



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA**

LARISSA MARIA GUEDES MARTINS

**ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO CRIME
DE ABORTO**

FORTALEZA

2018

LARISSA MARIA GUEDES MARTINS

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO CRIME DE
ABORTO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães
Filho.

FORTALEZA
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- M344a Martins, Larissa Maria Guedes.
Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal em face do crime de aborto / Larissa Maria Guedes Martins. – 2018.
102 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho .
1. Aborto. 2. Ativismo Judicial. 3. Direitos Fundamentais. 4. Separação dos Poderes. I. Título.
CDD 340
-

LARISSA MARIA GUEDES MARTINS

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO CRIME
DE ABORTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Me. Brena Késsia Simplício do Bomfim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Msc. Vanessa de Lima Marques Santiago
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Alexandre e Francly.

À todas as mulheres que apesar de todas as adversidades, disseram sim à vida. 'Tu que escolheste a vida, mereces também viver'.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem devo tudo. Pelo cuidado amoroso sempre presente, por tamanha bondade e por tantas bênçãos, evidentemente imerecidas.

À Nossa Senhora, por ter comigo o desvelo que só uma mãe celeste poderia ter.

Aos meus pais, por tanto amor, por refletirem Deus em cada pequeno gesto. Meus exímios incentivadores e maiores fãs, o maior elogio que eu recebo é quando alguém me diz ‘você é igualzinha à sua mãe! Larissa, você é que nem seu pai!’ Amo vocês.

A todos os meus familiares, de forma especial aos meus tios Moésio e Verônica, por tornarem completamente insuficiente a palavra ‘tios’, mostrando que sempre foram meus segundos pais. Vocês são incríveis!

Às minhas primas Rita e Andressa, pela vida compartilhada, pela irmandade, pela grande paciência provada na escuta sobre este tema amiúde ao longo dos últimos meses. Obrigada por serem as minhas melhores histórias.

À minha amiga Liliana, sem a qual o caminho seria incomensuravelmente mais difícil, por todo o companheirismo, por ser refúgio certo, pelo bom humor de sempre e por tanto compartilhado. Obrigada por me ensinar tanto com sua amizade e com sua vida, só tenho a agradecer por ter te conhecido.

A todos os meus amigos, e de maneira especial, a vocês, Igor e Mariana, pela inacreditável presença cotidiana apesar da distância, pelos conselhos, por tanto em comum! Pela paciência na escuta, e por toda a ajuda com este trabalho. Vocês são presença e cuidado de Deus na minha vida. Jamais saberei agradecer o bastante.

A todos com quem pude trabalhar durante o estágio. Otávio, Henrique, Nazareno, Flaubert, Paulinho, Ítalo e Stephanie. Se o aprendizado jurídico que tive com vocês é enorme, ele não se compara, minimamente, ao que aprendi sobre pessoas e a vida. Obrigada pela acolhida calorosa e pelas risadas cotidianas. Vocês são ótimos!

Ao professor Glauco, uma das minhas maiores inspirações no meio acadêmico, pela preciosa orientação, pela dedicação aos alunos e pelo compromisso com a verdade.

Às queridas professora Brena e Vanessa que tão gentilmente acolheram meu pedido para compor esta banca, cujo auxílio, tanto no decorrer no curso como agora no término, é para mim motivo de imensa alegria.

À Dra, Isabella Mantovani, pela afável disponibilidade com a qual esclareceu meus diversos questionamentos acerca dos dados estatísticos.

“O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis.”

