

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE DIREITO**

Diego Pontes Macedo

**CONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO
MÊS DE GESTAÇÃO**

Campina Grande – PB

2017

Diego Pontes Macedo

**CONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO
MÊS DE GESTAÇÃO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Felipe Torres

Campina Grande – PB

2017

M Macedo, Diego Pontes.
141c

Constitucionalidade da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação / Diego Pontes Macedo. – Campina Grande, 2017.
52 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.

"Orientação: Prof. Me. Felipe Augusto Melo Torres".

1. Direito Penal - Aborto. 2. Aborto – Interrupção da Gravidez. 3. Código Penal. I. Torres, Felipe Augusto Melo. II. Título.

CDU

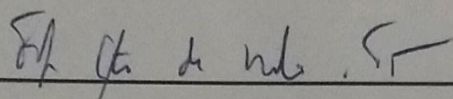
343.621(043)

DIEGO PONTES MACEDO

CONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS
DE GESTAÇÃO

Aprovada em: 12 de 12 de 2017.

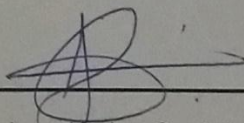
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Felipe Augusto Melo Torres

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

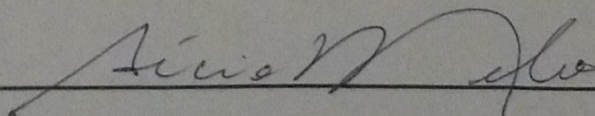
(Orientador)



Profa. Ms. Iana Karine Cordeiro de Carvalho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Profa. Ms. Aécio de Souza Melo Filho

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A minha namorada Viviane pelo incentivo e apoio nas horas que mais precisei.

Ao meu orientador Felipe Torres, pelo empenho e paciência dedicado à elaboração deste trabalho.

Ao professor amigo Bruno Cadé pela orientação, apoio e confiança depositada em mim.

RESUMO

Inicialmente, vale informar que a pesquisa do presente trabalho de conclusão de curso é do tipo dedutiva, já com relação aos objetivos, a pesquisa é exploratória e descritiva, e com relação a abordagem, ela é do tipo qualitativa. Portanto, a vida surge da fecundação do espermatozoide no óvulo da mulher. Entretanto, é a partir da nidação que o feto ganha proteção legal, desde a vida intrauterina, passando pela extrauterina, até a morte, está caracterizada pela morte cerebral. O aborto é a interrupção da gestação pela morte do feto. A origem do aborto remonta séculos passados, o Brasil pune a ação de terceiro que interrompe a gravidez da gestante desde o Primeiro Código Penal de 1830, posteriormente incluiu-se no polo ativo a gestante, posição mantida pela legislação atual. Contrariando o posicionamento do Brasil, vários ordenamentos jurídicos, tanto na América Latina, União Europeia e EUA, já descriminalizaram a interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação. Atualmente no Brasil, três espécies de aborto não são criminosas, aborto sentimental, necessário e de feto anencefálico. Recentemente, no julgamento do HC 124306-RJ, o Supremo Tribunal Federal afastou a materialidade da interrupção voluntária do aborto até o terceiro mês de gestação, sustentado que a criminalização do aborto nestas circunstâncias viola os direitos das mulheres, evocando o princípio da proporcionalidade na salvaguarda desse direito, resguardado tanto o direito à vida do feto quanto os direitos das mulheres. Desta forma, verifica-se que houve uma evolução acerca do aborto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que está caminhando para de acordo com o pensamento de países desenvolvidos.

Palavras-Chave: Aborto. Interrupção da gravidez. Código Penal.

ABSTRACT

Initially, it is important to inform that the research of the present work of conclusion of the course is of the deductive type, and in respect to the goals, the research is exploratory and descriptive, and with regarding to the approach, it is of the qualitative type. Therefore, life comes from the fertilization of the spermatozoon in the woman's egg. However, it is from the nidation that the fetus gains legal protection, since the intrauterine life through extrauterine life, until the death that is characterized by brain death. Abortion is the interruption of gestation by the death of the fetus. The origin of the abortion dates back centuries, Brazil punishes the third party action that interrupts the pregnancy of the pregnant woman since the First Penal Code of 1830, posteriorly it was included in the active pole the pregnant woman, position maintained by the current legislation. Contradicting to Brazil's position, several legal systems in Latin America, in the European Union and the in USA have already decriminalized the interruption of pregnancy until the twelfth week of gestation. Nowadays in Brazil, three types of abortion are not criminal, the sentimental abortion, the necessary and the anencephalic fetus. Recently, in the judgment of HC 124306-RJ, the Federal Supreme Court dismissed the materiality of the voluntary interruption of abortion until the third month of gestation, arguing that the criminalization of abortion in these circumstances violates the rights of women, evoking the principle of proportionality in safeguarding of this right, safeguarding both the right to life of the fetus and the rights of women. In this way, it verified that there was an evolution about abortion in the Brazilian legal system, since it is moving towards the same thinking of developed countries.

Keywords: Abortion. Interruption of pregnancy. Criminal Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I	5
1. DIREITO À VIDA	5
1.1 Início da vida humana	5
1.2 Direito à vida	7
1.3 Morte	8
CAPÍTULO II	11
2. ABORTO	11
2.1 Conceito	11
2.2 Aspectos históricos do aborto	12
2.3 Aspectos históricos do aborto no Brasil	15
2.4 Direito comparado	18
2.4.1 Aborto nos Estados Unidos	18
2.4.2 Aborto em Portugal	19
2.4.3 Aborto na América Latina	20
CAPÍTULO III	22
3. MODALIDADES DE ABORTO	22
3.1 Espécies de aborto criminoso previsto no Código Penal.	22
3.1.1 Auto aborto	22
3.1.2 Aborto praticado por terceiro sem consentimento da gestante	24
3.1.3 Aborto praticado por terceiro com consentimento da gestante	24
3.1.4 Aborto qualificado	25
3.2 Espécies de Aborto Legal	26
3.2.1 Aborto necessário	26
3.2.2 Aborto sentimental	27
3.2.3 Aborto de feto anencefálico	28
3.2.4 Aborto culposo	29
3.3 Classificação doutrinária do crime de aborto	29

3.3.1 Objeto jurídico	29
3.3.2 Sujeito ativo e passivo	29
3.3.3 Consumação e tentativa	30
3.4.4 Tipo subjetivo	30
3.4.5 Ação penal	30
CAPÍTULO IV	31
4. INAPLICABILIDADE DA LEI PENAL ACERCA DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO	31
4.1 Voto do ministro Marco Aurélio	32
4.2 Voto do ministro Luís Roberto Barroso	32
4.2.1 Violação à autonomia da mulher	35
4.2.2 Violação do direito à integridade física e psíquica.....	35
4.2.3 Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher	36
4.2.4 Violação à igualdade de gênero	37
4.2.5 Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.....	38
4.2.6 Violação ao princípio da proporcionalidade	39
4.3 Voto do ministro Edson Fachin	42
4.4 Voto da ministra Rosa Weber	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade realizar uma análise com relação a aplicabilidade da lei penal em relação ao crime de aborto, com enfoque na discussão do STF acerca da constitucionalidade da interrupção da gestação até os três primeiros meses.

O aborto é um crime doloso contra a vida e está tipificado no Código Penal brasileiro no título I, capítulo I, mais precisamente, nos artigos 124 a 128 do citado Código.

Para alguns, se trata do direito à vida, para outros se trata do direito de escolha da mulher, seja por malformação do feto, por situações econômicas, ou com relação a direitos inerentes à mulher.

A abordagem deste tema possui importante relevância no meio jurídico, tendo em vista que dentre o rol dos crimes dolosos contra a vida, é o único que dá razão de ser de todos os demais crimes desta sessão. O aborto é um tema que vem sendo discutido nos nossos tribunais superiores há algum tempo, e com a presente pesquisa serão esclarecidos alguns pontos acerca do crime de aborto, assim como a sua constitucionalidade nos casos da interrupção voluntária até o terceiro mês.

Assim, observa-se que a razão de criminalizar o aborto é para proteger o direito à vida do feto, mas, em contrapartida, observa-se também que vários direitos inerentes às mulheres estão sendo violados com a criminalização do aborto. Dessa forma, se for liberado no Brasil a interrupção voluntária da gestação até a décima segunda semana, teria uma aplicação do princípio da proporcionalidade entre esses direitos do feto e das mulheres?

O tema suscita rica discussão acerca do crime de aborto, pois é um caso inédito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acerca do objetivo geral do trabalho, será demonstrada a constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês.

Já com relação aos objetivos específicos, será explanado como se tem início a vida humana, algumas considerações sobre o direito à vida, qual teoria usada pelo direito penal para se caracterizar a morte, assim como, o conceito, aspectos históricos, direito comparado e modalidades acerca do crime de aborto. E, por fim,

analisar e demonstrar a constitucionalidade do aborto até o terceiro mês de gravidez.

Quanto aos meios metodológicos utilizados no trabalho, pode ser percebido que quanto ao método, esta pesquisa foi do tipo dedutiva, uma vez que já tem um estudo a respeito do tema ora abordado, dessa forma, realizou-se um estudo para se chegar a uma conclusão, uma vez que o tema já fora inicialmente exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

No que se refere às técnicas metodológicas, pode ser percebido, quanto a natureza da pesquisa, que ela é do tipo aplicada, tendo em vista que ela tem interesse em aprofundar conhecimentos para se ter aplicação prática, uma vez que a pesquisa visa um aprofundamento do tema exposto pelo Ministro Barroso, referente à constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês.

Em relação à abordagem da pesquisa, é do tipo qualitativa, já que o principal objetivo da pesquisa é voltado ao estudo de um caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos objetivos da pesquisa, são identificados como exploratória, visto que neste trabalho vamos tornar mais claro a figura do aborto, bem como seus institutos inerentes ao crime. Mas, a pesquisa também será descritiva, uma vez que vamos descrever aqui o HC utilizado pelo STF para trazer a discussão a respeito da interrupção nos três meses.

Com relação aos procedimentos técnicos a serem utilizados, o principal procedimento utilizado será um estudo de um caso que chegou até o Supremo Tribunal Federal, mas, a pesquisa também vai ser bibliográfica e jurisprudencial, visto que, vai ser utilizado na pesquisa livros, artigos científicos e legislação para poder aprofundar o conhecimento sobre o tema.

O estudo desse caso foi feito por meio de uma pesquisa, na qual foi encontrado um julgamento pelo STF de um Habeas Corpus, assim, diante do julgamento deste remédio constitucional, os ilustres Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber apresentaram a discussão acerca da constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês de gravidez. Então foi explicado ponto a ponto da decisão dos ministros neste presente trabalho.

CAPÍTULO I

1. DIREITO À VIDA

No presente capítulo, será abordado o momento em que surge a vida humana, assim como, o principal dispositivo constitucional que protege a vida e quais são os critérios utilizados para se caracterizar a morte no Brasil.

1.1 INÍCIO DA VIDA HUMANA

O momento social vivido atualmente cada dia mais reclama o estudo dessa matéria.

A vida humana, que há muito tempo era protegida com rigor religioso, uma vez que se relacionava a sua origem à própria vontade divina, hoje vê-se diminuída pelo continuo desvalor a ela ofertado, basta observamos os noticiários, os quais, todos os dias exibem um grande número de pessoas mortas pelos mais variáveis motivos, desde conflitos religiosos a brigas infundáveis de facções criminosas.

É nesse contexto que se insurge o questionamento acerca da real proteção dispendida a vida humana.

