, ou definições discutíveis sobre quando começa a vida, mas em cima da noção de felicidade que o ser humano possa usar para construir com liberdade a sua vida.

Para Westphal, não se deve viver a vida sobre dogmas religiosos, mas sim a partir de concepções que trazem felicidade para o ser humano e essa noção de felicidade só seria possível através da liberdade humana, que automaticamente

induz ao fato de que uma gravidez indesejada provocaria traumas e depressões severas na mulher, a ponto de retirar-lhe o âmago, o ser, o existir desta.

O futuro comprometido, a insatisfação garantida e a submissão da mulher ao sistema jurídico-patriarcal configurar-se-iam motivos relevantes a admitir que a mesma desse início a prática do aborto. Diferentemente da posição adotada por Westphal, Kottow (2001), critica as justificativas para legitimar tal feito explicando que nada mais ético é do que a manutenção de uma gravidez, cuja finalidade seria o estabelecimento da relação entre mãe e filho baseada nos pressupostos racionais que o ser humano, acredita-se de passagem, tenha criado ao decorrer de sua existência.

Kottow (2001, p. 35) ensina:

A posição racional não tem nenhuma intenção de negar as implicações morais e das decisões reprodutivas. Pelo contrário: ao descrever o estabelecimento da relação mãe e filho como um processo relacional voluntariamente assumido, se está dando o mais pleno valor ético que tal decisão merece e se está reconhecendo que o aborto procurado é sempre uma decisão moral e psicologicamente opaca e dolorosa que nada se assume gratuitamente, por isso é desejável que não aconteça, apenas por motivos de força maior. O que a perspectiva racional intenta destacar é que a aceitação de gerar um novo ser humano seja o produto de desejo de uma decisão consciente e que não corra por imposição de valores que os afetados talvez não compartilhem. [tradução nossa].

Gestar um novo ser humano não deveria ser pretexto para o desenvolvimento de traumas e motivos que inviabilizem a mulher. Muito pelo contrário tem-se que a natureza materna, a preparação do corpo para receber o bebê seria altamente valorativo no plano jurídico, moral, filosófico, social e religioso. A mulher só seria capaz de gerar, caso seu corpo assim preparasse, logicamente não existiria motivos de força maior para numa perspectiva racional desfazer-se de algo que próprio corpo aceitou. Nada mais justo que isso é admitirmos que a gravidez se configura na mais alta autonomia corporal formando um ser com cabeça, mãos, pés e todo um sistema nervoso que independe de interferência externa.

Por ora, os valores impostos pela sociedade não retiram a escala axiológica atribuída as questões relativas ao ser humano e todas as implicações advindas da legislação constitucional, infraconstitucional e os tratados assinados

pelo Estado. São valores que não admitem relativização, ainda que estes sejam capazes de desenvolver discussões que possuem o intento de desmitificar o assassinato de bebês como se fosse o direito da mulher em ter sua dignidade preservada, além de ser o pressuposto para que sua vida seja valorizada perante a sociedade, como se fossemos únicos e independentes de tudo e de todos, cabendo ao Estado financiar todos nossos desejos, mas ao mesmo tempo tentarmos ser superiores aquilo que sabemos estar em perfeita discordância com o universo.

### **3.3 DIREITO DE NÃO NASCER: UM TEMA MAL COLOCADO**

Quão absurdas são as colocações e os imbróglios existentes em nosso século acerca da vida extra e intrauterina. A discussão beira a loucura, fatos controversos que não podem ser solucionados criam uma polêmica que segue a todos criando uma atmosfera de terror e indignação na sociedade vinculando e transferindo o erro a todos quanto forem possíveis esquecendo de aceitar que a natureza, a biologia e o destino assim o quiseram.

Culpar médicos, família e Estado por um ser humano ter nascido com grave deformidade é um tanto quanto severo. Não há o que se possa fazer quando a má formação fetal atinge um núcleo familiar e não há que se falar em interromper essa vida, pois de fato é uma vida e essa atitude é considerada homicídio.

O direito de não nascer surgiu na França através do caso Perruche, um jovem que nasceu com graves deficiências físicas em virtude da rubéola que a mãe contraiu durante a gravidez e que teve o direito a abortar negado (fato que na França é permitido até o 3º mês de gravidez, caso o diagnóstico de rubéola der positivo).

Nicolas Perruche entrou com ação contra o Tribunal Francês, que concedeu em 2000, indenização não só a ele, como estendeu aos pais. A ele, pois desenvolveu traumas psicológicos e conflitos emocionais ao saber que sua mãe preferira não o ter como filho e a mãe por ter tido seu direito a abortar negado, mesmo com o diagnóstico positivo da rubéola.

De acordo com Farias; Rosenvald; Netto (2018), essa questão é bastante perigosa, pois a partir da decisão inédita do Tribunal Francês em relação à Perruche, foram oferecidos no mesmo Tribunal inúmeros pedidos de indenização,

que culminaram na edição da Lei (nº 2002/303) que proibia de modo explícito, a concessão de indenização por nascimento indesejado, salvo se houver erro médico.

Agora, seja como for a polêmica e a partir do ângulo do direito de não nascer é forçoso constatar que dentro do ordenamento jurídico brasileiro e diante dos valores que privilegiam a dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tal feito seria impossível de acontecer.

A decisão de um bebê vir ou não ao mundo não cabe aos pais e médicos, ainda que este possua deficiências graves, pois trata-se de postura perigosa e incabível no Brasil.

### **3.3.1 ABORTO EUGÊNICO**

Idealizado por Francis Galton, primo de Charles Darwin, em 1883, a palavra eugênica ficou conhecida ao referir-se à ciência cujo objetivo era a procriação de bem nascidos. De acordo com Razzo (2017) Galton pretendia acelerar o aperfeiçoamento da raça humana melhorando as características biológicas de forma muito simples, ou seja, casando homens talentosos com mulheres talentosas.

O resultado seria uma raça de alto nível superior realizando de forma rápida, oportuna e gentil o que a natureza faria de forma impiedosa, lentamente e às cegas. Galton idealizava uma seleção artificial dos seres humanos, o que diferenciava e muito de seu primo Darwin, que pregava a diferença entre as espécies por meio da “seleção natural”.

Razzo (2017) em seu livro ‘Contra o Aborto’, assevera que Galton tinha um preconceito enorme quanto aos degenerados e incapacitados e se questionava reiteradamente o porquê viver entre os mesmos. Nesse sentido, Razzo (2017, p. 21): “Porque viver entre os feios, doentes, criminosos, degenerados e incapacitados se é possível criar de maneira oportuna, rápida e gentil uma sociedade inteira de pessoas bonitas, dispostas, saudáveis, justas e capacitadas?”.

Nesse diapasão, ensina Santos (2012), que o aborto eugênico cria e implanta políticas que visam a seleção de humanos superiores eliminando assim os inferiores, ou seja, os indesejáveis. A exemplo disso, cinquenta anos após a palavra eugenia ter sido idealizada por Galton, a Alemanha na liderança de Adolf Hitler, promulgou leis de esterilização para deficientes mentais e físicos, com a finalidade de aperfeiçoar a raça alemã, bem como purificá-la.

Deste, saiu o maior assassinato em massa já existente e a prática de genocídio como forma de demonstração de poder autoritário. O que não foi o primeiro e muito menos o último. Em 1927, a Suprema Corte dos Estados Unidos já havia defendido a constitucionalidade de leis de esterilização compulsória para os intelectualmente incapacitados, de acordo com Razzo (2017).