Platão

RESUMO

O presente trabalho intenta compreender o fenômeno do ativismo judicial no âmbito do crime de aborto, conforme o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, valendo-se do método dedutivo, analisar-se-á a bibliografia e jurisprudência pertinentes, perquirindo, preliminarmente, sobre a compreensão típica inicial sobre a conduta, revelada na dicotomia questão de saúde pública vs. questão moral. Demonstra a impossibilidade de se compreender o aborto sob o viés de políticas públicas, bem como a inegável correlação entre o aborto e a moral, consubstanciada na potencial ofensa ao princípio da não agressão. Analisa as principais teorias filosóficas que orientam o debate teórico em nosso país, buscando com isto clarificar onde se iniciaria a pessoalidade, e, portanto, a imoralidade de matar. Trata da relação entre Direito e Moral, explanando o tratamento jurídico da conduta em nosso ordenamento. Por fim, estabelecidas estas premissas, discute como o Supremo Tribunal Federal vêm enfrentando a questão e se a atuação deste pode ser compreendida como parte do fenômeno do ativismo judicial. Através da análise jurisprudencial pertinente, demonstra a inadmissibilidade da atividade da Suprema Corte como legislador positivo, pois que ofende o princípio da Separação dos Poderes, a segurança jurídica e a própria Democracia. Sugere mecanismo de repressão à tais ofensas, consubstanciado no Projeto de Lei 4.754/2016.

Palavras-chave: Aborto. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Separação dos Poderes.

ABSTRACT

The present research aims to understand the phenomenon of judicial activism in the scope of the crime of abortion, according to the legal order of the country. Therefore, using the deductive method, the pertinent bibliography and jurisprudence will be analyzed, preliminary investigating about the typical initial understanding about the conduct, revealed in the public health issue vs. moral issue. It demonstrates the impossibility of understanding abortion under the public policies bias, as well as the undeniable correlation between abortion and morality, consubstantiated in the potential offense to the principle of non-aggression. It analyzes the main philosophical theories that guide the theoretical debate in our country, in order to clarify where personality would begin, and therefore, the immorality of killing. It deals with the relationship between Law and Morals, explaining the legal treatment of conduct in our law. Finally, establishing these premises, discusses how the Supreme Court has been facing the question and whether the action of this can be understood as part of the phenomenon of judicial activism. Through the relevant jurisprudential analysis, it demonstrates the inadmissibility of the activity of the Supreme Court as a positive legislator, since it offends the principle of Separation of Powers, legal certainty and Democracy itself. It suggests a mechanism of repression to such offenses, embodied in the Bill 4.754/2016.

Keywords: Abortion. Judicial Activism. Fundamental rights. Separation of Powers.

LISTA DE TABELAS

| | |
|--|----|
| Tabela 1 – Internações por aborto segundo a Lista de Morbidade CID-10, agrupadas por Região. 2015. | 17 |
| Tabela 2 – Óbitos de mulheres em idade fértil por Região segundo Categoria CID-10. 2015. | 18 |
| Tabela 3 – Brasil. Mapa da Microcefalia. Dados referentes às Semanas Epidemiológicas 45/2015 a 20/2017 (08/11/2015-20/05/2017) | 89 |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO I – O PROBLEMA FUNDAMENTAL INERENTE AO ABORTO: QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA OU QUESTÃO MORAL?..... | 14 |
| 1.1 Breve Conceito | 14 |
| 1.2 O aborto como uma questão de saúde pública | 15 |
| 1.3 A moralidade do aborto | 20 |
| CAPÍTULO II – A QUESTÃO DA PESSOALIDADE | 23 |
| 2.1 O Princípio da Potencialidade | 25 |
| 2.2 Critério da Experiência | 26 |
| 2.3 Consciência | 28 |
| 2.4 Reconhecimento Social | 30 |
| 2.5 Viabilidade | 31 |
| 2.6 Capacidade de Sentir | 33 |
| 2.7 Desenvolvimento Cerebral | 34 |
| 2.8 A Posição Gradualista | 35 |
| 2.9 A Posição Concepcionista | 37 |
| CAPÍTULO III – TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO À CONDUTA DO ABORTAMENTO | 43 |
| 3.1 Direito e Moral | 43 |
| 3.2 O Crime de Aborto no Código Penal Brasileiro | 46 |
| 3.3 Da Natureza das Excludentes | 53 |
| CAPÍTULO IV – TRATAMENTO JURISDICIONAL DISPENSADO AO CRIME DE ABORTO | 62 |
| 4.1 A Controversa definição de Ativismo Judicial | 64 |
| 4.2 ADPF 54: Aborto de Fetos Anencefálicos | 67 |
| 4.2.1 <i>Corrente Majoritária</i> | 68 |
| 4.2.2 <i>Corrente Minoritária</i> | 72 |
| 4.3 Habeas Corpus 124.306/RJ | 78 |
| 4.4 ADI 5581 | 86 |
| 4.5 ADPF 442 | 92 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 96 |
| REFERÊNCIAS | 98 |