Nesse sentido, a sociedade reclama cada vez mais proteção a esse bem jurídico tão valioso, a ponto de continentes como a Europa, terem hoje campanhas de promoção de fertilidade.

Então, se de um lado toleramos cada vez mais mortes insensatas no mundo – conflitos religiosos, mortes de emigrantes do continente africano -, por outro, nos deparamos com legislações que a cada dia protegem este direito.

A vida em sociedade cada vez mais revela que, para muitos, o sentido da vida passa por geração em geração de descendentes, mesmo vivendo no mundo caótico.

Cumpre-nos fazer uma breve explicação desde o momento em que duas pessoas, ou seja, um homem e uma mulher decidem ter uma relação sexual com fins de procriação até o momento que ocorre o início da vida humana.

Desta forma, quando existe a relação sexual, e, conseqüentemente o encontro dos espermatozoides (gameta masculino) com óvulo, ocorre o que chamamos de fecundação.

A fecundação via de regra, de acordo com Genival Veloso de França (2011), acontece nas trompas de falópio, ou seja, a mulher ao ovular produz um hormônio conhecido como hormônio folículo estimulante, dessa forma, esse hormônio faz com que um dos folículos fistule, então, esse folículo fistulado libera um óvulo as trompas, e com isso, se a mulher tiver uma relação sexual nesse período e o espermatozoide encontrar e adentrar o óvulo liberado nas trompas, acontecerá o processo de fecundação nas trompas.

Para alguns autores a vida se inicia com a fecundação, procedimento este explicado no parágrafo acima.

Neste sentido, Claudia Regina Magalhães Loureira explica que “do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto”. (LOUREIRA, 2009 p.86)

Ainda nesse mesmo sentido Antônio Chaves assevera que:

É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos de espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim á vida. (Antônio Chaves, 1994, p.16, apud LOUREIRA, 2009, p.87)

Desta forma, observa-se que para esses doutrinadores acima citados, o início da vida inicia-se com a fecundação.

O óvulo fecundado é denominado de ovo, uma vez que, ele passa a sofrer um processo de aumento do número de células sem o aumento do seu tamanho total. Nessa fase, logo após a fecundação, tem a fase do desenvolvimento, denominado de blástula, neste caso ainda não tem a gestação, houve apenas a fecundação no qual existe um processo de aumento do número de células na parte interna desse ovo, e esse ovo inicia um deslocamento para as trompas em direção ao útero.

Nesse sentido, José Renato Nalini, apud Claudia Regina Magalhães Loureira:

Os genes começam a expressar suas informações, sintetizando RNA mensageiro a partir do DNA, logo após a fertilização. A ativação dos genes no embrião ocorre antes da primeira divisão celular, que se dá de 15 a 20 horas após a fertilização. O zigoto, portanto, começa a existir e a operar como unidade desde o momento da fecundação (...). (José Renato Nalini, 1999, p.263-283, apud LOUREIRA, 2009, p.86)

Então, quando o ovo chega ao útero, ele se depara com boa parte do útero coberto por uma parede de endométrio (mucosa que cobre parte do útero). Com isso o ovo vem se movimentando no útero e fixa no endométrio, na hora que ocorre esse encontro, acontece um processo de vascularização que é denominado de nidação. Ou seja, a nidação é o marco inicial do desenvolvimento gestacional.

Para o dicionário Aurélio a palavra “vida” significa:

1. Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade; existência. 2. A vida humana. 3. O espaço de tempo que vai do nascimento à morte; existência. 4. Um dado período da vida. (...). (FERREIRA, 2010 p.782)

Assim, vida é tudo aquilo que se nota alguma atividade, assim como, para alguns autores, o espaço entre a nidação e a morte.

1.2 DIREITO À VIDA

A vida, como não poderia deixar de ser, é a grande mantenedora do direito, sendo protegida, portanto, pelos principais códigos internacionais e nacionais em nosso estado democrático de direito.

Para Alex Muniz Barreto, sobre o direito à vida:

A prevalência do direito à vida no sistema jurídico brasileiro é explicada, em boa parte, pela forte influência do pensamento religioso cristão, doutrina profundamente arraigada na formação da cultura nacional. Na história do pensamento humano, enquanto filósofos como Aristóteles e Kant sustentaram a liberdade como sendo o valor máximo do direito, pensadores católicos medievais defenderam a vida como o mais fundamental de todos os direitos, inclusive lhe outorgando uma conotação nitidamente divinizada e transcendental, a exemplo da Escola Patrística de Santo Agostinho. (BARRETO, c2013 p.227)

Dessa forma, o direito à vida na legislação brasileira decorre de uma forte influência religiosa, embora o Brasil seja um país laico, a igreja católica sempre influenciou muito no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida é o direito mais importante da nossa magna carta, é um direito fundamental que não é absoluto, mas é o que mais se aproxima de ser.

O direito à vida está previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal, abrangendo o direito de permanecer vivo como o de não ser morto.

De acordo com Pedro Lenza:

Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não ser privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, §4.º, IV, lembrando, ainda, a doutrina moderna que impede, ainda, a evolução reacionária ou o retrocesso social, e, nesse sentido, não admitiria a previsão da pena de morte, nem mesmo diante da manifestação do poder constituinte originário. (LENZA, 2013 p.1040)

Ainda seguindo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, *apud* Hélio Penna Guimarães e *et.al*:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. Assim, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza. É, portanto, norma de direito natural e abrange o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência digna. Em assim sendo, para a mencionada autora, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro direito, havendo conflito entre direitos deverá prevalecer o princípio do primado do direito à vida. (DINIZ, 2011 p.45, *apud* Guimarães e *et.al*. 2015 p.53)

A vida é o direito mais importante do ser humano, tanto é verdade que, antes mesmo do nascimento, o feto já tem o direito à vida, por isso o aborto é punido no nosso ordenamento jurídico.

De acordo com o código civil brasileiro de 2002, o nascituro tem seus direitos resguardados desde a concepção.

Desta forma de acordo com (GAGLIANO, 2017) “ cuida-se o nascituro do ente concebido, embora ainda não nascido”.

Nesse sentido, o nascituro, de acordo com o artigo 2º do Código civil, tem seus direitos resguardados desde a concepção, aguardando assim, unicamente o seu nascimento com vida, para que adquira a personalidade jurídica material.

O nascituro é detentor de direitos personalíssimos como o direito à vida.

1.3 MORTE

Como já foi tratado sobre o início da vida, cabe ressaltar alguns esclarecimentos sobre o término da vida humana, ou melhor dizendo, a morte.

A tanatologia é a parte da medicina legal que se preocupa com o estudo da morte. Ou seja, “tanato” significa morte, já “logia” significa estudo, então temos o estudo da morte.

A morte é um fenômeno que de uma forma direta está relacionada com o direito, tendo em vista que a morte cessa os direitos da personalidade civil adquirida desde o nascimento.

De acordo com o paraibano Genival Veloso de França (2011), existem 3 (três) tipos de morte, a primeira é a morte cardíaca que estará caracterizada quando o coração da vítima para de pulsar, vulgo “bater”. Já a segunda modalidade é a morte pulmonar ou respiratória, que estará caracterizada quando as ramificações dos pulmões, que são conhecidas como alvéolos pulmonares perderem definitivamente a capacidade de fazer trocas gasosas. E por fim, a terceira modalidade de morte, qual seja, a morte encefálica, ela acontece quando cessam as sinapses neuronais, que são as transmissões de impulsos nervosos de neurônio para neurônio.

Pois os neurônios transmitem corrente elétrica para o nosso corpo e essa transmissão de corrente elétrica entre os neurônios é o que permite ter vida. Então, quando cessarem essas sinapses ocorrerá a morte cerebral, lembrando que a morte encefálica não leva ao colapso do restante do organismo e para fins de direito penal, considera-se consumado o aborto com a morte cerebral do feto.

Para a sociedade alemã de Cirurgia, *apud* Delton Croce:

A morte cerebral pode produzir-se antes que cessem os batimentos cardíacos (traumatismo cerebral). Considera-se que o cérebro está morto após doze horas de inconsciência com ausência de respiração espontânea, midríase bilateral e eletroencefalograma isoeletrico, ou quando o angiograma revela a parada da circulação intracraniana (durante trinta minutos). Pode ocorrer que o coração pare, mas o sistema nervoso central está intacto ou com possibilidade de recuperar-se. Convém, então, iniciar a ressuscitação; se os batimentos cardíacos não reaparecem pode dar-se por morto o paciente, mas se reaparecem, sem que se restabeleçam a consciência ou a respiração, deve seguir-se aplicando as normas usuais de assistência intensiva até que possa ser demonstrada a morte cerebral. (Sociedade alemã de Cirurgia, *apud* CROCE, 2010 p.463)

Assim, de acordo com a resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, para fins de se caracterizar a morte levará em conta a morte encefálica.

Portanto, vale transcrever parte da obra de Genival Veloso de França, a respeito do conceito de morte:

Hoje, através dos critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM n.º 1.480/97), a morte, pelo menos quando da parada total e irreversível das atividades encefálicas, para fins de remoção de órgãos e tecidos para transplantes, está definida pelo que se chama de *morte encefálica*. Este conceito vem substituindo dia a dia o de *morte circulatória*, tida como a parada definitiva das atividades do coração, mesmo nos casos

de indivíduos não doadores, conforme preceitua a Resolução CFM n.º 1.826/2007. (FRANÇA, 2011 p. 380)

Dessa forma, para fins de direito, o indivíduo só terá sua morte declarada com a sua morte encefálica.

Nesse sentido, o professor Luís Carlos Cavalcanti Galvão (2008), indica que, “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à pena morte, conforme critério já bem estabelecido pela comunidade científica encefálica”.

Contudo, para que seja declarada a morte encefálica, Genival Veloso de França (2011) diz que “O critério de morte cerebral, entre outros, é baseado na cessação da atividade elétrica do cérebro, tanto do córtex como das estruturas mais profundas.”.

Ainda, nesse mesmo sentido, Genival Veloso elenca alguns critérios que comprovam a morte cerebral:

1. Ausência total de resposta cerebral, com perda da consciência. Nos casos de coma irreversível, presença de um eletroencefalograma plano (tendo cada registro a duração mínima de 30 minutos), separados por um intervalo nunca inferior a 24 horas. Esse dado não deve prevalecer para menores de 2 anos, ou em situações de hipotermia induzida artificialmente, de administração de drogas depressivas do sistema nervoso central, de encefalites e de distúrbios metabólicos ou endócrinos.
2. Abolição dos reflexos cefálicos, com hipotonia muscular e pupilas fixas e indiferentes ao estímulo luminoso.
3. Ausência de respiração espontânea por 5 minutos, após hiperventilação com oxigênio 100%, seguida da introdução de um cateter na traqueia, com fluxo de 6 litros de O₂ por minuto.
4. Causa do coma conhecida.
5. Estruturas vitais do encéfalo lesadas irreversivelmente. (FRANÇA, 2011 p. 282)

Com isso, fica claro que a morte encefálica estará comprovada depois que uma série de características forem comprovadas por exames, de acordo com a variação de tempo que é observado para cada exame.

CAPÍTULO II

2. ABORTO

O aborto atualmente é crime no Brasil, mas, existem várias discussões acerca desse instituto, algumas no sentido de legalizar, outras no sentido de criminaliza-lo em outras hipóteses.

2.1 CONCEITO

Conceituar aborto não é uma tarefa fácil, tendo em vista que nosso Código Penal Brasileiro não traz um conceito de aborto e nem todas as doutrinas tem um conceito para o instituto do aborto.