A decisão conhecida como *Buck versus Bell* contou com vários juízes. Dentre eles o mais famoso: Oliver Wendell Homes Jr. que deu veredito final positivo para os eugenistas assinalando que: “Será melhor para o mundo inteiro se em vez de esperar para executar por crime a prole dos degenerados ou deixar que morram de fome por causa da sua imbecilidade, impedi-los de se reproduzir”. (Razzo, 2017, p. 22).

O interesse dos indivíduos incapazes e defeituosos não poderia superar o bem-estar público, ou seja, uma decisão ridícula, infundada e extremamente preconceituosa. Obviamente que no mundo contemporâneo, a eugenia começa a adotar novas faces – é o que diz Michael J. Sandel em seu livro *Contra a perfeição* (2007, p. 124): “a sombra da eugenia paira sobre todos os debates da atualidade acerca da engenharia genética e do melhoramento genético”.

E porque não do aborto? Razzo (2017), assevera que não se vive uma vida normal acreditando que a raça humana deve ser aperfeiçoada através de melhoramentos culminando num embate filosófico, social e político extremamente grandes, que não passam despercebidos, sem que haja um preço a ser pago por essas opiniões.

Segundo Capez (2012), eugenia é expressão discriminatória utilizada para a purificação das raças. Dessa forma, pode ser configurada como crime de aborto uma vez que mesmo não tendo forma perfeita, o ser em formação ainda é merecedor de ser um bem jurídico tutelado penalmente. No entanto, há situações em que o feto não possui nenhuma condição de sobrevivência fora do útero, nesse caso, há previsões jurisdicionais que permitem o aborto para que proteja a vida e a saúde psicológica da mulher, como é o caso do aborto de anencéfalos, que foi discutido em capítulo anterior.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, se deu através do ativismo judicial, ou seja, na inferência do Poder Judiciário nos demais poderes. Nessa ocasião ficou decidido que após relatório médico e constatado anencefalia



poder-se-ia realizar o aborto tendo em vista os conceitos adotados pela medicina, que a vida acaba quando é cessada atividade cerebral.

Logo, não haveria que se falar em crime de aborto, pois se não há cérebro, não há vida, decisão essa perigosa que foi severamente criticada e comparada à eugenia, pois a questão da moral que advém de princípios religiosos, intimamente ligados à 70% da população brasileira, aduziram incompatibilidades deste feito aos preceitos éticos e morais positivados.

### **3.4 DIREITO DO NASCITURO**

Considerado pela doutrina majoritária como o nome dado ao ser humano já concebido, entretanto que se encontra dentro do útero da mãe, o nascituro é aquele que possui direitos resguardados por lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dotados de personalidade e, portanto, de acordo com amplas decisões, possuindo o direito à vida em absoluto, assim como qualquer outro ser humano, já nascido.

Gomes (2009, p. 48) esclarece que:

Nascituro é o nome dado ao ser humano já concebido, mas que ainda não nasceu, encontrando-se em desenvolvimento no útero materno. Em outros termos, o nascituro, é o produto da concepção visto em qualquer das fases assinaladas, isto é, considerado como ovo, embrião ou feto. Trata-se de pessoa humana em formação, e, como tal, deve ter respeitada a dignidade que lhe é inerente.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina civilista, existem três teorias que buscam explicar a relação do nascituro com o direito. Deste modo, para a Teoria Concepcionista, de acordo com Farias; Rosenvald; Netto (2018) o marco inicial para a personificação do ser humano é a concepção, ou seja, antes, portanto, do nascimento com vida. Defendida por Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, Francisco Amaral, Antônio Junqueira e outros, acredita-se que a partir da concepção já temos uma pessoa, que como tal deve ser protegida.

Para Fiúza (2004), a corrente concepcionista defende que o nascituro é titular somente dos direitos pessoalíssimo e de personalidade, onde os de conteúdo patrimonial deverá aguardar o seu nascimento com vida. Logo, o mesmo declara que a personalidade começa com a concepção da vida no útero da mãe.

Nessa esteira, Farias; Rosenvald; Netto (2018, p. 295) explicam:

Considerar, hoje, o nascituro coisa seria fazer pouco caso da dignidade humana, do próprio caminhar ético-cultural da espécie humana. Estamos, é verdade, diante de um estágio especial de desenvolvimento pelo qual todos nós passamos e que só assim os fortes afetos e sólidos amores se corporificam e enchem de sentido a trajetória de cada um de nós.

O estágio especial de desenvolvimento à que se refere ao nascituro, dar-se-á com o crescimento dentro da barriga da mãe, o que a lei põe a salvo, assim como o disposto no artigo 2º do Código Civil: “Art. 2º [...], mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

Dado momento com a aceção de que o nascituro seria um amontoado de células, a teoria concepcionista busca considerar o feto como um ser humano, com direito absoluto à vida. Logo, no que perfilha a teoria, acrescenta-se ainda que os direitos relativos ao patrimônio e bens materiais são devidos apenas ao nascido com vida, sem prejuízo dos demais direitos de personalidade como direito à integridade física e à saúde, todos estes de forma absoluta e devidos ainda que seja uma pessoa não nascida.

Ainda no que tange à Teoria Concepcionista deve-se observar que apesar do Código Civil não a adotar, há fortes influências desta em seu diploma legal e nos demais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, são os alimentos gravídicos devidos à gestante e ao bebê, dispostos no Código de Processo Civil, da dignidade da pessoa humana em um experimento científico que deixa de ministrar determinada vitamina importante ao desenvolvimento do bebê e também da possibilidade de o nascituro poder ser parte em ação de investigação de paternidade, entre outros.

Frise-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu dano moral ao nascituro, no conhecido caso do humorista Rafinha Bastos x Wanessa Camargo, além de afirmar em outras ocasiões distintas destas, que o nascituro, tem direitos à danos morais pela morte do pai.

Contudo, para os adeptos da teoria natalista o marco inicial da personificação não é apenas a concepção, mas sim o nascimento com vida. Ao interpretarmos o Código Civil de forma literal perceberemos que o mesmo pode estar inserido nessa hipótese, ao consagrar em seu artigo 2º, *in verbis* que: “a

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida [...]”. (BRASIL, 2002). Logo, essa teoria exige que tenhamos uma pessoa física e dois requisitos: a) nascimento; b) e que este tenha sido com vida.

Apesar da proteção aos nascituros estar prevista em lei, Rodrigues (2002, p. 36) entende que “o nascituro não é uma pessoa, só havendo personalidade civil a partir do nascimento com vida”. Deste modo, concluem Farias; Rosenvald; Netto (2018, p. 297): “a teoria natalista é a mais tradicional, a mais antiga, mesmo porque corporifica, de modo óbvio, uma nova realidade para os sentidos humanos: há um ser provavelmente chorando, diante dos nossos olhos, ouvidos e mãos.”

A par disso, dando continuidade as três teorias, por último temos a personalidade condicional, ou seja, só adquire personalidade através do nascimento com vida. Logo, Monteiro (2004, p. 67) ensina que: “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

Os direitos garantidos ao nascituro, ou seja, aqueles que não consideram ser o mesmo um amontoado de células, vai desde o direito de nascer, à integridade física. Nesse sentido, há a divisão em direitos patrimoniais e existenciais. Farias; Rosenvald; Netto (2018, p. 296) explicam que: “O nascituro é pessoa e como tal goza dos direitos existenciais desde que concebido. Tem o direito de nascer e a esse estão intimamente ligados o direito à saúde, à integridade física, à dignidade humana entre outros”.