INTRODUÇÃO

Ao debruçar-se sobre o estudo do aborto, de pronto, nota-se que não se trata, juridicamente, de um tipo penal ‘comum’. Por relacionar-se diretamente à valores e questionamentos atemporais como o início e o direito à vida, a discussão inerente à temática enseja calorosos debates nos mais variados setores da sociedade, motivo pelo qual é bastante raro encontrar alguém que ignore a importância e o impacto do regramento desta conduta nas sociedades ou que a este seja indiferente.

No cenário brasileiro, destacamos a premente necessidade da reflexão atenta e minuciosa acerca do tema, que já embalado por fortes divergências, se tornou ainda mais controverso através da acentuada atuação do Supremo Tribunal Federal no tocante a descriminalização da conduta. À atualidade do tema, some-se ainda o debate acadêmico que comumente se faz acerca da matéria, que, não obstante a numerosa produção de teses, não raras vezes carece de um exame mais aprofundado dos próprios pressupostos defendidos.

Demonstrada a relevância, o presente estudo dedica-se, em última análise, a investigar se a atuação do Poder Judiciário neste tocante é legítima, em consonância com o espírito do legislador pátrio e os limites constitucionais que lhe são postos.

A metodologia empregada é a de pesquisa qualitativa, por meio da análise bibliográfica e jurisprudencial pertinente, sem negligenciar, no entanto, as exposições quantitativas necessárias à compreensão estatística e social do problema em questão.

No primeiro capítulo, após a exposição dos conceitos básicos, discorre-se acerca da compreensão bastante difundida atualmente, segundo a qual o aborto seria uma questão de saúde pública, e se realmente haveriam fundamentos robustos para compreendê-lo sob este viés.

No segundo capítulo, procuramos evidenciar que o cerne da controvérsia entre favoráveis e desfavoráveis à descriminalização não se restringe ao início da vida humana, - inferência esta quase que automática -, mas sim no início da personalidade, ou seja, em que momento se torna uma pessoa humana. Assim, procuramos expor as principais teorias a fim de assentar as bases filosóficas do estudo, de modo que todas as premissas aqui defendidas sejam bastante claras ao leitor.

No terceiro capítulo, tencionamos correlacionar os conceitos outrora assimilados e conjugá-los a fim de compreender sua relação com a Lei, e, posteriormente, com o ordenamento pátrio, destacando-se a natureza das excludentes, de relevância ímpar para

que se possa assimilar com mais clareza o posicionamento do legislador no desenvolvimento da questão, bem como se há um descompasso da atividade do Supremo Tribunal Federal com a concepção legislativa do tipo penal.

Finalmente, no quarto capítulo, atinge-se o cerne do estudo, no qual após uma exposição breve acerca do conceito de ativismo judicial, passamos à análise da jurisprudência pertinente, qual seja: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, julgada em 2012; o Habeas Corpus 124.326/RJ, julgado em 2016, além de duas ações, ainda pendentes de julgamento – ADI 5581 e ADPF 442 – porém significativas a fim de se compreender o fenômeno legiferante que ocorre na Suprema Corte, além de propiciar uma discussão mais aprofundada do aborto no que se refere às situações fáticas evocadas pelas demandas.