Para fins de direito, o momento da fecundação é diferente do momento do início da gestação. Então, pode ter fecundação sem que isso obrigatoriamente gere o início da gravidez, pois, a gestação só vai acontecer se o ovo, que é o óvulo depois de ter sido fecundado pelo espermatozoide, chegar até o útero, se prender ao endométrio e vascularizar. Ou seja, ele nidou e com isso houve o desenvolvimento gestacional.

E de acordo com o Código Penal Brasileiro, só haverá o crime de aborto se caso faça presumir o dolo do agente em fazer cessar a gestação, tendo em vista que para a legislação brasileira só haverá o aborto se for interrompida a gestação da mulher.

Acerca do conceito de aborto, a obstetrícia e a medicina legal divergem na conceituação do aborto, de acordo com Croce (2010), a obstetrícia considera aborto a interrupção da gravidez, seja espontânea ou provocada, desde a fecundação do óvulo pelo gameta masculino até a 21ª semana de gestação. Já para medicina legal, não importa o tempo gestacional em que ocorre a interrupção da gravidez, se ocorrer desde a fecundação até momentos antes do início do trabalho de parto, será considerado aborto.

Divergindo desse entendimento, de acordo com Rogério Greco:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (quatorze) dias após a fecundação. (GRECO, 2015 p.356)

Ou seja, só haverá o crime ora citado se ocorrer a interrupção após a nidação, se caso a interrupção for feita no momento da fecundação, não há que se falar em crime algum.

Segundo Mirabete (2006), apud Cunha, Rogerio Sanches (2017), “Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”.

Neste sentido NUCCI (2017), “a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.

Para Masson (2013), a nidação é a implantação do óvulo fecundado no útero, então só a partir desse momento que o agente vai poder ser punido pela prática do crime de aborto, pois a interrupção antes da nidação não caracteriza crime.

O aborto é a interrupção da gravidez, por parte da gestante ou de um terceiro, por ação que causa a morte do feto. Neste sentido, Masson (2013) ensina que o direito penal só começará a se preocupar quando as células germinais se fundirem, com a constituição do ovo, até a hora em que se inicia o trabalho de parto, pois, a partir do parto, se ocorrer a morte da criança acontecerá o crime de homicídio ou infanticídio e não mais o de aborto.

Contudo, observa-se a linha de raciocínio entre os autores acima mencionados, considerando que o crime de aborto será punível com o início da nidação.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABORTO

O aborto é um delito que ocorre desde tempos antes de cristo, e que vem sendo tratado em diferentes épocas, sendo objeto de interesses políticos, econômicos e religiosos, pois já houve tempo em que se queria punir e houve tempo em que queria liberar a prática do aborto.

Desta forma, o aborto é um instituto muito antigo, no qual não dá para saber de certeza quando realmente surgiu. O que sabemos é que os primeiros dados que temos acerca do aborto estão descritos no código de Hamurabi, e nessa linha de pensamento, PRADO (2007, p.45) “Historicamente, os primeiros dados de que dispomos referentes ao aborto são do código de Hamurabi, 1700 anos antes de cristo”. Ou seja, o primeiro documento escrito que fala do aborto é o código de

Hamurabi, o qual foi criado na Mesopotâmia, que tinha por base a lei de talião, lei esta muito marcada pela frase “olho por olho, dente por dente”.

O código de Hamurabi considerava o aborto como crime, só que o principal interesse resguardado pelo código era o direito do pai e do marido, então não havia crime contra a vida do feto, o crime era praticado contra o pai ou marido, neste sentido:

209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto.

210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

211º - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco ciclos. 212º - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.

213º - Se ele espanca a serva de alguém e está aborta, ele deverá pagar dois ciclos.

214º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina. (Código de Hamurabi)

Ademais, é de se enxergar que as penas antigamente eram diferentes de hoje em dia, pois o indivíduo que fizesse uma mulher abortar não passaria por um cárcere, uma vez que, a justiça nesse tempo era a justiça privada e por este motivo não era dever do estado garantir o direito do feto, pois, o indivíduo teria que pagar a vítima ou a família da mesma um valor, dependendo do crime que ele cometesse.

Milagres (2011) cita em seu trabalho de conclusão de curso, que no livro de êxodo tem uma passagem que fala que se o homem ferir uma mulher que esteja grávida, e ela abortar, então a pena recebida pelo agressor será uma pena de multa que deve ser paga ao marido da mulher, e se caso ela morrer em consequência dos ferimentos causados pela agressão, o agressor receberá a pena de morte.

No livro de êxodo dá para enxergar uma mistura entre o código de Hamurabi e a lei de talião, tendo em vista que se da conduta do agente a mulher sofrer só o aborto, o indivíduo pagará um valor ao marido da vítima, mas se dessa conduta a mulher morrer, o culpado terá a pena de morte como castigo.

Danda Prado em seu livro “o que é aborto”, fala que para o filósofo grego Aristóteles o que influenciava os políticos daquele tempo para discutirem sobre o aborto era só a questão demográfica, pois sempre que houvesse um excesso de população era autorizado o aborto, desde que o feto não passasse de sessenta dias.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Mendes (2016) na Grécia antiga, o aborto não era crime, pois era tido como um meio para limitar o nascimento e

controlar a população das cidades gregas, evitando assim o povoamento descontrolado, ou seja, o aborto era tido como um freio para que a população não crescesse tanto, então, o aborto era liberado na sociedade grega.

Já em Esparta, diferentemente da Grécia, o aborto era proibido, tendo em vista que os espartanos investiam muito em seu poderio bélico, assim, quanto mais homens tivessem para lutar, melhor seria. No entanto, se a criança nascesse com alguma má formação, o estado poderia eliminar a criança, pois não seria útil para lutar nas guerras.

Desta forma, conforme Danda Prado

Esparta, em posição demográfica inversa aos gregos, proibia o aborto juridicamente, pois sua principal preocupação era atingir um maior número de atletas e guerreiros. No entanto, reservada ao Estado a decisão sobre a vida ou a morte dos recém-nascidos, eliminando os malformados. PRADO (2007, p.48)

Contudo, é de se observar que o interesse do Estado Espartano, não era com relação aos direitos do nascituro, e sim, somente com poderes bélicos, soldados, pois os mesmos descartavam os recém-nascidos que nascessem com alguma malformação, tendo em vista que aquelas crianças que nascessem com algum defeito não iriam servir para lutar em guerras e defender os Espartanos.

Com relação ao aborto na Roma antiga, Danda Prado diz que:

No início, o aborto voluntario não foi considerado delito, já que juristas e filósofos não viam o feto como um ser vivo. A impunidade do aborto fundava-se também sobre o direito de vida ou morte que o pai tinha sobre os filhos até sua maioridade (e das filhas, até seu casamento). PRADO (2007, p.48)

Desta forma, observa-se que na Roma antiga, o direito à vida do recém-nascido estava nas mãos dos pais, pois naquele tempo o feto não era tido como um ser vivo, então o pai tinha todos os poderes para fazer o que bem entendesse com o recém-nascido.

Em meados do século I da era de cristo, de acordo com Danda Prado, o poeta Greco Ovídio declarava em suas obras que as patrícias abortavam com frequência em forma de castigo para seus maridos.

Então de acordo com Danda Prado, foi a partir do século I que o Estado iniciou uma reação contra as práticas abortivas, portanto:

Considerando o aborto um ato indigno contra a moral, tomando assim a defesa dos interesses demográficos e a proteção dos costumes (denunciando o homossexualismo masculino, opção socialmente bem-aceita até então), o estado passa a intervir em apoio a casos de adultério, divórcio etc. e promulga medidas em favor da família numerosa, cobrando impostos dos solteiros. Ainda assim, a impunidade continuou e o aborto era uma prática normal. Apesar da nova legislação e da punição atinente, a interrupção da gravidez com o consentimento do marido era permitida, e em legislações posteriores a mulher foi sempre considerada o sujeito do crime, cabendo ao marido puni-la ou não, considerando-se ele o único prejudicado. Foi somente a partir desse momento que o aborto começou a fazer parte do direito Privado e da família, e a ser um assunto de Direito Penal. PRADO (2007, p.49)

Dessa forma, é cristalino que, o Estado começou a coibir as práticas abortivas, tendo em vista que naquele momento era necessário o crescimento demográfico e com isso foi proibido o aborto, chegando até a cobrar impostos das pessoas solteiras, assim teriam uma forma de incentivo para que a população começasse a crescer.

Ainda na Roma antiga, fala Franklin dos Santos (2011), que com o convertimento do estado Romano ao cristianismo, houve uma incorporação de direitos, e, dentre estes, estava o direito à vida. Com isso, o aborto passou a ser considerado crime, podendo ter o aborto somente em casos que trouxesse perigo para a mãe.

O aborto passou a ser definitivamente proibido, com o advento do cristianismo que tinha como base um dos dez mandamentos, qual seja, “Não Matarás”, assim, essa posição é mantida até hoje pela igreja católica, a tendo ela sustentado até hoje a sua contrariedade em relação ao aborto.

Na revolução industrial, em meados do século XVIII até século XIX, continuava a discussão sobre o aborto, e nesse caso estava cada vez mais forte o pensamento acerca da proibição do aborto, mas dessa vez tinha mais cunho político e econômico, já que, se o aborto continuasse, poderia representar uma grande diminuição na oferta de mão de obra em plena revolução industrial, pois o grande índice de aborto foi sempre nas populações subdesenvolvida.

2.3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO ABORTO NO BRASIL

O aborto no Brasil foi durante muito tempo liberado, ou seja, não era considerado crime, pois o Estado entendia que era um direito da mulher escolher se queria ter uma criança ou não.

A conduta de abortar passou a ser crime no direito penal a partir de 1830, com a criação do código penal do império, o aborto era considerado um crime grave contra a segurança e a vida, e dentre as modalidades do crime de aborto, no CP de 1830 estava o aborto consentido e o aborto sofrido, pois o aborto provocado não era punido pelo estado.

O código penal do império de 1830 previa em dois artigos, quais sejam os artigos 199 e 200 a figura do aborto, neste sentido:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas. (código Penal de 1830)

Assim, o Código Penal do Império punia apenas o aborteiro, com uma pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos mais trabalhos, e se o aborto fosse provocado sem o consentimento da mulher a pena era dobrada, podendo chegar até 10 (dez) anos de prisão, e no caso de quem fornecia algum tipo de droga ou outro meio que causasse o aborto, teria uma pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos de prisão e se for médico, cirurgião, ou outra pessoa do ramo a pena dobraria, podendo chegar até 12 anos de prisão.

As penas para quem praticasse o aborto eram muito rígidas, só que a mulher que praticava aborto em si própria não respondia por conduta alguma, sendo assim isenta de qualquer pena.

Com o advento do CP de 1890, a mulher que praticasse aborto em si própria responderia pelo crime, diferentemente do código de 1830, uma vez que só responderia os aborteiros, isentando de pena a mulher que praticasse aborto em si mesma.

O código de 1890, tinha o capítulo IV, o qual tratava sobre o crime de aborto:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prissão cellular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condenação

(Código Penal de 1890)

Com o Código Penal de 1890, além da mulher que pratica aborto em si própria ser punida, a nova lei trouxe outras novidades como o agravante em caso da gestante morrer, pois quem provocou o aborto responderá com pena de prisão de 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) anos. Entretanto, o código de 1890 trouxe a figura da atenuante, pois se a mulher praticar o aborto para ocultar a desonra própria ela terá redução da terça parte da pena.

Com relação ao Código Penal de 1940 que vigora até os dias de hoje, ele criminaliza a conduta de abortar, mas em seu texto traz algumas modalidades de aborto que não é punido, ou seja, aborto legal. Neste sentido o código penal de 1940 dispõe:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três annos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez annos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro annos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze annos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

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.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal de 1940)

Assim, o Código Penal de 1940 é o que vigora até os dias de hoje no Brasil, prevendo tais hipóteses de aborto.