De acordo com Diniz (2010), os direitos inerentes ao nascituro e a forma de proteção que faz jus, devem ser desde já delineados pelo direito à vida, previsto na Constituição de 1988, sem que exista diferenças impeditivas, bem como a expansão dos mesmos, partindo da integridade física; alimentos; assistência pré-natal até a legitimação através do reconhecimento de paternidade.

Ainda no que tange aos direitos do nascituro, é importante dissertar sobre controversa polêmica acerca dos direitos relativos aos embriões *in vitro* antes da implantação deste no ventre materno. Para o direito brasileiro, não há categorização clara quanto à situação dos embriões, eles não são pessoas, nem nascituros, nem prole eventual.

Neste caso, não teríamos quaisquer proteções aos embriões, visto que a ausência de fixação deste no ventre materno não lhe daria o status de nascituro, que por ora é resguardado pela legislação brasileira. Nesse sentido, Barboza (1993, p.

83) leciona: “não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro”.

Com posição contrária à estabelecida, Ehrhardt (2009, p. 121):

Se não se deve distinguir embrião de nascituro, pois o primeiro termo estaria contido no segundo, e ambos, por conseguinte, devem ser considerados pessoas, como admitir a possibilidade de congelamento de indivíduos e o ‘descarte’ de embriões que ocorre em clínicas de reprodução assistida?

A possibilidade do descarte de embriões é uma realidade bastante disseminada em clínicas de reprodução assistida aqui no Brasil, inclusive tais assuntos já foram objeto de julgamentos no Pretório Excelso com posição favorável ao descarte, bem como o uso terapêutico e científico das células tronco embrionárias.

Em sede de julgamento, questionava-se, na ação, a constitucionalidade da Lei 11.105 de 2005, a chamada Lei da Biossegurança, que permitia a utilização de células tronco embrionárias para fins terapêuticos e científicos, exigindo que os embriões estivessem inválidos ou congelados há mais de 3 anos, além do consentimento dos genitores.

O Supremo Tribunal Federal, em 2008, por maioria, julgou improcedente a referida ação, que era direta de inconstitucionalidade e manteve, portanto, a lei, alegando que para existir vida humana é necessário que o embrião tenha sido implantado no útero da mãe, ou seja, o embrião, não seria pessoa, nem nascituro. Argumentou-se ainda que o uso de células tronco para fins terapêuticos e científicos é de extrema relevância para a função social ligada intimamente à própria dignidade humana.

Todavia, essa decisão não é pacífica. Ainda que o Pretório Excelso tenha decidido em sentido favorável há quem entenda que os embriões são seres humanos, antes mesmo de serem implantados no útero da mãe. Ou seja, eles são seres humanos em desenvolvimento especial, que surgem após realizado a doação de sêmen ou óvulos.

Nesse mesmo sentido, Szaniawski (2001, p. 102):

Os embriões são seres humanos em desenvolvimento que surgem depois de realizada a doação de sêmen ou óvulos, ou da entrega de

material genético pelos contratantes ao depositário, resultantes da fecundação das células masculina e feminina, constituindo-se em um novo ser humano, não mais sendo apenas células germinativas.

Logo, aqui, os mesmos fazem jus a Teoria Concepcionista, todavia, de forma ampla abrangendo os embriões *in vitro* que ainda não foram implantados no útero da mãe. Assim, essa aceção implicaria em violação do direito à vida, que inclusive foi um dos votos vencidos no STF, que argumentava serem as células tronco embrionárias vida humana e qualquer destinação dela à finalidade diversa violava o direito à existência.

Ainda tecendo comentários sobre o assunto e cristalizando o pensamento ora discutido, Rocha (2008), é adepto da teoria concepcionista, onde considera que a vida humana se inicia a partir da fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide entendendo que o embrião possui estatuto moral semelhante à de um adulto devendo ser garantido a ele condição plena de pessoa, diante da complexidade de valores que a ele é inerente.

A escala de valores axiológicos perfilhada através das teorias natalista, concepcionista e condicional, evidenciam as muitas formas de raciocínio presentes no ordenamento jurídico brasileiro, fruto das inúmeras construções morais, éticas, filosóficas, religiosas e em especial jurídicas.

Essas aceções conduzem ao que chamamos de constitucionalização do direito formado através da unificação de todas as matérias em consonância com a Constituição Federal. Deste modo, o direito à vida, liberdade em dispor do próprio corpo, direito de não nascer, aborto eugênico e os direitos relativos ao nascituro, tradicionalmente conhecidos como princípios civis constitucionais implicam em nova redemocratização somadas à interpretação das normas além da sobreposição destes princípios em detrimento dos imbróglios do século XXI que culminam num severo antagonismo.

A necessidade de conceituar os princípios acima aduzidos, além de dispor das críticas encontradas na doutrina abrem espaço para o que chamamos de raciocínio jurídico lógico normativo aplicado às novas formas de interpretação das legislações com o nobre intuito de racionalizar a importância dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Deste modo, o próximo capítulo abordará a interrupção da vida intrauterina à luz do fenômeno do neoconstitucionalismo com vistas à investigação

do confronto entre dois direitos fundamentais, quais sejam: direito do nascituro *versus* o direito da mulher em dispor do próprio corpo, quando esta decide realizar o aborto.

## **4 INTERRUPTÃO DA VIDA INTRAUTERINA À LUZ DO FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Finalizando a pesquisa, o terceiro capítulo contará com um viés bastante doutrinário acerca da interrupção da vida intrauterina nos moldes do fenômeno do neoconstitucionalismo e o ativismo pró-aborto perpetrado pelo Pretório Excelso. Suas características primordiais, bem como as perspectivas almejadas serão brevemente enumeradas com foco na construção de uma ideia que corresponda a realidade, bem como consiga expressar o posicionamento adotado pela maioria brasileira, em relação à descriminalização do aborto.

Com ênfase na colisão dos direitos da mulher e do nascituro, será construída uma reflexão abstraída da fé religiosa em primeiro momento realizando um paralelo com os capítulos anteriores somados à percepção filosófica e jurídica pautada na crítica ao aborto.

Derradeiramente, em parágrafo único, o autor da referida pesquisa deixará claro qual seu posicionamento, independente de quaisquer interferências no mundo concreto e respeitosamente as demais ideias pregadas e adotadas com fulcro somente naquilo que o Estado Democrático de Direito defende abstraindo-se das novidades que norteiam a sociedade.

O método utilizado será o indutivo e o capítulo será dividido da seguinte forma: 4 Interrupção da vida intrauterina à luz do fenômeno do neoconstitucionalismo; 4.1 Neoconstitucionalismo: Breve conceito; 4.2 Direitos do nascituro x direito à liberdade em dispor do próprio corpo.

### **4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE CONCEITO**

Ao adentrarmos nas noções conceituais do Neoconstitucionalismo, além das críticas emanadas das doutrinas é necessário compreender a origem histórica e todos os marcos inerentes ao fenômeno neoconstitucional, bem como a adoção de critérios que possam surtir efeitos naquilo que chamamos de “nova releitura da Constituição”.