CAPÍTULO I – O PROBLEMA FUNDAMENTAL INERENTE AO ABORTO: QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA OU QUESTÃO MORAL?

Primordialmente, antes de debruçar-se sobre os questionamentos que motivaram o presente estudo, imprescindível assentar o conceito básico da conduta sobre a qual se pretende discorrer. Posteriormente, já delineado o objeto, por meio da análise estatística passaremos da análise mais costumeira e superficial para o verdadeiro crivo da discussão – o teor moral do aborto e o estatuto antropológico do ser humano intraútero.

1.1 Breve conceito

Em consonância com a visão da Medicina Legal, distingue-se o aborto como natural (espontâneo) ou provocado, sendo o segundo, objeto do presente trabalho.

Para a ocorrência do aborto provocado, fazem-se necessários os seguintes elementos: ¹(i) intenção/dolo; (ii) morte do nascituro; (iii) interrupção da gravidez. Assim, ressaltamos que compreender a conduta do aborto² como mera *interrupção da gestação* ou *uma antecipação terapêutica do parto* – termo frequentemente utilizado no julgamento da ADPF 54 – são proposições confusas e eivadas de eufemismo.³

Ora, o parto também é uma forma de interrupção da gestação, e antecipação terapêutica do parto também descreve a situação na qual existem problemas de saúde da mãe ou bebê, mas não se está a intentar a morte deste, mas sim resguardar a vida de ambos.

Para se obter um conceito claro e satisfatório é necessário não ignorar que a conduta do aborto se fundamenta sobre este tripé. Assim, temos que aborto é a conduta que gera a interrupção prematura da gestação – e, conseqüentemente o seu fim - de forma distinta daquela natural (parto e nascimento), através de uma conduta dolosa, que causa a morte do gestado.

¹ FRANÇA, Genival Veloso. Fundamentos de Medicina Legal. 2ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014. p.227.

² Ainda que utilizemos o conceito, não utilizaremos a distinção semântica feita pela medicina legal entre a expressão aborto, que se refere ao nascituro já morto, e abortamento, que seria a palavra específica para definir a conduta que gera a morte deste. Usar-se-ão ambas as terminologias como sinônimos.

³ Aqui, poderia se pensar que ressaltar os demais aspectos inerentes ao aborto (dolo e morte do gestado) já seriam pressupostos de uma argumentação pró-vida. No entanto, ressaltamos que se trata de um conceito da medicina legal, e, portanto, indiferente a instrumentalizações argumentativas. Ademais, se esta conceituação que se afigura como a mais imparcial e completa (compreende os três aspectos da conduta) na qual fundamentamos este estudo não pode ser utilizada, muito menos se pode dizer da definição de aborto como simples interrupção da gestação, que não detém o menor respaldo na literatura médica.

A prática do aborto pode ocorrer pelas mais diversas formas, seja por utilização deliberada de medicamentos ou ainda por envenenamento salino, aborto por sucção onde o feto é aspirado em pedaços – sendo esta a técnica mais utilizada em países onde o aborto é legalizado – e a curetagem, procedimento no qual o feto é desmembrado em vários pedaços.

Tais procedimentos como se percebe, levam à morte não só do feto, mas também, das mulheres que os procuram, visto que são feitos sem o menor rigor técnico, em tratando-se de uma conduta criminalizada pelo legislador pátrio. Diante disso, uma das objeções comumente levantadas pelos defensores da descriminalização do aborto é de que tal proibição, descabida, leva à morte um sobrelevado (porém questionável, como se sustentará adiante) número de mulheres todos os anos, que se veem compelidas a recorrer a tais práticas para pôr termo àquela gestação indesejada.

Destarte, o aborto, muito mais que uma questão moral, jurídica ou filosófica, seria uma questão de saúde pública, visto que acontece frequentemente e afeta diretamente grande parcela da população, sendo a sua legalização imprescindível no combate as altas taxas de mortalidade materna.