2.4 DIREITO COMPARADO

Com relação ao direito comparado no que diz respeito ao crime de aborto, é uma forma muito interessante de traçar algumas semelhanças e diferenças nos ordenamentos jurídicos de outros países com o do Brasil.

Alguns países são liberais em relação ao aborto, já outros são extremamente garantistas, punindo assim toda e qualquer forma de aborto.

2.4.1 Aborto nos Estados Unidos

Ao que tange o crime de aborto nos Estados Unidos, é sabido que lá o sistema jurídico é diferente do brasileiro, pois, é o sistema jurídico do common law. Ou seja, lá não tem leis ordinárias como no Brasil, como por exemplo, Código Penal, Código Civil. A principal fonte formal das normas nos Estados Unidos, são as decisões que já foram julgadas, pois essas decisões são usadas como precedentes para que outros juízes se baseiem nesses casos que já foram julgados.

De acordo com Daniel Rodrigues Chaves:

Sendo um país com um grande número de religiosos, o debate sobre o aborto sempre causou polêmica no território americano. Inicialmente, a maioria das treze colônias decidiu por proibir qualquer forma de aborto intencional. (CHAVES, 2013)

Ainda de acordo com Daniel Rodrigues Chaves, em meados da década de 60, foram instituídas nos estados unidos algumas leis que liberavam o aborto em casos de incesto e estupro.

Mas o que realmente marcou a justiça americana, ao que tange o crime de aborto, foi o caso Jane Roe v. Henry Wade.

A lide entre Roe v. Wade aconteceu no ano de 1970, a defesa de Norma L. McCorvey (Jane Roe) argumentava que sua gravidez era resultado de um estupro. Do outro lado, estava Henry Wade, que representava o estado do Texas, e que era contra o aborto. De início, o tribunal do distrito decidiu a favor de Jane Roe, mas não

mudou a legislação acerca do aborto. Então, o caso foi apelado várias vezes e finalmente chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos, assim, decidiram que a mulher estava amparada no direito à privacidade sob a cláusula do devido processo legal, e com isso, poderia decidir por si mesma se continuaria ou não a gravidez.

Em 1973, o caso foi finalmente decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Decidiram que é um direito à privacidade da mulher resolver se quer ter o filho ou não, e conseqüentemente com essa decisão, boa parte das leis contra o aborto nos Estados Unidos tiveram que ser modificadas.

Essa decisão do caso Jane Roe contra Henry Wade foi à primeira despenalização do aborto em todo território dos Estados Unidos da América.

Para uma melhor explicação do caso vale ressaltar que para se fazer o aborto, a Suprema Corte do EUA, entende que esse procedimento poderá ser realizado até as 24 semanas iniciais da gestação, passando disso, só poderá ser praticado o aborto se for necessário para proteger a saúde da mulher (CNN, 2017).

2.4.2 Aborto em Portugal

O Brasil durante muito tempo foi colônia de Portugal, pois em meados do ano 1500, o Brasil que era povoado só por povos nativos, os chamados índios, teria sido descoberto por este país, então a partir desse momento começou o processo de colonização por parte do país colonizador.

Tendo em vista essa proximidade do Brasil com Portugal, vale a pena observar como é tratado o instituto do aborto na legislação portuguesa.

Em 2007 houve um referendo em Portugal, tendo como objeto deste referendo a legalização ou criminalização do aborto. Assim, foi legalizado o aborto até às dez primeiras semanas de gravidez a pedido da mulher.

Em Portugal o aborto a pedido da mulher, só pode ser feito por um médico e em locais que sejam cadastrados oficialmente para realizar tal procedimento. Não só as mulheres de Portugal, mas as mulheres de outros países que vão para Portugal poderão realizar nas mesmas conformidades que as nacionais.

Em caso de estupro, o aborto é permitido até as 16 (dezesseis) primeiras semanas, e em caso de perigo de vida para a gestante, o procedimento abortivo poderá ser realizado a qualquer tempo.

De acordo com a Lei nº 16/2007 de 17 de abril:

Artigo 142. [...]. 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: a) ... b) ... c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) ... e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. 2 - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 3 - Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas. (Lei nº 16/2007 de 17 de abril).

Então, observando o ordenamento jurídico de Portugal que diferentemente do Brasil, o aborto é liberado. O aborto de feto que esteja com algum problema sério ou incurável, desde que este aborto seja praticado por médico registrado e em estabelecimento de saúde oficial, lembrando que tem que ter o consentimento da mulher.

2.4.3 Aborto na América Latina

No que tange ao crime de aborto na América Latina, apenas quatro dos vinte e um países da América Latina permitem a interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês da gravidez. Os países que permitem este feito são: Uruguai, Guiana, Porto Rico e Cuba.

Neste sentido, de acordo com o site O SUL:

Apenas quatro países da América Latina permitem o aborto sem que seja necessário apresentar justificativa, até a 12ª semana de gestação: Uruguai, Guiana, Porto Rico e Cuba. Na Cidade do México, o procedimento também é permitido nessas condições, mas a legislação não se aplica aos outros Estados. (O SUL, 2015)

Assim, observa-se que os países acima citados liberam o aborto até a décima segunda semana de gestação, e para realizar esse procedimento não precisa apresentar nenhuma justificativa para interromper a gestação.

No Uruguai, um dos últimos países a liberar a interrupção voluntária da gravidez, foi usado como fundamento para este feito, a proteção de direitos da mulher, como o seu direito à vida.

Em relação ao crime de aborto, ainda no âmbito da América Latina, vale a pena uma discussão acerca da legislação da Argentina, que é muito parecida com a do Brasil, uma vez que lá o aborto é punido severamente.

Na Argentina, tanto a gestante que pratica ou autoriza outrem a praticar o aborto em seu corpo, quanto o terceiro que pratica são punidos.

Dessa forma, o crime de aborto no Código Penal da Argentina encontra-se na parte dos crimes contra vida, a partir do artigo 85:

Art. 85.- El que causare un aborto será reprimido:

1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Art. 86.- Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2º. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Art. 87.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Art. 88.- Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible (ARGENTINA, Código Penal, Lei 11.179/84)

Assim, observa-se que a pena para os médicos, cirurgiões, parteiras e farmacêuticos é aumentada.

Com relação ao aborto legal, será liberado o aborto sempre que a gravidez causar perigo de vida para a gestante e não tiver outros meios que possa salvar a vida dela. Assim como em caso de gravidez através de estupro e sendo a vítima incapaz, caberá a decisão ao seu representante legal.

CAPÍTULO III

3. MODALIDADES DE ABORTO

Na legislação brasileira, a conduta de quem pratica ou consente o aborto é considerado crime, mas também existem situações no ordenamento jurídico em que o aborto não será punido, então é sabido que o crime se divide em dois gêneros, quais sejam o aborto criminoso e o aborto legal, esses dois institutos se dividem em várias espécies.

3.1 ESPÉCIES DE ABORTO CRIMINOSO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL.

Há várias espécies de aborto criminoso, podendo se enxergar o dolo do agente na prática delituosa.

Para França (2014), o crime de aborto só se constitui momentos antes do parto, dessa forma, o aborto criminoso é a morte dolosa do ovo.

Todas as três espécies abaixo, só se caracterizam na forma dolosa, uma vez que, não existe aborto culposo pois não há previsão normativa para responsabilidade penal do aborto na modalidade culposa. Se ao analisar o caso concreto, ficar claro que a conduta do agente foi culposa, o fato é atípico, e conseqüentemente não caracterizará o crime de aborto.

3.1.1 Auto aborto

O auto aborto é um delito que é praticado pela própria gestante, ela tendo consciência de que está grávida e por seus próprios meios realiza o aborto em si mesma, seja por meios químicos, mecânicos, entre outros. Ou então, ela permite ou busca uma terceira pessoa para que realize o procedimento abortivo.

Ademais, embora a própria gestante não realize o aborto, mas na hora que ela permite ou chama uma terceira pessoa para que venha e provoque o aborto, então ela continua respondendo nos termos do artigo 124 do Código Penal, mais especificamente na parte final do artigo, uma vez que ela permitiu que alguém lhe provocasse o aborto.

Como já indagado, essa modalidade de aborto está tipificada no artigo 124 do código Penal Brasileiro, e, a sanção para quem pratica essa modalidade de aborto é uma pena de detenção de um a três anos.

Quanto a primeira parte do artigo 124, de acordo com Cleber Masson:

Trata-se do autoaborto, em que a gestante efetua contra si própria o procedimento abortivo por qualquer modo capaz de levar à morte do feto (exemplos: golpes com instrumento contundente, quedas propositais, ingestão de medicamentos abortivos etc.) (MASSON, 2013 p.74)

Já com relação a segunda parte do artigo 124, Cleber Masson afirma que:

Cuida-se do consentimento para o aborto. A grávida não pratica em si mesma o aborto, mas autoriza um terceiro qualquer, que não precisa ser médico, a fazê-lo. O Código Penal abre uma exceção à teoria monista ou unitária adotada pelo art. 29, caput, no tocante ao concurso de pessoas: a gestante é autora do crime tipificado pelo art. 124, 2.^a parte, enquanto o terceiro que provoca o aborto é autor do crime definido pelo art. 126. (MASSON, 2013 p.75)

Nesse mesmo sentido, Paulo César Busato em sua obra diz que:

O tipo penal é de conteúdo variável, pois admite a forma de provocação direta mediante ação da gestante, ou o seu mero consentimento para a realização da conduta abortiva por terceiro. No primeiro caso, trata-se de um tipo comissivo, enquanto que, no segundo caso, um delito comissivo por omissão, porquanto a punição se dirige ao assentimento para com a prática abortiva deflagrada por terceiro. (BUSATO, 2016 p.102)

Quando se fala do instituto do auto aborto, cabe levantar uma ressalva que é objeto de dúvida de várias pessoas, que é o caso da pílula do dia seguinte, uma vez que, para muitas pessoas a pílula do dia seguinte seria considerada como sendo uma substância abortiva.

A pílula do dia seguinte que as mulheres tomam no dia posterior ao ato sexual feito por ela, não pode ser considerada uma substância abortiva, pois o crime de aborto presume que o agente interrompa dolosamente a gestação. Quando a mulher ingere a pílula do dia seguinte, ela está tomando um medicamento para cessar a passagem hormonal e conseqüentemente vai gerar o desabamento do endométrio, então quando o zigoto chegar até o útero não terá mais como se fixar lá, pois o endométrio não vai estar mais lá e conseqüentemente não vai acontecer o processo de nidação que foi explicado no primeiro capítulo do presente trabalho, com isso não ocorrerá o início do desenvolvimento gestacional.

Para o direito penal brasileiro, só se puni o crime de aborto a partir da gestação.

3.1.2 Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante

O aborto praticado sem o consentimento da gestante está tipificado no artigo 125 do código Penal, é uma das penas mais grave acerca do crime de aborto, tendo em vista que o agente pratica o aborto sem o consentimento da mulher, esta modalidade de aborto é mais grave que as outras, pois o agente pratica o crime, acabando assim com a vida do embrião ou feto, e, conseqüentemente a dor dos pais será muito maior. Por ser mais grave, a sanção dessa modalidade de aborto é uma pena de reclusão de três a dez anos.

Observa-se que esta modalidade de aborto tem dois sujeitos passivos, que são a gestante e o feto.