Dada a complexidade dos fatores que compõem os fenômenos observados no desenvolver dos séculos, abordar-se-á de forma bastante suscinta os

conceitos e os paralelos envolvidos, bem como uma análise crítica e doutrinária, tendo em vista que as raízes destes acontecimentos permeiam toda a estrutura jurídico normativa e alarga os horizontes interpretativos.

Estabelecer o conceito de Constituição é sem dúvida, uma tarefa hercúlea, cuja linearidade semântica é exaurida diante das multifaces encontradas a partir da pré-compreensão subjacente, principalmente no que concerne ao fato de sequer existir um termo que seja considerado dominante.

Esse imbróglio, no entanto, explicaria as diversas noções e os diversos autores dentro da seara constitucional, o que não retira a credibilidade de todas as informações apresentadas, tampouco condiciona alguns dados à universalidade, num curto espaço de tempo.

O estado criado através do surgimento das necessidades humanas, sempre necessitou e sempre necessitará de uma Constituição organizando as relações sociais e submetendo os conflitos a um crivo axiológico, culminando no que chamamos de “conjunto de leis seriamente observadas e indiscutivelmente colocada em patamar de superioridade em detrimento das outras”.

Todavia, nem sempre assim foi. A primeira noção de direito encontrada através dos séculos adveio com as teorias jusnaturalistas, perfilhadas na Grécia Antiga dividindo suas acepções entre Jusnaturalismo Clássico e Moderno. O primeiro, preconizado por poetas clássicos, em especial Sófocles, autor da obra *Antígona*, desclassificava as normas pregadas pelos reis da época e defendiam que acima das leis humanas haviam leis que a própria natureza havia instituído. Assim descreve Teixeira (2006, p. 126):

[...] o Direito Natural clássico dos gregos compreende uma concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural: a natureza contém em si a sua própria lei, fonte da ordem, em que se processam os movimentos dos corpos, ou em que se articulam os seus elementos constitutivos essenciais. A ordem da natureza é permanente, constante e imutável.

A natureza se basta, ela por si só é capaz de reger a ordem que a sociedade necessita, sem apelar as leis positivadas, sendo portanto imutável, constantemente equilibrada e permanente, não podendo ser destituída por meras acepções humanas. Ou seja, o direito natural é a substância constitutiva social.



O jusnaturalismo clássico veio para romper com as ideias propagadas por São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, que fundamentavam a existência de uma lei divina superior a tudo e a todos e tendo acesso a ela, perfeita e imutável ou o simples fato da sua existência destituiria qualquer outra norma imposta pelo ser humano. Para estes, a razão divina de ser controlava o cosmos.

Logo, o racionalismo do Jusnaturalismo clássico também falava de uma lei perfeita e imutável, mas advinda da natureza e que propulsionou revoluções na seara política, novas considerações na Filosofia e no Direito. De outro lado, a noção de Jusnaturalismo moderno encontra respaldo na teoria de Hugo Grócio, considerado o pai do Direito Internacional, cujos preceitos foram preconizados através de sua obra: *De Jure Belli ac Pacis*, publicada em 1625, afirmando que o direito era imutável e independente da existência de um deus.

A continuidade do Jusnaturalismo Clássico negando a existência de um deus que controlava o cosmos utilizava como método, o Dedutivo, Geométrico, Matemático, entre outros, a fim de criar um Direito Internacional, que fosse inerente a todos, regulando assim a forma de convivência de toda uma nação.

Bobbio (1999) bem observou em sua obra, *O Positivismo Jurídico*, lições da Filosofia do Direito, que o direito natural permanece imutável no tempo, o conjunto de leis, que a natureza humana requer como condições e meios de consecução de objetivos próprios.

No mesmo plano jurídico, todavia com vistas à evolução social, o Direito Positivo segue o Direito Natural, nessa seara o Positivismo começa a alargar seus horizontes, em datas que remontam ao século XIX. Bobbio (1999), observou que a distinção primordial do Positivismo Jurídico e do Jusnaturalismo dar-se-á na medida em que o Positivismo é inerente a todas as normas legais, ou seja, é a contraposição da expressão de Direito Natural.

Nascido na Alemanha, no início do século XIX, o Positivismo Jurídico se diferenciou substancialmente do Positivismo Filosófico nascido na França, mesmo que houvesse entre eles linearidade. Buscava a solução e satisfação dos problemas pessoais e sociais, por intermédio do Direito, através de um sistema jurídico estruturado.

Apesar de ser, via de regra, muito mal trabalhada na doutrina brasileira, Fernandes (2018) explica que geralmente as análises referentes ao Positivismo

Jurídico datam-se dos séculos XIX e início do século XX, que chega ao seu ápice com as considerações feitas por Hans Kelsen.

A lacuna que emergia do Jusnaturalismo e sua deficiência em atender as necessidades que o homem buscava através do direito, abriu espaço para esse movimento que em sua essência transpirasse um legalismo formal, assim como o lecionado por Luigi Ferrajoli.

Nesse sentido, Ferrajoli (2011, p. 43):

O postulado do Positivismo Jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, ou, se se quiser, de mera legalidade, aquela metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Com base nisso, uma norma jurídica, qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas da sua produção.

Nesse diapasão é forçoso concluir que a norma jurídica deveria ser dotada de força e de legalidade formal, ou seja, a formalidade no que consiste à maneira de criação e de vigência. Deste modo, qualquer que fosse o conteúdo apregoado, este deveria ser devidamente positivado.

Portanto, a legalidade abstrai os valores e a partir dessa concepção estudar-se-á o Direito como um fato. Nesse sentido, Bobbio (1999, p. 136): “O Positivismo Jurídico representa, portanto, o estudo do Direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte distinção do próprio Direito em bom ou mau, justo e injusto”.

Do mesmo modo, Júnior (2015, p. 74) explica que:

Primeiro, na separação entre Direito e Moral; segundo, na formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas; terceiro, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; quarto, na aplicação do Direito posto mediante subsunção; e, quinto, na discricionariedade judicial (judicial discretion ou interstitial legislation) para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases).

As acepções inerentes ao Positivismo Jurídico separam em primeiro momento o Direito e a Moral depois a formação de um ordenamento com regras positivadas, seguidos da construção de um sistema escalonado pelo critério de

validade formal e aplicação do direito mediante subsunção, bem como discricionariedade judicial.

Logo, a ideia de observância total a lei é característica marcante do Positivismo advindo da questão de Estado Moderno, como preceitua Bobbio (1999), constituindo-se numa ideologia e não somente teoria. Essa ideologia totalmente apartada de valores humanitários baseada naquelas que permearam o Fascismo e o Nazismo não mais poderiam reger um Estado de Direito, era necessária uma reforma de pensamento, que construísse escalas axiológicas.

Nesse sentido, seguindo as construções normativas, nasce o pós-positivismo, caracterizando-se como o embate entre o Jusnaturalismo e o Positivismo, onde as normas escritas deveriam refletir os valores da sociedade, ou seja, nasce a Teoria da Justiça, onde o Direito depende da Moral e dos Valores.

Para Figueroa (2009), entra em cena um novo pensamento para impor limites de valores ao aplicador de Direito com a finalidade de corrigir o Sistema Jusfilosófico. A correção do sistema serviria como repreensão de barbáries que eram justificadas pela aplicação desordenada da ideologia positivista.

Caracterizado como o novo direito constitucional, o pós-positivismo de acordo com Barroso (2007), é encarado como a concepção teórica do Neoconstitucionalismo, onde havia permissão para repensar alguns alicerces jurídicos, totalmente inerentes aos valores sociais, tais como Teoria da Norma, das Fontes, Teoria das Interpretações.