1.2 O Aborto como uma Questão de Saúde Pública

O número comumente evocado chega até nós pela Pesquisa Nacional de Aborto de 2016⁴, segundo o qual o número de mulheres que fizeram o aborto somente no ano de 2015 seria de aproximadamente 503 mil. Na pesquisa, observou-se que mais da metade deste número, 67% das mulheres, necessitaram de internação posterior, o que se coadunaria com os dados divulgados pelo DATASUS, de 205 mil internações por abortos/ano.

Porém, restam ostensivas diversas imprecisões em tal cálculo. A primeira delas, é de que as 205 mil internações totais por aborto no Brasil se referem a abortos clandestinos, sem considerar que estas também podem se referir a abortos espontâneos - que geralmente ocorrem no fim do terceiro trimestre fazendo com que a mulher precise se submeter à internação/curetagem.

Como a conduta é criminalizada, não existem, nos dados oficiais do DATASUS – que separa as ocorrências em aborto espontâneo, aborto por razões médicas e outras gravidezes que terminam em abortos - uma categoria ‘abortos clandestinos’; geralmente,

⁴ DINIZ, Débora et al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso de 15 de agosto de 2018.

os pesquisadores se utilizam de um fator de ponderação, baseados na proporção de abortos espontâneos para se chegar à estimativa. Assim, vislumbrando que é simplesmente irreal considerar que 100% das internações seriam por abortos clandestinos, distingue-se as ocorrências em Abortos clandestinos vs. Abortos espontâneos, estimando-se comumente, que uma parcela de 25% seria referente aos abortos espontâneos, enquanto que os 75% restantes corresponderiam aos abortos provocados.

Aqui, impende ressaltar que a distinção é insuficiente por não considerar as gestações onde há a ocorrência de aborto por motivos externos, ou por razões médicas e que, evidentemente, devem ser excluídas da estimativa. Pesquisas⁵ demonstram a ocorrência de óbito fetal em aproximadamente 30% dos acidentes com gestantes. Considerando os dados, de que cerca de 7% das gestantes sofrem algum tipo de acidente durante a gestação, ocorrendo perda fetal em 30% destes, temos 39.606 curetagens que podem ter sido realizadas em 2015 em decorrência de acidentes e agressões, dado que se mostra razoável, em consonância com os 32.994 óbitos fetais registrados em 2015 no DATASUS⁶.

Retomando a explanação acerca das porcentagens utilizadas, conforme explica Derosa,⁷ este fator de 25% baseia-se em estimativas feitas por Harlap, Shiono e Ramcharan, em 1980, a partir de dados coletados durante a década de 70. No estudo, observou-se que a quantidade média de abortos espontâneos na *Califórnia*, no período supracitado era de aproximadamente 2,48% do total de nascidos vivos dos Estados Unidos, o que corresponderia a aproximadamente 25% dos registros totais de abortos realizados nos EUA.

Desnecessário ressaltar que, obviamente, dados obtidos no estado da Califórnia, há quase 50 anos são completamente ineficazes para se colocar em paralelo com a realidade brasileira, a fim de compreender o número de abortos espontâneos ou provocados em nosso país. Estudos brasileiros recentes⁸, no entanto, afirmam que esta porcentagem de abortos espontâneos seria bastante superior, entre 70 e 87%. Desse modo,

⁵ FRAGA et al. Trauma Abdominal em Grávidas. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032005000900007. Acesso em 10 de outubro de 2018.

⁶ DEROSA, Marlon (Org.). Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades. Florianópolis: Estudos Nacionais. 2018. p. 221

⁷ Ibid. p. 215.