Para Paulo César Busato:

Quando se refere à ausência do consentimento, o Código pretende estabelecer uma dissensão válida entre dois agentes capazes: o autor do aborto, que visa provoca-lo, e a gestante, que pretende evita-lo. Assim sendo, é de presumir que a gestante tenha capacidade para consentir. Uma vez que a ação é perpetrada sem o consentimento da gestante, há um Plus de reprovabilidade na conduta do agente em face das demais modalidades do mesmo delito. (BUSATO, 2016 p.103)

Desta forma, por ser uma modalidade de aborto em que a gestante não consente e conseqüentemente haverá um sofrimento maior por parte da mesma, essa modalidade é punível mais severamente.

3.1.3 Aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante

O aborto com o consentimento da gestante é uma modalidade de aborto em que a mulher quer abortar, e consente para que uma terceira pessoa venha e realize o procedimento abortivo, já que a gestante veio e autorizou. Essa espécie está prevista no artigo 126 do Código Penal.

Nessa situação tem dois crimes autônomos, ou seja, dois sujeitos ativos, o terceiro que realiza o aborto com o consentimento da gestante, responde de acordo

com o artigo 126, tendo como sanção uma pena de reclusão de um a quatro anos, já a gestante responde de acordo com a parte final do artigo 124 do CP.

Nesse sentido Cleber Masson:

O legislador, entretanto, abriu uma exceção à teoria unitária ou monista no concurso de pessoas, e criou crimes distintos. A gestante que presta o consentimento incide nas penas do art. 124 do Código penal, ao passo que o terceiro que provoca o aborto com o seu consentimento é enquadrado no art. 126 do Código Penal. Decidiu-se tratar a mulher de forma mais branda em decorrência dos abalos físicos e mentais que ela enfrenta com o aborto, nada obstante criminoso. (MASSON, 2013 p.77)

Ainda nesse mesmo sentido Paulo César Busato explica que:

A imputação aqui diz respeito unicamente ao terceiro e não contra a gestante. É um dos casos da parte especial do Código penal brasileiro que comporta a chamada exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de pessoas. Conquanto seja adotada uma teoria unitária como regra geral do concurso de pessoas pelo art. 29 do Código penal brasileiro, é certo que há exceções a essa regra geral no próprio Código Penal, em sua parte especial. No caso do aborto cometido por terceiros com o consentimento ou anuência da gestante, esta responderá pelo art. 124 do Código Penal, enquanto o terceiro responderá pelas penas do art. 126, cuja pena máxima de quatro anos suplanta em um ano a pena máxima passível de atribuição para a gestante. (BUSATO, 2016 p.104)

Contudo, se a gestante for menor de 14 (quatorze) anos, é alienada ou tenha algum problema mental, o terceiro que realiza o aborto responderá de acordo com as penas do artigo 125 do Código Penal. Dessa mesma forma incorre na mesma pena se o agente obteve o consentimento da gestante por meio de fraude, grave ameaça ou violência.

3.1.4 Aborto qualificado

Em relação ao aborto qualificado, a pena do agente que pratica a conduta delituosa vai ser aumentada, de acordo com o artigo 127 do código penal, se em consequência do aborto ou dos meios que foram empregados pelo agente a mulher tem lesão corporal de natureza grave, conforme o artigo 129. §1º e §2º do código penal as cominadas no artigo 125 ou 126 do código penal, vão ser aumentadas em um terço.

Já em caso de morte da gestante pelos meios empregados ou por consequência do aborto, as penas serão duplicadas, conforme consta no artigo 127 do Código Penal.

3.2 ESPÉCIES DE ABORTO LEGAL

Embora o aborto seja considerado crime no nosso ordenamento jurídico, existem algumas hipóteses em que o aborto será liberado, tanto para quem consente como para quem pratica.

3.2.1 Aborto necessário

O aborto necessário é uma modalidade de aborto legal, ou seja, não é punido. Ele só é usado em último caso, e de acordo com os ensinamentos de Rogério Sanches (2017), para configurar o aborto necessário tem que estar presente cumulativamente 3 (três) requisitos, quais sejam: o aborto tem que ser praticado por médico; o perigo de vida da gestante; e a impossibilidade do uso de outro meio para salvar a mulher.

Assim, o aborto necessário só poderá ser praticado quando ficar claro que só tem uma opção. Ou seja, interrompe a gravidez ou a mulher morre, e nesse caso não seria razoável permitir que a mulher morra para dar continuidade a gestação.

De acordo com a jurisprudência do nosso país, quando estiver diante de uma gravidez de risco, e à vida da mãe estiver em risco, qualquer pessoa poderá realiza-lo independente de ser médico ou não.

Nesse sentido Cleber Masson em sua obra diz que no aborto necessário:

Há conflito entre dois valores fundamentais: a vida da gestante e a vida do feto. E o legislador dá preferência àquela, por se tratar de pessoa madura e completamente formada, sem a qual dificilmente o próprio feto poderia seguir adiante. Em verdade, não se pode rotular como inconstitucional o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cede, diante de situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente. (MASSON, 2013 p.82)

Vale lembrar que, ainda que essa modalidade de aborto legal não estivesse prevista no Código Penal, não poderia ser tida como crime, pois estaria diante de

uma excludente de ilicitude, qual seja o estado de necessidade, pois quem praticar o aborto necessário, estará salvando a vida da gestante.

Seguindo essa linha de raciocínio, o doutrinador Paulo César Busato, escreve em sua obra que:

O aborto necessário ou terapêutico é basicamente uma forma especializada de estado de necessidade que, mesmo que não tivesse sido contemplado na parte especial do Código, teria lugar pela conjugação das causas de justificação da parte geral. Tanto é assim que, caso não seja um médico quem realiza o aborto para salvar a vida da gestante – elemento explicitamente contido na norma permissiva – ainda assim restará justificada a conduta de aborto praticado por terceiro. (BUSATO, 2013 p.106)

Desta forma, não há uma discussão necessária acerca do aborto terapêutico, tendo em vista que, mesmo que não fosse aceito pela jurisprudência, a gestante estaria resguardada assim como quem praticou, pois ele caracteriza o estado de necessidade, tendo em vista que é a vida da mãe que está em perigo atual.

3.2.2 Aborto sentimental

Inicialmente cabe transcrever parte da obra de Genival Veloso de França, quanto a origem do aborto sentimental:

A questão apareceu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentada pelos exércitos invasores. Surgiu então um movimento patriótico de repercussão em todo o mundo, contra essa maternidade imposta pela violência, pois não era justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre o fruto de um ato indesejado, lembrando para sempre a abominação recebida. (FRANÇA, 2014 p.392)

Essa hipótese de aborto não exige a obrigatoriedade de aborto e sim uma possibilidade de a gestante continuar ou não naquela gravidez, que foi fruto de uma violação sexual.

No caso do aborto sentimental, a doutrina majoritária entende que existem 3 (três) requisitos cumulativos para poder o agente ser isento de pena. O aborto tem que ser praticado por médico, a gravidez seja fruto de um estupro sofrido pela gestante e tem que ter o consentimento da gestante ou de seu representante legal em caso dela ser incapaz.

Ademais, essa modalidade de aborto tem que ser feita por um médico, entretanto, se a vítima do estupro for uma pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou incapaz, a autorização para o procedimento abortivo deve ser dada por seu representante legal.

Contudo, no caso de a gestante ser menor de idade e os seus representantes legais queiram a interrupção da gravidez e a menor não queira, vai prevalecer a vontade da gestante, pois a lei penal só fala em autorização para interromper a gravidez (abortar), e, nada fala para prosseguir com a gestação.

Para que o médico proceda o aborto, não é necessária uma condenação criminal acerca do estuprador, basta que o médico tenha provas de que o crime realmente aconteceu.

Nos ensinamentos de França (2014), “Mesmo assim, sempre que houver processo criminal de estupro em andamento, antes de o médico praticar o aborto é aconselhável obter autorização do juiz ou dos representantes do Ministério Público, cujo consentimento deixará o profissional em situação de não lhe caber, no futuro, nenhuma responsabilidade. ”

E de acordo com Masson (2013), “entende-se ser também cabível, por analogia *in bonam partem*, o aborto quando a gravidez resultar de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). ”

O aborto sentimental está previsto no artigo 128, II do código Penal.

3.2.3 Aborto de feto anencefálico

Para o direito penal, uma pessoa só é considerada morta quando seu cérebro para de funcionar, desta forma, em caso de o feto ser anencefálico, caso a mãe pratique o aborto ela não cometerá crime algum, o STF recentemente se posicionou a respeito do tema, dizendo que não é mais crime o aborto de feto anencefálico.

Uma vez que, a anencefalia ocorre durante o desenvolvimento gestacional, esse problema ocorre quando não se forma o sistema nervoso central da criança, ou mesmo que esse sistema nervoso se forme, não é formado a ligação entre o sistema nervoso com o restante da coluna cervical e conseqüentemente a sobrevivência da criança fora da barriga da mãe se torna inviável.

Por este motivo, por meio da ADPF nº 54 que foi julgada pelo STF em 2012, o Superior Tribunal Federal entende que caso seja diagnosticado a anencefalia do feto, a mãe poderá utilizar um procedimento abortivo por meio de um médico.

Dispõe França (2014) que o Supremo tribunal federal aprovou a interrupção de gravidez do feto anencefálico, por maioria de votos, acompanhando o voto do Min. Marco Aurélio de Mello, relator da ADPF n.º 54, declarando inconstitucional a interpretação dada aos artigos do código penal referente ao crime de aborto, que criminalizava o aborto nos casos de feto com anencefalia.

3.2.4 Aborto culposo

O aborto culposo não é considerado crime para o ordenamento jurídico Brasileiro, uma vez que, o crime de aborto só poderá ser punido na sua modalidade Dolosa, pois a culpa não é um elemento caracterizador do crime de aborto. Contudo, apesar do crime de aborto não existir na modalidade culposa, as lesões causadas a gestante poderão ser punidas pela lesão corporal sofrida.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DO CRIME DE ABORTO

3.3.1 Objeto jurídico

De acordo com Greco (2015), “o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento”.

Neste mesmo sentido, Nucci (2017) diz que, “o objeto jurídico protegido é a vida do feto ou embrião. Primordialmente, o objeto material é o feto ou embrião, que sofre a conduta criminosa, mas também pode ser a gestante, pois seu corpo pode ser agredido para provocar o aborto. ”

3.3.2 Sujeito ativo e passivo

O sujeito ativo do crime de aborto é quem pratica a conduta criminosa, ou seja, no caso do auto aborto o sujeito ativo é a própria gestante. Já em relação as

outras modalidades de aborto criminoso, qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo no crime.

Quanto ao sujeito passivo no crime de auto aborto, o feto se torna sempre o sujeito passivo do crime, com exceção da modalidade de aborto sem o consentimento da gestante, tendo também como sujeito passivo a mãe.

3.3.3 Consumação e tentativa

O crime de aborto existe na modalidade tentada e consumada, desta forma se ocorre a morte do embrião ou feto, o crime estará consumado, mas se por algum motivo o embrião ou feto não morre, restará o crime na sua modalidade tentada.

Em seus ensinamentos Rogério Greco diz que:

O delito de aborto se consuma com a efetiva morte do produto da concepção. Não há necessidade que o óvulo fecundado, embrião ou o feto seja expulso, podendo, até mesmo, ocorrer sua petrificação no útero materno. Na qualidade de crime material, podendo-se fracionar o iter criminis, é perfeitamente admissível a tentativa de aborto. (GRECO, 2015 p.358)

Dessa forma, o crime de aborto tanto é punível na sua forma consumada quanto na forma tentada.