As principais características desse novo posicionamento é a abertura valorativa do Sistema Jurídico com interpretação constitucional, tanto de princípios quanto de regras, passando a Carta Magna ser o *locus* principal, além da força política do Judiciário em face das interpretações jurídicas. Deste modo, aduz Barroso (2007, p. 22):

O Pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma Teoria de Justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Sem recorrer a categorias Metafísicas, o Pós-positivismo leva o aplicador da lei a ir além da legalidade escrita resgatando valores axiológicos, sem comportar

voluntarismos ou subjetivismos judiciais, considerando e aplicando de forma extensa a teoria de justiça inerente aos imbróglis e através da leitura moral de cada indivíduo e das situações sociais procurar impor certos limites.

Essas acepções abriram caminho para o que chamamos de Constitucionalismo, ou Constitucionalização do Direito, que surgiu nos séculos XVII e XVIII em forte oposição ao Absolutismo, defendendo que cada Estado adotasse constituição escrita, como forma de frear os absurdos pregados pelas classes dominantes.

Ao defender a construção de constituições com forte origem popular e hierarquicamente superiores a demais no ordenamento jurídico o Estado Liberal ganha forças e tais documentos começam a assinalar a separação de poderes. Deste modo, o Constitucionalismo designa teorias que limitam o poder político, com pauta no fortalecimento de direitos fundamentais, dando origem ao chamado Estado Não Intervencionista, evoluindo sistematicamente para o Estado Social.

O ápice dessa teoria dar-se-á com a Magna Charta Libertatum de 1215, outorgada pelo conhecido rei João Sem-Terra, fundada na insatisfação da maioria quanto às formas de governo abusivas. Nessas normas outorgadas estavam direitos como limitadores do poder estatal, garantindo ao cidadão o devido processo legal, habeas corpus, limitação ao direito de tributar, acesso à justiça, liberdade de religião, entre outros.

Nesse sentido, Canotilho (2003), explica que o Constitucionalismo é a teoria que limita os atos do governo necessários para uma organização político-social. Sua aplicação garantiria princípios intimamente previstos na constituição, realizando exames de admissibilidade relativos aos imbróglis que permeiam o Judiciário.

Essa concepção não se esgota em um movimento Constitucionalista, defende-se que existam inúmeros Constitucionalismos, no sentido moderno, com raízes impregnadas em todo espaço geográfico e cultural que se possa imaginar.

Agra (2008), inclusive explica que o Constitucionalismo significa condutas sociais pautadas por determinadas normas, onde o ápice da escala reside nas normas constitucionais, ou seja, de interpretações axiológicas. Logo, a evolução das sociedades começa a pautar certas situações na defesa da dignidade da pessoa humana, bem como de direitos fundamentais.

Barroso (2012), nesse aspecto, entende que o Constitucionalismo nasceu com a Constituição Americana e teve desde a primeira hora de existência, caráter de documento jurídico com aplicação imediata pelo Poder Judiciário. No Brasil, o fenômeno é marcado através das promulgações das Constituições desde muito antes da Carta Magna de 1988.

A CF de 1988 representou a quebra de alguns paradigmas, bem como pode ser considerada a norma propulsora para que o Constitucionalismo ganhe cada vez mais espaço nas decisões que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma é que ouvimos reiteradamente acerca da constitucionalização do Direito, ou seja, da interpretação de todos os ramos do Direito à luz da Constituição Federal.

Pois bem, é aí que chegamos ao ponto essencial da pesquisa, o fenômeno do Neoconstitucionalismo, que precede o Constitucionalismo e significa nova interpretação constitucional. Trata-se de uma revalorização do Direito Constitucional nas décadas finais do século XX garantindo, promovendo e preservando os direitos fundamentais.

Barroso (2007), um dos maiores neoconstitucionalistas do país, explica que o novo Direito Constitucional adveio do Constitucionalismo do segundo pós-guerra demonstrando a insuficiência e fracasso do Positivismo, que criava normas abstraindo-se das preocupações relativas à dignidade da pessoa humana abrindo espaço para grandes absurdos e massacres.

Lenza (2009) do mesmo modo, leciona que os ditames do movimento Neoconstitucional prima pela supremacia constitucional e que os direitos fundamentais deveriam ser preservados, efetivados e promovidos com vistas à garantia de uma sociedade, justa, livre e igualitária.

A construção do movimento Neoconstitucional no Brasil perpassa por três marcos fervorosamente aduzidos por Barroso (2007). O primeiro marco é o histórico, brevemente lecionado no parágrafo acima, que dar-se-á ao longo das décadas finais do século XX.

O marco filosófico do Neoconstitucionalismo é o Pós-positivismo com a centralidade de direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. Nesse marco, é importante salientar que o Neoconstitucionalismo não pode ser confundido com o Pós-positivismo apesar destes terem se desenvolvido no período da segunda pós-guerra e terem metodologia e ideologia muito próximas.

Novelino (2012), explica que o Pós-positivismo pretende ser uma Teoria Geral do Direito aplicado a todos os ordenamentos jurídicos defendendo uma conexão entre Direito e Moral. O Neoconstitucionalismo por outro lado, propõe a organização do Estado, num extensivo rol de valores morais de direitos, colocando em primazia os princípios constitucionais, cuja finalidade é inviabilizar a tentativa de separação de valores éticos e conteúdo jurídico.

O último marco é o teórico, brevemente elucidado por Barroso (2007) como sendo a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional, bem como uma nova interpretação constitucional. Pois bem, atrelado a esses marcos encontramos as perspectivas Neoconstitucionais, que são divididas em seis.

A primeira é a Constitucionalização do Direito que busca a efetividade dos direitos fundamentais, irradiando-os no ordenamento jurídico. Assim, prega Fernandes (2018, p. 61):

Constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do Direito.

As normas constitucionais de Direito devem possuir tamanha força normativa que seus direitos fundamentais, bem como seus valores devem ser irradiados, ou seja, levados em consideração diante de qualquer decisão no campo jurídico.

A segunda perspectiva é complemento da primeira reconhecendo a força impositiva dos princípios e sua devida valorização em processos de aplicação de Direito. A terceira perspectiva visa rejeitar o formalismo e abrir oportunidades para raciocínio jurídico com todas as teorias e métodos existentes. A quarta perspectiva é a reaproximação do Direito e da Moral que era pregado pelo Pós-positivismo, para que houvesse a penetração cada vez maior da filosofia em debates (o que foi severamente criticado).

Ainda tecendo comentários sobre o assunto, a judicialização da política e das relações sociais, deslocando o poder do Legislativo e do Executivo para o

Judiciário, transformando-o no protagonista das ações, criou o que chamamos de ativismo judicial e a quinta perspectiva buscada pelo Neoconstitucionalismo. Obviamente e finalizando as perspectivas estudadas temos como consequência disso uma releitura da Teoria da Norma, da Teoria das Fontes e da Interpretação no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dessas premissas, abordadas em apertada síntese temos a evolução jurídico-normativa que ostentou diversas formas e ainda ostenta, por estar em constante evolução. O Jusnaturalismo, o Positivismo, Pós-positivismo, Constitucionalismo e o Neoconstitucionalismo evidenciam a preocupação em se administrar um Estado com todas as garantias e direitos possíveis ao cidadão.