⁸ Ibid., p. 218 -219. A Pesquisa mais abrangente (62.986 domicílios), é fornecida pelo IBGE, em sua Pesquisa Nacional da Saúde de 2013. Por ela, estima-se que o número de abortos espontâneos estaria em torno de 88%.

a estimativa de abortos provocados mais condizente com a realidade brasileira estaria em torno de 25%. Tal dado coincide com a informação de que 10 a 15%⁹ das gestações terminam em aborto espontâneo. Como no Brasil, o número de nascidos vivos é de cerca de 3 milhões¹⁰, ocorreriam em média 300 mil abortos espontâneos/ano, resultando em 150 mil internações relacionadas à esta categoria.

Ressalte-se, porém, que, ainda que se afigure como a porcentagem mais razoável, não há justificativa plausível para aplicar esta alíquota sobre o total de registros. Pode-se argumentar que os operadores nos hospitais poderiam registrar os abortos clandestinos em qualquer uma das categorias, porém o grupo ‘Outras gravidezes que terminam em aborto’ assemelha-se como muito mais adequada, dada sua generalidade.

Tabela 1 – Internações por aborto segundo a Lista de Morbidade CID-10, agrupadas por Região. 2015.

| Lista Morb CID-10 | 1 Região Norte | 2 Região Nordeste | 3 Região Sudeste | 4 Região Sul | 5 Região Centro-Oeste | Total |
|---|----------------|-------------------|------------------|--------------|-----------------------|---------|
| TOTAL | 21.626 | 68.352 | 76.711 | 24.363 | 14.387 | 205.439 |
| 15 Gravidez parto e puerpério | 21.626 | 68.352 | 76.711 | 24.363 | 14.387 | 205.439 |
| .. Aborto espontâneo | 12.025 | 38.770 | 31.737 | 8.349 | 5.657 | 96.538 |
| .. Aborto por razões médicas | 74 | 580 | 872 | 140 | 41 | 1.707 |
| .. Outras gravidezes que terminam em aborto | 9.527 | 29.002 | 44.102 | 15.874 | 8.689 | 107.194 |

Fonte: Ministério da Saúde – Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)

De qualquer forma, as internações totalizam uma cifra de 205.439, inferior, portanto às 251.500 internações alegadas (50% de 503 mil abortos/ano), restando assim injustificável tal valor.

Como se nota, na categoria ‘Outras gravidezes que terminam em aborto’, foram registradas em 2015 um total de 107,194 internações, (dentre as quais, mais de 30 mil podem de forma bastante razoável, ter se originado de traumas e acidentes) e, apesar de assemelhar-se como mais razoável efetuar a estimativa somente sobre esta categoria, passaremos ao cálculo com o indicador de 25% sobre a porcentagem total.

Assim, obtemos o valor de aproximadamente 51.025 internações por abortos provocados. Como se estima que para cada duas mulheres que provocam o aborto, uma

⁹ MOORE, Keith L. Embriologia clínica. 2008. Rio de Janeiro: Elsevier. 8ª Ed. p. 6.

¹⁰ O número de nascidos vivos no Brasil no ano de 2015 foi de 3.017.668. Fonte: DATASUS. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sinasc/cnv/nvuf.def>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

precisará de internação, multiplicando-se por 2¹¹, alcança-se o número de 102.050 abortos clandestinos provocados no Brasil em 2015, havendo elevadas possibilidades – como procurou demonstrar-se – que este número seja ainda menor.

O apelo a números irreais não é uma exclusividade do debate Brasileiro, sendo tal estratégia largamente utilizada nos países onde se aprovou tal prática. Para tanto, afirma-se que os países com legislações permissivas experimentam uma queda vertiginosa no número de abortos, como por exemplo o caso do Uruguai¹², que em apenas um ano após a descriminalização passou de 33.000 à apenas 4.000 abortos/ano.