3.4.4 Tipo subjetivo

O crime de aborto só poderá ser punido na sua modalidade Dolosa, não tendo previsão para o aborto culposos.

3.4.5 Ação penal

Com relação à ação penal, o crime de aborto em suas várias modalidades será sempre de ação penal de iniciativa pública incondicionada, ou seja, quem poderá oferecer a denúncia vai ser sempre o Ministério Público, salvo quando o MP ficar inerte, então, a ação Penal Poderá ser privada subsidiária da pública, assim, a vítima ou seus familiares poderão oferecer em caso de morte da vítima, lembrando que a ação penal privada subsidiária da pública só poderá ser exercida em caso de aborto sem o consentimento da gestante.

CAPÍTULO IV

4. INAPLICABILIDADE DA LEI PENAL ACERCA DO ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO

Um exemplo concreto da temática a ser discutida nesse estudo, pode ser observado no julgamento do Habeas Corpus 124306 / RJ que ocorreu no dia 29 de novembro de 2016 pela nossa mais alta corte do Brasil.

Nesse Habeas Corpus, o impetrante Jair Leite Pereira moveu esse *mandamus* frente a Máxima Corte do Brasil em favor de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, a fim de enfrentar os fundamentos do decreto de prisão preventiva em relação aos pacientes, que tinha como acusação o crime de aborto tipificado no artigo 126, combinado com o artigo 288 – na redação antiga do delito de formação de quadrilha -, ambos do Código Penal.

Embora o remédio heroico tivesse como objetivo analisar a legalidade do decreto da prisão preventiva observou-se uma real discussão sobre o objeto material do crime de aborto, e assim, a própria viabilidade jurídica da acusação.

De forma espontânea, num julgado que não ensejaria efeito erga omnes, posto que não fora decidido em sede de repercussão geral, mas mero efeito inter partes, o Supremo Tribunal Federal se deteve a analisar questões como período gestacional para configuração da necessária proteção do feto, os princípios que regem os direitos das mulheres como o direito à liberdade privada, direito à saúde da mulher, direitos sexuais, direito a igualdade na acepção substancial, entre outros, assim como enfrentou a própria discussão se o crime de aborto nos moldes presentes no Código Penal de 1940, teria sido recepcionado ou não pela nossa Constituição Federal de 1988.

A discussão ganha maior relevo porque comparamos uma constituição por todos conhecida como cidadã, garantidora de inúmeros direitos as mulheres, com uma legislação arcaica que data da década de 40.

Nesta oportunidade, os ministros da 1ª turma do Superior Tribunal de Federal, analisando o *Habeas*, se detiveram sobre a discussão da viabilidade ou não da própria acusação, da prática do crime de aborto. Ou seja, questionava-se se houve ou não um crime em tese a ser apurado.

O que foi observado não foi a eventual ausência de provas para a acusação, mas sim a discussão do próprio objeto material, assim como a colisão do tipo penal vergastado, que pauta os princípios que dão garantia de vida ao feto, com os direitos da mulher.

Nesse sentido, o Ministro relator do Habeas Corpus Marco Aurélio, conhecendo do habeas, e no mérito enfrentando somente os critérios formais da decretação da prisão, concedeu a ordem.

Entretanto, o Ministro Barroso, ao apresentar seu voto vista, abriu discussão sobre a inconstitucionalidade da vedação da interrupção no primeiro trimestre de gravidez, discussão que fora acompanhada pelo Ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber em seus votos.

4.1 VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

De início, cabe afirmar que, embora o Ministro Marco Aurélio tenha sido o relator do Habeas Corpus, ora debatido, em seu voto nada fora tratado acerca da constitucionalidade da interrupção do aborto até os três primeiros meses de gravidez.

Desta forma, o douto Ministro se ateu em seu voto somente ao critério formal, qual seja a ausência dos pressupostos para decretação da prisão preventiva, assim como a neutralidade na conduta dos pacientes em tentarem evadir-se do local, uma vez que é direito de todos a não autoincriminação, prevista tanto na Constituição federal de 1988, quanto no Pacto de São Jose da Costa Rica assinado pelo Brasil.

Assim, ao cabo do seu voto, deferiu a ordem de habeas corpus para afastar a decretação da prisão preventiva, bem como estendeu os efeitos da liminar aos corréus.

4.2 VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Ao final do voto do relator, o Ministro Barroso, pediu vista para melhor analisar a matéria, tendo em vista que suscitou relevante matéria de ordem pública.

Dessa forma, no início de sua fundamentação acerca do caso, o Ministro questionou a via eleita pela defesa, uma vez que, no seu entender não seria hipótese de Habeas Corpus, contudo, por entender se tratar de matéria de ordem pública, conheceu do remédio heroico de ofício para afastar a prisão preventiva.

De tal modo, como primeiro argumento, o Ministro falou da falta dos pressupostos para decretação da prisão preventiva, conforme abaixo citado:

Em primeiro lugar, entendo que o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus. Em verdade, a decisão limitou-se a invocar genericamente a gravidade abstrata do delito de “provocar o aborto com o consentimento da gestante” imputando, bem como a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ante à suposta tentativa dos pacientes de se evadirem do local dos fatos. (BARROSO, 2016)

Contata-se ainda que o Ministro Barroso (2016), usou como fundamento para sustentar a falta dos pressupostos da prisão preventiva, os bons antecedentes, primariedade e trabalho fixo do réu, esteando ainda que eventual condenação se daria no regime aberto, uma vez que, a pena máxima em abstrato de tal crime é de quatro anos.

Contudo, o segundo argumento no sentido do afastamento da prisão preventiva, trouxe à tona uma grande e rica discussão a respeito da proibição do aborto, discussão nunca vista no Supremo Tribunal Federal.

Ao que pese as condutas tipificadas do artigo 124 ao 126 do Código Penal serem consideradas crime, o Ministro Barroso iniciou uma séria de discussão a respeito da constitucionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, questionando inclusive, a ilicitude da conduta.

Dessa forma o Min. Barroso assinala que o Código Penal tutela o direito à vida do feto, mas em contrapartida afronta os direitos das mulheres.

Nesse sentido, Barroso fala que:

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos. Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia. (BARROSO, 2016)

Percebe-se claramente, que o direito de autodeterminação, assim como autonomia e discricionariedade, são direitos legítimos da mulher. Reafirma a dignidade da pessoa humana como direito intrínseco a sua autodeterminação.

Entretanto, até mesmo os direitos fundamentais não são absolutos, e assim, em algum momento poderá existir conflitos, que serão resolvidos pelos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.

Dessa forma, seguindo a melhor doutrina, o Ministro Barroso lembra que o princípio da proporcionalidade, divide-se em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade, vejam sua citação a respeito:

Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a *adequação*, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a *necessidade*, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se pede. (BARROSO, 2016)

Extraí-se, portanto, que somente com o uso do princípio da proporcionalidade será dirimido o conflito entre um direito fundamental e um princípio constitucional, que de uma forma ampla, identificará qual direito deve prevalecer, não sem antes fazer a análise de acordo com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge de uma forma direta vários direitos das mulheres. Dessa forma, sustenta o ministro, que as mulheres não fazem o aborto por prazer, mas sim por necessidade, como nos casos de gravidez não desejada ou mesmo de sérios problemas financeiros que podem comprometer o bem-estar da mulher, do mesmo modo que da sua família.

Na mesma esteira de raciocínio, o magistrado apontou as duas posições que divergem a respeito do tema. A primeira delas, sustenta que a vida surge a partir da nidação. Já a segunda corrente, sustenta que, só há de falar em aborto após a formação do sistema nervoso central, que estará formada a partir do terceiro mês de gravidez, desta forma, não há como falar em vida em um sentido pleno.

Nesse sentido, assevera Barroso:

[...] os que sustentam que existe vida desde a concepção [...]. de outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central

e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido amplo. (BARROSO, 2016)

Dessa forma, independente da teoria adotada, seja a da vida a partir da concepção, seja a teoria que fala do sistema nervoso central completo, a forma mais adequada é usar o princípio da proporcionalidade, assim restará resguardado o direito à vida e os direitos fundamentais das mulheres.

4.2.1 Violação à autonomia da mulher

Ademais, em relação ao princípio da violação à autonomia da mulher, O Ministro Barroso afirma que, a criminalização viola a autonomia da mulher, uma vez que a mulher tem direito de fazer suas próprias escolhas, assim como tomar as decisões relacionadas ao rumo de sua vida, devendo, portanto, o Estado ficar inerte em relação às escolhas de cada pessoa.

Nesse sentido, O magistrado Luís Roberto Barroso, afirma que:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BARROSO, 2016)

Dessa forma, de acordo com a atual lei vigente em nosso país, trata a mulher, ou mais especificamente o útero da mesma, como se fosse um objeto do estado-sociedade para reproduzir, e resguardar o direito à vida. Mas em contrapartida, quem está a favor dos direitos da mulher?

Esse é o grande problema que enfrenta a legislação brasileira, tendo em vista um conflito aparente de normas constitucionais versus direitos da mulher. É nesse diapasão que entra a discussão presente, assim como a busca de um meio para sanar esse problema como a aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

4.2.2 Violação do direito à integridade física e psíquica

Em relação a esse direito, cabe ressaltar que uma gravidez desejada traz consigo cuidados com a mulher que evitam sofrimentos psíquicos e físicos inerentes a sua nova condição. Mas, em contrapartida, quando a gravidez ocorre de forma inesperada, e ainda mais indesejada, na qual a mulher não quer ter aquela criança, tudo se complica, pois é imposta uma responsabilidade para a mulher que muitas das vezes ela não pode suportar sozinha, que ela leva para o resto da sua vida. Com isso, vários fatores como falta de pré-natal, e posteriormente eventual negligência de cuidados com a criança, trazem graves consequências para o nosso país, devido a grande chance de complicações na saúde da mulher, assim como essas crianças podem tender a se voltar para a criminalidade.

Em relação à integridade física e psíquica da mulher, o Ministro Luís Roberto assevera que:

O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. (BARROSO, 2016)

Assim, sabemos que é direito amparado pela Carta Magna o direito a integridade física e psíquica previsto no caput do artigo 5º da Constituição federal, assim como seu inciso III.

4.2.3 Violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

No tocante a este ponto, os direitos sexuais e reprodutivos foram definidos na conferência internacional sobre população e desenvolvimento do Cairo no ano de 1994, ficando estatuído assim que é direito fundamental do homem e da mulher, decidir o tamanho da sua família, bem como quando irá se reproduzir, englobando, por via de consequência, manter ou não uma gravidez.

Assim, o Ministro Barroso, assevera que:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior finalidade. (BARROSO, 2016)

Dessa forma, um dos pontos marcantes no reconhecimento dos direitos acima citados, foi a Conferência Mundial sobre a Mulher que foi realizada em Pequim no ano de 1995. Vale ressaltar que em nosso país, esses direitos ainda se encontram muito atrasados, uma vez que o tratamento da mulher com relação ao homem é enorme. Temos uma diferença significativa. Assim, o ministro Luís Roberto Barroso, usou como um dos fundamentos de seu voto, este direito, uma vez que, a discussão a respeito da constitucionalidade da interrupção voluntária do aborto até o terceiro mês de gravidez, é muito importante para o desenvolvimento dos direitos humanos inerentes a mulher brasileira.

4.2.4 Violação à igualdade de gênero

Ainda o Ministro sustentou como um dos fundamentos a quebra da igualdade de gênero, tendo em vista que esse direito, põe fim a desigualdade entre homens e mulheres, pois durante toda a história, não só do Brasil, mas de todo o mundo, as mulheres sempre foram tratadas com desigualdade, as mulheres sempre foram tidas como inferior. Então o direito de igualdade de gênero vem para sanar essas desigualdades e assim, juntamente com o princípio da dignidade humana, sanar essas disparidades.