Essa conscientização tem suscitado em inúmeros debates cuja finalidade é fornecer meios que facilitem a resolução de litígios pessoais ou coletivos, supram as lacunas existentes na legislação e ainda criminalize condutas. Nesses impasses, temos a judicialização da política, a politização do judiciário, a atuação deste em ativismo judicial, entre outros.

E é sobre essa realidade que iremos analisar a interrupção da vida intrauterina à luz do fenômeno neoconstitucional cristalizado na quinta perspectiva abordada anteriormente.

#### **4.2 DIREITOS DO NASCITURO X DIREITO À LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO**

É sabido que a interrupção da vida intrauterina é considerada crime pelo artigo 128 do Código Penal, excetuado as hipóteses previstas no mesmo dispositivo legal. Sob essa análise e com abordagem predominantemente crítica, daremos ao início ao embate da colisão entre dois direitos, a saber: direito do nascituro x liberdade da mulher em dispor do próprio corpo.

A necessidade de reafirmar preceitos a partir da exposição de ideais fundamentados na liberdade de exercer sobre si quaisquer intervenções é a justificativa utilizada pela minoria favorável a descriminalização do aborto em nosso Estado Democrático de Direito.

Essas justificativas que na maioria esmagadora das vezes se enquadra nos fatídicos casos isolados, tornam-se armas poderosas nas mãos daqueles que utilizam de discursos emotivos e quase sempre representado por uma categoria

feminista tentam convencer uma porcentagem ideal de mulheres necessárias a provocar alguma reação dentro das políticas públicas implementadas pelo governo.

O discurso falido acerca da descriminalização do aborto como sendo um direito da mulher a partir de concepções que fugiram de seu controle e ou de situações que desencadeariam uma série de sofrimento, sejam eles psíquicos ou físicos, bem como, a insistência no que concerne à existência de uma maternidade odiosa, implica numa decisão moral com desdobramentos jurídicos, que devem ser tratados com muita seriedade.

Uma mulher que decide abortar, independentemente do motivo que a sustenta, carece de apoio familiar, de apoio psíquico, psicológico e moral fornecendo-lhe informações coerentes que abra seus olhos acerca do fato de que a mesma estaria matando uma pessoa e que por mais difícil que seja, por maior que seja seu sofrimento, este não justifica assassinato.

Assassinar bebês, sim, esse é o termo que iremos utilizar daqui para frente. Assassinar bebês inocentes na barriga da mãe, além de crime é moralmente ilícito, em qualquer esfera que se possa imaginar. Para a religião, o autor e consumidor da vida, Deus, é o único responsável por dar a vida e assim tirá-la, quando entender necessário.

Para o Direito Penal, aborto é homicídio submete os responsáveis ao Tribunal de Júri com severas penas. Para a sociedade o aborto é considerado um dos atos que maior causam repúdio, dificilmente encontrando justificativas plausíveis que façam os cidadãos acreditarem numa redenção daquela que assassinou seu próprio bebê.

Razzo (2017), explica que debater sobre o aborto carece de objetividade no que concerne à necessidade e universalidade fornecida pelo conhecimento filosófico, o que implica na abstração de critérios que apelam à fé religiosa, abrindo espaço para o que conhecemos da totalidade humana e sua importância, seja ela em qualquer mundo logicamente possível.

Não há nada mais estranho do que justificar o aborto como sendo o feto “um amontoado de células” que possa ser descartado como um lixo. Assim como, não há nada mais ridículo e infundado argumentar a expulsão do bebê do ventre materno, como forma de tratamento arriscado, porque algo deu errado.

Os adeptos à descriminalização do aborto costumam tratar a interrupção da vida intrauterina como direito da mulher seja porque ela engravidou sem querer,



seja porque ela foi violentada e desta violência o fruto está inserido em seu ventre, seja por diversos motivos.

O que acontece é que a gravidez não é algo simples, o embrião humano não é uma coisa que possa ser desfeita, ele é complexo, tem vida, possui sistemas independentes da mulher que o carrega, o que significa dizer que a gravidez não é uma doença que se pega por contato, gravidez é fruto de uma decisão, inspirada por inúmeros motivos, os quais não justificam sua interrupção como tratamento arriscado por uma mulher que ao não usar repelente acabou ficando grávida de alguém doente.

Esse é um assunto que foge da esfera particular e se torna um problema de interesse público com o nobre potencial de envolver outros tantos assuntos não devendo ser reduzido a problema de saúde pública e nem tratado como sendo direitos inerentes à mulher, tendo em vista que de acordo com Razzo (2017) filhos são frutos de uma parceria conjugal, sejam elas boas ou ruins, planejadas ou não planejadas.

Ademais, o tema do aborto não é monopólio exclusivo das mulheres, até porque como se sabe, bebês não surgem por geração espontânea no corpo humano. Se, todavia, as mulheres fossem como as abelhas-rainhas que sem influência de qualquer agente externo permitissem que o embrião humano se desenvolvesse sem a necessidade de fertilização por um gameta masculino, talvez o aborto passasse a ser problema apenas das mulheres, é o que aduz Razzo (2017).

O que felizmente, não é a realidade encontrada. Não é um debate exclusivo de mulher, não é um direito somente dela. Em geral, as pessoas favoráveis à descriminalização do aborto utilizam a liberdade da mulher em dispor do próprio corpo e seus direitos reprodutivos como fundamento principal para a prática, enquanto os direitos inerentes ao nascituro (embrião, feto, bebê) são severamente omitidos, ou sequer vem a existir nessas discussões.

Logo, a problemática do trabalho consiste em descobrir se no Estado Democrático de Direito, tendo em vista o crescente fenômeno Neoconstitucional e face a um imbróglio referente às questões de interrupção de gravidez, precisamente aos direitos de o nascituro *versus* a liberdade da mulher dispor do próprio corpo, qual direito há de prevalecer?

Em que pese os parágrafos acima partirem de pressupostos iminentemente filosóficos, não se pode olvidar as acepções encontradas nessa

discussão, acerca do Neoconstitucionalismo e sua aplicação no aborto. Nesse sentido, é a quinta perspectiva almejada pelo fenômeno que consiste no deslocamento do poder do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário, formando o ativismo judicial.

Nessa esteira, é importante lembrar que a decisão acerca do aborto de fetos anencefálicos, se deu através do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não havia expressa previsão legal, que descriminalizava a prática. Todavia, exercendo o papel do Legislativo, o Poder Judiciário (STF) descriminalizou uma conduta não sabendo afirmar que estes foram ou não felizes na decisão.

Logo, é comum nos dias atuais encontrarmos o fenômeno Neoconstitucional cada vez mais inserido nas decisões jurídicas, o que abre a discussão mais uma vez sobre a possibilidade dessa nova forma de interpretação, partindo de uma escala axiológica de valores, descriminalizar uma conduta pautada na supremacia do direito à liberdade da mulher dispor do próprio corpo em detrimento dos direitos do nascituro.

Obviamente essa discussão nunca terá um fim, tendo em vista que a busca pela efetivação dos direitos fundamentais a partir da Constituição Federal, partem na maioria das vezes de casos concretos e isolados, o que de certa forma pode ser considerada uma efetivação injusta para uma parcela e justa para a outra.

Assim é a discussão do aborto diante da colisão dos direitos à liberdade em dispor do próprio corpo *versus* o direito do nascituro predominantemente, abstraindo-se de questões religiosas, todavia com pautas filosóficas e jurídicas, têm-se que nada poderá ser maior do que o direito à vida.