O ministro Luís Roberto Barroso a respeito da igualdade de gênero esclarece que:

A igualdade de a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. (BARROSO, 2016)

Dessa forma, o homem não engravida, mas a mulher sim, então, só haverá realmente uma igualdade, no momento em que a mulher, sendo reconhecida como titular do seu direito de opção, possa escolher interromper uma gravidez indesejada.

4.2.5 Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

Ao que tange a discriminação social em face das mulheres em geral, é defronte as mulheres pobre que ela se mostra mais agressiva, tendo em vista que as dificuldades financeiras que elas sofrem impõem sérias limitações de acesso a saúde, comprometendo com isto a sua qualidade de vida. Por esta razão fica cada vez mais difícil para uma mulher pobre planejar ter uma criança, uma vez que elas próprias já vivem uma luta diária pela sobrevivência, o desenrolar de uma família mal projetada importará em maiores sofrimentos para a mãe e seu filho.

No tocante a essas discriminações, o referido ministro enfatizou que:

[...] a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (BARROSO, 2016)

Dessa forma, conforme visto acima, no trecho do voto do ministro, as mulheres, mais especificamente as mulheres pobres, por temerem serem presas, dia após dia se mutilam das mais variadas formas, executando abortos sem qualquer procedimento mais seguro, ficando com sequelas permanentes ou até mesmo perdendo a vida.

Então, com a descriminalização da interrupção voluntária do aborto até o terceiro mês, muitas dessas mulheres poderiam procurar um médico sem receio de serem presas, ou processadas, podendo fazer o aborto mediante um procedimento seguro e conseqüentemente sem lesões e mortes prematuras.

4.2.6 Violação ao princípio da proporcionalidade

Ao que tange o princípio da proporcionalidade, o Ministro sustenta ser evidente a desproporcionalidade do Estado em incriminar uma mulher que interrompe a gravidez até o terceiro mês de gestação.

O Código Penal foi elaborado na década de 40 (quarenta), trazendo toda a ideologia social da época, contudo a Constituição Federal – por ser 1988- trouxe um rico acervo de direitos e garantias fundamentais, que coíbe, entre outras matérias toda e qualquer desigualdade entre as pessoas com seus pares.

Assim, toda e qualquer norma que venha de encontro com algum preceito fundamental, terá o legislador que usar do princípio da proporcionalidade para poder sanar esse conflito, uma vez que o Estado é o guardião de todos os direitos e toda vez que estiver diante de um conflito entre normas e princípios, terá o Estado que não escolher entre uma delas, mas chegar a um meio termo, que será alcançado por meio do princípio da proporcionalidade, que se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao que tange ao subprincípio da adequação, é preciso analisar se existe diferença significativa no número de abortos em países em que o aborto é permitido, com países em que o aborto é criminalizado. Sopesadas essas informações, vai ser visto que as taxas não vão ter muitas diferenças, uma vez que a real diferença dos países que o aborto é liberado e os países em que o aborto é proibido, não estão no número de aborto, mas sim nas consequências do procedimento.

Assim, o ministro asseverou que:

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização. (BARROSO, 2016)

O ministro, ainda, sustentou considerações acerca do papel do Estado:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem desejo ter o

filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. (BARROSO, 2016)

Então, evidentemente o princípio da adequação está sendo violado. Pois foi percebido que não é adequado criminalizar a conduta de interromper a gestação voluntariamente até o terceiro mês. Como visto acima, a criminalização neste sentido só causa efeitos após a prática abortiva, efeitos esses, visto de uma forma mais frequente em mulheres pobres.

Já com relação ao subprincípio da necessidade, cabe uma indagação, ao invés de criminalizar o aborto, teria outro meio eficaz de tutelar o direito do feto?

Pois sabemos que a criminalização do aborto vai de encontro com muitos direitos pertencente as mulheres e com isso tem-se um conflito: direitos do feto, versus direitos da mulher. Por esta razão, o princípio da necessidade, apresenta medidas alternativas que levaria a uma proporcionalidade entre estes direitos.

Nesse sentido, o ministro Luís Roberto assevera que:

Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres. (BARROSO, 2016)

Assim, se usássemos como exemplo, o que ocorre na Alemanha, onde mulheres grávidas que pretendem interromper a gestação passam por uma consulta na qual os profissionais vão aconselhar a gestante durante três dias, perpassando assim por um período de reflexão.

Nesse sentido, Robson Mourão Franklin dos Santos assevera que:

O processo de aborto na Alemanha é muito semelhante ao de Portugal. Existe um serviço obrigatório chamado Centro de Aconselhamento para grávidas em conflito, que possui como objetivo esclarecer sobre o aborto, a legislação e os recursos oferecidos pelo Estado e ainda identificar o conflito emocional existente. Após passar pelo centro, a gestante é obrigada a aguardar o prazo de três dias antes da decisão final, é o conhecido prazo de reflexão. Se de tudo ao final a optar pelo aborto, este é realizado em hospital ou clínica. (SANTOS, 2011 p.20)

Nesse mesmo sentido, o ministro Barroso afirma que:

Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e a sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade. (BARROSO, 2016)

Dessa forma, constata-se que o aborto é mais um problema do Estado, do que da própria gestante, uma vez que se o Estado brasileiro investisse mais em políticas públicas tanto para descriminalizar o aborto, como informar as mulheres o perigo que elas correm a praticar o aborto de todas as formas, assim correndo até perigo de morte.

Já com relação a proporcionalidade em sentido estrito é importante analisar se a restrição de uma série de direitos inerente a mulher é suprida pela proteção a vida do feto?

Sopesados todos os pontos acima, ficou claro que a criminalização do aborto não reduz a quantidade de práticas abortivas, pois a as taxas de aborto, entre países que são contra e os países que são a favor do aborto, são as mesmas, a diferença é mínima. A única diferença observada entre esses países *pro* e *contra*, foi que em países que criminaliza o aborto, a média de mulheres que tem complicações, assim como lesões graves e até mesmo a morte é enorme.

A esse respeito o referido ministro aduz que:

[...] também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. (BARROSO, 2016)

Contudo, em outros países como os Estados Unidos, discussão que ocorre agora no Brasil já aconteceu há tempos atrás, como exemplo o caso *Roe. V. Wade*, que já foi discutido em capítulo anterior do presente trabalho. Nesse caso foi discutido se a mulher teria direito a realizar o aborto nos dois primeiros trimestres da

gravidez, sendo essa a decisão da Suprema Corte Americana, assim, prevalecendo o direito da mulher sobre o direito do feto.

O ministro Roberto Barroso alude que:

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação pena da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer possibilidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. (BARROSO, 2016)

Ainda, o ministro Barroso declara que:

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior a Constituição, a hipótese é de não recepção (*i.e.*, de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP. (BARROSO, 2016)

Assim, o ministro Luís Roberto Barroso, usou como um dos fundamentos para a revogação da prisão preventiva, a discussão sobre a constitucionalidade do crime da interrupção voluntária nos três primeiros meses de gestação.

Desta forma o ministro concedeu de ofício a ordem de habeas corpus para afastar a preventiva, e ainda, estendendo aos corréus.

4.3 VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

Em relação ao voto do ministro Fachin, ele concedeu o Habeas corpus de ofício em favor dos pacientes.

Embora o ministro não tenha entrando na discussão em si, vale a pena expor parte de sua declaração:

[...] embora seja apenas uma nota *a latere*, Senhor Presidentes, para registrar que nesta semana, à página 44 da revista Carta Capital, há uma notícia da Carta Apostólica “*Misericórdia et Misera*” do Papa Francisco, onde se acentuou a possibilidade de absolvição sinalizada pelo Pontífice jesuíta, que alcança mulheres e profissionais da saúde que porventura tenham alguma participação na interrupção de uma gravidez após a confissão. (FACHIN, 2016)

Dessa forma, nota-se que até o Papa, líder da igreja católica, está perdoadando as pessoas que interrompem voluntariamente a gravidez, assim, já está mais do que tarde para ter algumas mudanças na legislação brasileira acerca do aborto.

4.4 VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER

A ministra Rosa Weber, em voto concorrente com o voto vista do ministro Barroso, concedeu o Habeas Corpus de ofício, para determinar o afastamento da prisão preventiva em relação aos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

Inicialmente, Rosa Weber fundamenta seu voto com relação ao não preenchimento dos requisitos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em um segundo momento, a ministra adentra em outro fundamento, qual seja o da não configuração do crime de aborto nos três primeiros meses de gestação, assim vale ressaltar:

Para tanto, o texto legal descrito nos artigos 124 a 126 do Código Penal exige para sua legitimação que lhe seja conferida interpretação conforme, de modo a desqualificar o crime de aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre, como proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso. (WEBER, 2016)

Ainda nesse sentido, a Ministra mencionou questões que merecem devido destaque:

Desse modo, o problema deve ser posto, na arena jurídica repito, a partir das seguintes perguntas: justifica o estado criminalizar a decisão da mulher por abortamento no primeiro trimestre da gestação? Pode ser negado este direito de escolha da mulher? Existem razões suficientes na ordem constitucional que legitimam esta decisão política majoritária em detrimento de direitos individuais? Quais os princípios constitucionais que estão em colisão? A aceitabilidade ética ou moral do aborto é tão reprovável nas sociedades contemporâneas que legitima sua transferência para o campo da escolha política? (WEBER, 2016)

Dessa forma, conforme observado por Rosa Weber, uma discussão no Supremo Tribunal Federal, não vai por um fim no assunto. Mas vai iniciar uma série de discussões com os outros poderes acerca do assunto.

A Ministra, de forma categórica, assim como o Ministro Luís Roberto Barroso, elenca uma série de direitos das mulheres que vão de encontro com o direito a proteção do feto, desta forma, é considerando a interpretação dos artigos do Código Penal referentes ao aborto, com a Constituição Federal, que é resguardado, assim como conciliados, todos esses direitos, tanto da proteção ao feto, quanto aos direitos da mulher.

No julgamento da ADPF 54 que discutia a hipótese de aborto de feto anencefálico, a ministra Rosa Weber, fundamentou seu voto, afirmando ser direito da mãe decidir acerca do futuro da sua gravidez:

[...] para o direito, o que está em jogo, no caso, não é o direito do feto anencefálico à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina (CFM), jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal. O que está em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano. (WEBER, 2012)

Assim, não é um direito do Estado escolher se a gestante levará adiante sua gravidez, mas sim um direito da gestante.

Entretanto, a Rosa Weber assevera que:

À vida do quadro normativo desenhado, verifica-se que o problema da descriminalização do aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre por decisão da mulher tem, em sua essência, a colisão entre dois direitos fundamentais básicos: direito à vida como forma de tutela do nascituro *versus* o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização material do direito à igualdade de gênero. (WEBER, 2016)

Ademais, em seu voto, a Ministra trouxe para a discussão a experiência do direito comparado, iniciado com o caso *Roe versus wade*, caso este já explanado no capítulo referente ao direito comparado.

No caso *Roe versus wade*, foi dado a mãe, o direito de escolher se interrompia ou não a gravidez.

Já com relação a Corte Internacional de Direitos Humanos, Rosa Weber assevera que:

[...] ao resolver o problema jurídico e entender pela responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica por ter vulnerado direito à vida privada e familiar e o direito à integridade pessoal, na acepção da autonomia pessoal, a saúde sexual, o direito de usufruir dos benefícios do progresso tecnológico e científico, definiu o alcance interpretativo do artigo 4.1 da Convenção Americana, que trata do direito à vida. E, ao assim decidir, enfrentou a necessidade de tutela dos direitos da mulher e sua autonomia reprodutiva e consignou o caráter não absoluto dos direitos do embrião e do feto.

[...] como resultado, entendeu a Corte Interamericana que a proteção do direito à vida com fundamento no artigo 4.1 não é absoluta, mas gradual e incremental, conforme seu desenvolvimento, de modo que não constitui um dever absoluto e incondicional, cabendo exceções à regra geral. (WEBER, 2016)

Desta forma, se até a Corte Americana de Direitos Humanos, na qual o Brasil é signatário, decidiu que cabem exceções ao direito à vida, é evidente ser esta a pedra de toque necessária a fundamentar a liberação da interrupção do aborto até o terceiro mês.

Concluindo os fundamentos do seu voto, a Ministra Rosa Weber:

[...] compartilhando das premissas argumentativas defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme com os direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual, a não discriminação indireta de gênero igualmente tutelados.

Entendo, pelas razões expostas, bem como pela justificação decisória compartilhada do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, que a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre. (WEBER, 2016)

Pois bem, se o Código Penal prevê como causa excludente de ilicitude o aborto sentimental – interrupção da gravidez no caso da mulher vítima de estupro -, se a Constituição Federal admite a pena de morte em caso de guerra declarada, porque não autorizar a interrupção da gestação até o terceiro mês? Pondo fim a essa discussão, assim como a violação de direitos das mulheres.

A Ministra Rosa Weber, encerra seu voto, concedendo a ordem de Habeas Corpus de ofício, uma vez que inexistem os requisitos da prisão preventiva, em favor dos pacientes, estendendo-se aos corréus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente cumpre-nos afirmar que a respeito da vida humana boa parte da doutrina assevera que a vida se inicia desde a fecundação, embora, alguns autores discordem a respeito do início da vida na fecundação. Contudo, o aborto no Brasil só é punido se o agente interrompe a gestação, o qual, a melhor doutrina explica que o marco inicial da gestação é a nidação.

Assim, sabemos que o ordenamento jurídico protege o direito à vida como um dos principais direitos do ser humano, mas, vale ressaltar que ele não é absoluto, tendo em vista que no nosso próprio ordenamento jurídico tem exceções ao direito à vida.

Em relação à morte no Brasil, temos a morte cerebral como parâmetro para caracterizar o fim da vida, ou seja, mesmo que o indivíduo após a sua morte cerebral esteja com os outros órgãos funcionando, para fins de direito ele estará morto.

O aborto (interrupção voluntária da gestação) existe desde tempos remotos, no Brasil existe desde as primeiras Constituições brasileiras, havendo somente algumas mudanças ao longo do tempo. No Código Penal do império, o crime de aborto só era punido para o terceiro que praticasse o aborto, a gestante que praticasse não recebia sanção alguma. Com isso, através do advento do Código Penal de 1890, a gestante que cessasse a gestação voluntariamente, responderia também por tal crime.

No atual ordenamento jurídico do Brasil, existem algumas modalidades de aborto criminoso que estão previstas no Código Penal, como o auto aborto, o aborto com o consentimento da gestante e o aborto praticado por terceiro. Existindo ainda três modalidades de aborto que são permitidos, sendo eles, aborto sentimental, aborto necessário e aborto de feto anencefálico.

Com relação ao direito comparado, é importante ressaltar que alguns países da América Latina já descriminalizaram o aborto até a décima segunda semana de gestação, uma vez que o principal fundamento para tal feito é a proteção dos direitos das mulheres.

Assim, da mesma forma está acontecendo no Brasil, uma vez que a grande discussão do presente trabalho é com relação à interrupção da gestação até o terceiro mês de gravidez, visto que essa tese foi levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e assim apoiada pela Ministra Rosa Weber.

Dessa forma, sabemos que uma mulher não vai abortar por sentir prazer, e sim por necessidade, assim os Ministros do Supremo Tribunal Federal Barroso e Weber, sustentaram alguns pontos que ajudam a sustentar essa tese da interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses.

Vários direitos das mulheres são violados, tais quais a autonomia da mulher, tendo em vista que a mulher tem direito de fazer suas próprias escolhas, o direito à integridade física e psíquica, pois é um dos direitos mais violados com a criminalização do aborto, direito sexual e reprodutivo da mulher, uma vez que a mulher tem direito de se relacionar e decidir quando quer ter um filho ou não, com isso sabemos que contraceptivos não são totalmente seguros, então se uma mulher engravidar porque o contraceptivo falhou, ela terá que ter aquela gravidez, mesmo que seja contra a sua vontade?

Outra violação contra a mulher é a igualdade de gênero, assim como a discriminação social e o impacto desproporcional sobre mulheres pobres, e por último, a violação ao princípio da proporcionalidade.

Ademais, é de se observar que em outros países que o aborto é liberado, as taxas de aborto são as mesmas de países como o Brasil, a única diferença que se nota é que no Brasil várias mulheres morrem ou ficam com serias sequelas.

Sopesadas todas essas informações, chega-se a uma conclusão qual seja, seja criminalizada, seja legalizada, a conduta de interromper a gestação sempre vai existir. Embora o aborto seja criminalizado no Brasil, é sabido que existe um índice muito alto de aborto em todo o país, vários são os motivos como pobreza, desigualdade social, falta de informação, desestrutura familiar.

Assim, com a descriminalização da gestação até o terceiro mês iria acabar com vários problemas, como o alto índice de morte e de problemas de saúde com mulheres que praticam o aborto, pois se fosse descriminalizado as mulheres poderiam praticar o aborto de uma forma segura, pois iriam procurar hospitais e realizar a interrupção da gravidez com pessoas especializadas, e assim iria acabar com clínicas de aborto clandestino. Dessa forma, ainda poderia criar um centro de apoio a mulher que deseje interromper a gestação, assim, explicando a ela os pontos positivos e negativos do aborto e só após esse apoio oferecido a mulher, é que seria realizado o aborto, lembrando que países como Portugal já usam esses centros de apoio a gestante que desejar interromper a gestação.

Então, não teria porque ainda incriminar a conduta de uma mulher que decide abortar até os três primeiros meses de gravidez, pois usando de forma análoga o homicídio culposo de um pai que mata seu filho, caberia em tese o perdão judicial, tendo em vista que os efeitos da morte do seu filho já lhe causariam uma dor enorme, então não teria porque ainda responder criminalmente por esta conduta, bastando assim a dor da perda. Dessa mesma forma, mesmo sendo o aborto um crime doloso, caberia a tal ideia a tal crime, uma vez que a gestante só aborta porque está diante de problemas, seja por problemas para criar a criança, seja problemas relacionados a própria gestante.

Por fim, se aplicarmos o princípio da proporcionalidade nos casos de interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês, estaríamos assim equilibrando os direitos, uma vez que continuaríamos preservando o direito à vida após o terceiro mês de gestação, e ao mesmo tempo estaríamos preservando os direitos inerentes a mulher, quais sejam: direito à autonomia da mulher, direito à integridade física e psíquica da mulher, direitos sexuais e reprodutivos da mulher, direito a igualdade de gênero e direito a não discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.

Portanto, estaria diante de uma proporcionalidade, ou seja, uma igualdade de direitos, pois estaria respeitando o direito à vida na forma do princípio da proporcionalidade, e ao mesmo tempo estaria resguardando os direitos das mulheres.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de direito Rideel** / Anne Joyce Angher, organização. – 23. Ed. – São Paulo : Rideel, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Primeira turma, *Habeas Corpus* 124306 / RJ. Pacientes: Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 07 nov. 2017.

BARRETO, Alex Muniz; **Direito Constitucional Positivo** / Alex Muniz Barreto – 1ª edição, CL EDIJUR – Leme/SP – Edição 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1** / Paulo César Busato. – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo. 2. Ed., São Paulo : **Revista dos tribunais**, 1994, p. 16.

CHAVES, Daniel Rodrigues. **Um estudo comparativo do aborto**, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24642/um-estudo-comparativo-do-aborto/1>. acesso em 22, out,2017.

CNN, **Roe v. Wade Fast Facts**. Ano 2017. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2013/11/04/us/roe-v-wade-fast-facts/index.html> . Acesso em 23/10/2017.

CÓDIGO PENAL DA ARGENTINA, Lei 11.179 Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 11 nov. 2017.

Código Penal de 1940, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 set. 2017

Código Penal de 1830, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

Código de Hamurabi, Disponível em:

<<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

Código Penal de 1890, disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 set. 2017.

CROCE, Delton. **Manual de medicina legal** / Delton Croce e Delton Croce jr. – 7. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 9. Ed. Ver., ampl e atual. – Salvador: jusPODIUM, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo : Saraiva, 2011.

Dilemas acerca da vida humana : **interfaces entre a bioética e do biodireito**. – São Paulo : Editora Atheneu 2015. – (serie hospital do coração HCor). Vários editores.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **mini Aurélio** : o dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. – 8. Ed. – Curitiba : positivo, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de, 1935- **Direito médico**/Genival Veloso de França. – 12. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal** / Genival Veloso de França. – 9.ed. – Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 2011.

GALVÃO, Luis Carlos Cavalcanti. **Medicina Legal** / Luis Carlos Cavalcanti Galvão. São Paulo : Livraria Santos Editora Ltda., 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO Rogério. **Código penal**: comentado – 9. Ed.- Niterói, RJ: impetus, 2015.

Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, **Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez** (JusNet 850/2007), Disponível em: https://juventude.gov.pt/MigratedResources/461000/461006_Lei16_2007.pdf Acesso em: 22/11/2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 17, ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo ; Saraiva, 2011.

LOUREIRA, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito** / Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureira. – Atual. Até a decisão do STF – ADI 3510 – São Paulo : Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber, **Direito penal esquematizado**: parte especial – vol. 2 / Cleber Masson. – 5.ª ed. Ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MENDES, Mariana Sopelsa. **Crime de Aborto**. 2016 (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/02/CRIME-DE-ABORTO.pdf>> acesso em: 15 Set. 2017.

MILLAGRES, Antônio Cândido, **A Legalização do aborto**, 2011, tese (Bacharelado em direito) – Faculdade de ciências jurídicas e sociais, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-14010b3cddf4b48b31639d84b4da6bda.pdf>> acesso em: 15 Set. 2017.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte especial**. São Paulo: atlas. V.2 (24. Ed., 2006).

NALINI, José Renato. **A evolução protetiva da vida na constituição brasileira**. In: A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabri Editor, 1999, p. 263-283.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 17. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O SUL. **Apenas quatro países da América Latina permitem o aborto sem que seja necessário apresentar justificativa, até a décima segunda semana de gestação**. 2015. Disponível em: <http://www.osul.com.br/apenas-quatro-paises-da-america-latina-permitem-o-aborto-sem-que-seja-necessario-apresentar-justificativa-ate-a-12a-semana-de-gestacao/>> Acesso em: 20 nov. 2017.

PRADO, Danda. **O que é aborto** / Danda Prado. – 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Robson Mourão Franklin. **ABORTO: razões para não descriminalizar**, 2011. (Bacharelado em direito) – Faculdade de direito, ciências administrativas e econômicas, Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, 2011. Disponível em: <<http://srvwebbib.univale.br/pergamum/tcc/Abortorazoesparanaodiscriminalizar.pdf>> acesso em: 15 Set. 2017.

WEBER, Rosa; BARBOSA, Joaquim. **Ministros Rosa Weber e Joaquim Barbosa seguem o relator e julgam procedente a ADPF 54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>. Acesso em: 11 nov. 2017.