Nem mesmo a liberdade tanto pregada nos dias atuais, nem mesmo ela, poderá ser capaz de retirar o caráter absoluto do direito à vida dos bebês dentro da barriga de suas mães. Há aqui, na verdade um Direito Relativo *versus* um Direito Absoluto.

Como explica Razzo (2017), liberdade nunca será um direito absoluto, ela apenas consiste na possibilidade de as pessoas vencerem determinadas ações por impulsos e apetites, mas não fornece nenhum valor para as ações. São constitutivas de vontades, direcionando o direito de agir, baseado na capacidade de autocontrole, com uma leve medida de razão, o que não fornece senso de justiça.

Alegar que mulheres perdem suas vidas em abortos clandestinos é uma justificativa imoral, ilícita e completamente suja, utilizada para ganhar força, sentido

e visibilidade nos discursos e propagandas sobre o aborto, tendo em vista a fragilidade da sociedade em dado momento.

Com efeito, há inúmeras tentativas de sobrepor os direitos inerentes às mulheres em detrimento da vida do embrião, que já é uma pessoa desde a concepção, um sujeito de relações interpessoais e não um objeto que comporta nossas pretensões políticas, eugênicas, econômicas, racistas, etc.

Se ele já é vivo, se já é pessoa, obviamente que não há discussão acerca da prevalência de direitos, sua vida deve ser assegurada no mais alto grau, independentemente das discussões e tentativas de reduzi-lo a um amontoado de células.

Necessário é lembrar, mais uma vez que o embrião não se manifesta ao mundo como um organismo vivo, bem mais do que isso, ele se apresenta como um novo membro da comunidade moral de interesses humanos, sendo inadmissível que ocorra o assassinato deste.

Com vistas ao exposto e a partir da análise dos direitos inerentes à mulher e ao nascituro é forçoso concluir que em cumprimento ao Estado Democrático de Direito, as Convenções adotadas pelo Brasil, o posicionamento da maioria, a dignidade da pessoa humana, a laicidade estatal e a liberdade de manifestação e de expressão apregoadas pela Constituição Federal, há de se prevalecer os direitos do nascituro, sem quaisquer contrarrazões suficientemente comprobatórias e satisfatórias que ensejam na supremacia do interesse da mulher em prol de uma vida.

Abstraído-se das justificativas objetivas apresentadas no decorrer da pesquisa é opinião formada e sedimentada da autora deste trabalho que o aborto se configura numa das maiores atrocidades praticadas pelo ser humano, e, portanto, crime, como também grave pecado contra o Criador dos céus e da Terra.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tão certo como a luz do sol nasce depois de grande escuridão perpetrada pelas noites frias e intermináveis, a gravidez surge como um escape para reflexões interiores e reforma do ser da mulher, tornando-a como o centro do universo da vida de alguém e transformando suas relações interpessoais.

A vida gerada, desenvolvida, nascida e crescida elucida a normatividade perpetrada ao longo dos séculos, o objetivo inicial, o âmago do ser, a forma de coexistir e a verdadeira importância no que concerne ao planeta terra. Sua forma tão pequena, seu coração tão minúsculo, a potência tão forte, as vibrações tão intensas, fazem sentido a toda a existência.

Descriminalizar o aborto pode ser grande conquista para algumas mulheres, todavia, ainda continuaria a ser moralmente ilícito, crime imperdoável culminado em severas depressões inviabilizando a retirada do status de mãe, mas somente transferindo-a para o status de mãe de filho morto.

As discussões que permeiam a sociedade são marteladas dia a dia em discursos infundáveis que se aproveitam de situações fragilizadas para tentar justificar e diminuir uma vida a ponto de classificá-la como um amontoado de células reduzidas a lixo, sem quaisquer considerações, ou qualquer remorso.

Observem o mundo, observem a natureza, observem os estudiosos, essa pesquisa só foi possível pois alguém decidiu não abortar, essa pesquisa assim como todos os benefícios oferecidos à sociedade decorrentes de estudos, só foram possíveis pois uma mãe decidiu prosseguir com a gravidez.

Não há justifica, não há contrarrazões, não existem fundamentos aptos a normalizar o assassinato de bebês. Sempre foi e sempre será moralmente ilícito, ato criminoso, ardil, cruel e digno das mais severas penalidades. O problema da presente pesquisa era descobrir com foco do fenômeno Neoconstitucional qual direito prevaleceria num embate entre o nascituro e à mulher. Nesse sentido, constatou-se com todas as fundamentações possíveis, que o direito à vida do embrião é absoluto, o que invariavelmente faria do direito à liberdade em dispor do próprio corpo, um direito relativo.

O ativismo pró- aborto tão esperado e disseminado, ainda não foi capaz de descriminalizar tamanha atrocidade no ordenamento jurídico brasileiro. Os pontos cruciais a serem relevados foram todos saciados com a reflexão filosófica e jurídica sobre as consequências do aborto na vida e na sociedade.

Por conseguinte, os resultados quanto a crítica à descriminalização fora surpreendente, a força de uma mãe que teve sua filha recentemente daria suporte para qualquer posicionamento que viesse a defender a vida de pequenos seres humanos.

O amor incondicional encontrado deu suporte para aquilo que chamamos de reflexão profunda, as liberdades apregoadas perderam todo o sentido ao se ouvir pela primeira vez os batimentos cardíacos. Ah, se todos pudessem experimentar tamanha sensação, todas essas concepções passariam despercebidas, forças interiores nasceriam em todas e assim a vida venceria.

Não se pode olvidar das dificuldades encontradas ao construir esse trabalho, todavia ao olhar para o lado encontro a maior de minhas forças, a pessoinha responsável por essa construção crítica e absolutamente imutável, minha filha.

Ao longo dessa escrita surgiram inúmeros novos estudos, todavia recomendar-se-á que o leitor dessa pesquisa parasse e analisasse a profundidade de uma gravidez, a responsabilidade adquirida e o amor incondicional que nem mesmo eu sabia que existia.

A liberdade de uma mulher dispor do próprio corpo não evidencia sua autonomia perante a sociedade, mas sim elucida sua fraqueza incompatível com a natureza feminina, pois fomos chamadas para fazer tudo aquilo que os mais nobres homens não conseguem, gerar uma vida.

A vida é absoluta e os fenômenos encontrados ao longo dos séculos não podem mudar essa realidade, deste modo e em conclusão deste trabalho é forçoso constatar que nada nesse mundo poderá sobrepor a magia da vida, da existência e a experiência surreal de se sentir vivo.

## REFERÊNCIAS

ARDAILLON, Daniela. **O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro**. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ, v. V, n. 2, p. 376-388, 1997.

ARNAUD, Livia Krause. **Mulheres e Abortos: Negociando Moralidades**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

BARROSO, C. L. M. & CUNHA, M. C. **O que é aborto?** São Paulo: Cortez, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. **Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista**. Revista Estudos Feministas, vol. 0, núm. 0, -, 1992, pp. 104-130 Universidade Federal de Santa Catarina Santa Catarina, Brasil. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/pdf/381/38126508010.pdf>>. Acesso em: maio, 2021.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Editora da Unijuí, 2002.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: Considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. **Abortamento como um processo psicossocial: uma interpretação junguiana; perda e culpa, depressão e ansiedade [dissertação]**. São Paulo: Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo; 2002

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL, **Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em dezembro, 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: fev. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí: - v. 10 - n. 2 - p.577- 606 jul/dez. 2005. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413/356>>. Acesso em: maio, 2021.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi et al. **Fertilidade Natural**. São Paulo: Lavidapress, 2012.

CAMPOS, Ana Silveira de Resende de. **Descriminalização do abortamento**. 2007. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/descriminalizacao-abortamento.htm>>. Acesso em: maio, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361)**. 10<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DANDA, Prado. **O que é o aborto**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DINIZ, Débora. **Objecção de consciência e aborto: Direitos e deveres dos médicos na saúde pública.** Revista de Saúde Pública, São Paulo: V. 45, nº 5, O. 891-985, 2011. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n5/2721.pdf>. Acesso em: maio, 2021.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna.** Ciência e Saúde Coletiva, Brasília: 2010. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csc/a/pYSRDGw6B3zPsVJfDJSzwNt/?lang=pt>>. Acesso em: maio, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil – Volume único.** Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2018.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos.** Madrid: Trotta, 2009a.

FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião entre direito e moral.** Tradução de Eduardo Maia Costa. *In* Revista do Ministério Público de Lisboa. v. 24, nº 94, abr/jun. 2003.

\_\_\_\_\_. **Garantismo:** uma discusión sobre derecho y democracia. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FIUZA, César: **Direito Civil: curso complemento.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALEOTTI, Giulia. **História do Aborto.** 2 ed. Lisboa: Edições 70, 2011.



GOMES, Márcia Pelissari. **O aborto perante a legislação pátria**. Boletim Jurídico. Uberaba/MG: a. 4, no 167, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial. 8. ed.** Niterói: Saraiva, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

JESUS, Damásio. **Código Penal anotado – 23ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Orlando Luiz Zanon. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. rev ampl. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.

KOTTOW, Michael. Bioética **Del comienzo de la vida: ¿ Cuántas veces comienza la vida humana?** *In* Revista Bioética, v. 9, n. 2, 2001. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/243/243](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/243/243)>. Acesso em: junho, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORICCHIO, João Demétrio. **Aborto: A Lei, a Ética e As religiões**. 25/05/2001. Disponível em: < [http://www.feal.com.br/colunistas.php?art\\_id=2&col\\_id=9](http://www.feal.com.br/colunistas.php?art_id=2&col_id=9)>. Acesso em: maio, 2021.

MAURIUTTI Mg, Furegato ARF, Scatena MCM, Silva, L. **Relação de ajuda entre o enfermeiro e mulheres em abortamento espontâneo**. Cienc Cuid Saude, Maringá 2005 jan/abr; 4(1): 83-8.

MELDAU, Débora Carvalho. **Nidação**. INFOESCOLA. 2016 Disponível em:<<http://www.infoescola.com/embriologia/nidacao>>. Acesso em: fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional - 6ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa. **Os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação e à proteção como limites ao poder punitivo: reflexões**

**sobre a criminalização do aborto no projeto do novo Código Penal e sobre a proibição de proteção deficiente no Supremo Tribunal Federal.** *In* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 7, nº 25, jan/abr, 2013. Acesso em: junho, 2021.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade.** São Paulo: Cia. Nacional. 1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial - artigos 121 a 234-A do Código Penal – 27ª edição.** São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial.** São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial.** São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional – 28ª edição.** São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional – 28ª edição.** São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher.** Senatus. Brasília: v. 6, n. 1, 2008. Acesso em: out, 2020.

MOREIRA, Fernando. **Aborto – crime e consequências.** Revista Reformador. Julho de 2001. Disponível em: <[http://www.guia.heu.nom.br/aborto\\_crime\\_e\\_consequencia.htm](http://www.guia.heu.nom.br/aborto_crime_e_consequencia.htm)>. Acesso em: maio, 2021.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal: dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio.** São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Código penal brasileiro comentado.** São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: a atualidade e complexidade da questão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

PERES, Juliane Prieto e PERES, Maria Julia Prieto. **Regressão à vida intrauterina**. 2016. Disponível em: < <https://www.ippb.org.br/textos/especiais/editora-vivencia/regressao-a-vida-intra-uterina> >. Acesso em maio, 2021.

PERNA, Fernando Oli. **Candomblé: uma religião sem mistérios a serviço do povo**. 2007. Disponível em: < <http://translenza.com.br/orixá/imprimir.php?id=16> >. Acesso em: maio, 2021.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

PIRES, Terezinha Inês Teles. **Uma abordagem interpretativa dos fundamentos jurídicos do julgamento da ADPF 54, dignidade humana liberdade individual e direito à saúde**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba: nº 14:14, p. 577 – 598, 2013. Disponível em: < <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/465/360> >. Acesso em: maio, 2021.

PRADO, Luís Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial – arts.121 a 249 do CP**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAZZO, Francisco. **Contra o aborto**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células tronco: Limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROCHA, Renata Veras. **Aborto: uma abordagem geral**. Teresina, a.4, n.42, junho, 2000. Disponível em: < <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/aborto-uma-abordagem-geral> >. Acesso em: maio, 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALLES JR, Romeu de Almeida. **Código Penal Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**. Rio de Janeiro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCAVONE, Lucila. **Políticas Feministas do aborto**. Revista Estudos Feministas, nº 2., volume 16, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200023>>. Acesso em: maio, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, António Braz. Sentido e Valor do Direito. **Introdução à Filosofia Jurídica**. 3ª Ed, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2006.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2006.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

WESTPHAL, Fernanda Prince Sotero. **A questão da legalização do aborto no Brasil: a dicotomia entre Estado laico e a função religiosa**. In Amicus Curiae. V.5, N.5, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/512/506>>. Acesso em: junho, 2021.

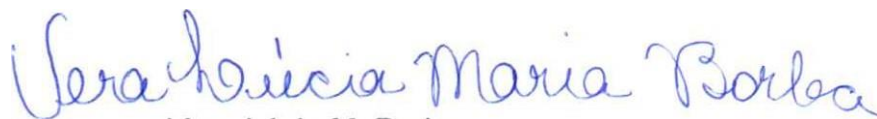
## ANEXO A

### DECLARAÇÃO

Eu, VERA LÚCIA MARIA BORBA, RG nº 2367941, formada em Letras Modernas pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício, FAFISP de Ceres Goiás, declaro para os devidos fins acadêmicos que realizei a revisão ortográfica e gramatical da monografia intitulada: **ABORTO E QUESTÕES ÉTICAS: UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO VERSUS A LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO**, de RAYLLA CARLA SOUSA GOMES, acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba - Goiás.

Por ser verdade, firmo a presente.

Rubiataba, 13 de agosto de 2021



Vera Lúcia M. Borba

## ANEXO B

### DECLARAÇÃO DE TRADUÇÃO

Eu, Fabrícia Lúcia da Costa Coelho, professora licenciada em Letras pela (UEG) e mestra em Linguística Aplicada pela (UnB), DECLARO para os devidos fins que se fizerem necessários que realizei a TRADUÇÃO DO RESUMO DE LÍNGUA INGLESA do Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **ABORTO E QUESTÕES ÉTICAS: UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO VERSUS A LIBERDADE DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO** da aluna: **Raylla Carla Sousa Gomes**, do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba.

Por ser verdade, firmo a presente.

Rubiataba, 12/08/2021.

*Fabrícia Lúcia da Costa Coelho*

---

Assinatura do(a) Professor(a)

Titulação: Mestre