Da mesma forma, na França, onde o aborto passou a ser legalizado em 1975, o número de abortos antes da descriminalização alcançava a cifra de 300.000 por ano e em 2012, este teria diminuído para 220.000.¹³

Tais alegações somente confirmam a inverossimilhança dos números apresentados por aqueles que militam que o aborto é uma questão de saúde pública. É inconcebível a situação de uma mulher que considere como aceitável a ideia de praticar um aborto deixe de fazê-lo tão somente porque agora conta com a permissão legal.

Por fim, achamos por bem mostrar os dados do SUS acerca dos óbitos de mulheres em idade fértil ocasionadas por aborto, no ano retrocitado – que permanecem inesperadamente ignorados, visto que este é o fundamento de uma das principais linhas de defesa dos defensores da descriminalização:

Tabela 2 – Óbitos de mulheres em idade fértil por Região segundo Categoria CID-10. 2015.

| Categoria CID-10 | 1 Região Norte | 2 Região Nordeste | 3 Região Sudeste | 4 Região Sul | 5 Região Centro-Oeste | Total |
|----------------------------------|----------------|-------------------|------------------|--------------|-----------------------|-------|
| TOTAL | 7 | 19 | 17 | 6 | 4 | 53 |
| O05 Outr tipos de aborto | - | 2 | 2 | - | 1 | 5 |
| O06 Aborto NE | 6 | 12 | 8 | 5 | 3 | 34 |
| O07 Falha de tentativa de aborto | 1 | 5 | 7 | 1 | - | 14 |

Fonte: Ministério da Saúde. Sistema de Informações sobre a Mortalidade. DATASUS.¹⁴

¹¹ De forma mais rigorosa, o fator de multiplicação correto seria 1,49, resultado da divisão de 100/67.

¹² BENITEZ, Ana Paula Martin: Aborto: Uma questão de Saúde Pública. 2015. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/08/ABORTO-UMA-QUESTAO-DE-SAUDE-PUBLICA.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

¹³ SANTOS, Beatriz Carneiro. Aborto, direitos reprodutivos e feminismo na França de Nicolas Sarkozy. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100007 Acesso em 18 de agosto de 2018.

¹⁴ Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def>. Acesso em 18 de agosto de 2018.

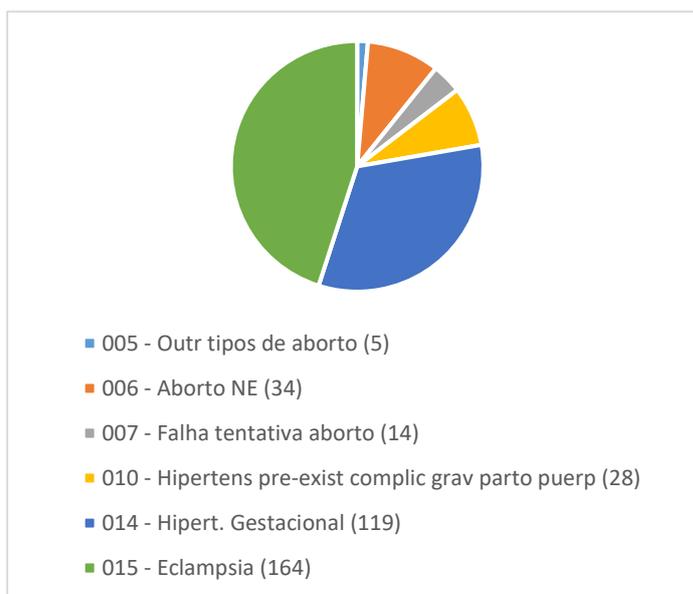
Como se percebe, apesar da mortalidade materna não ser irrelevante em si mesma, a taxa de mortalidade decorrente de abortos não chega à uma centena, número que permanece simplesmente oculto por não atender à necessidade numérica daqueles que sustentam posições *pro choice*, que se limitam tão somente a repetição de que *milhares* de mulheres morrem todos os anos em decorrência de abortos clandestinos.

Assim, além de inverídica a afirmação de que são *milhares* as que morrem em decorrência de abortos inseguros todos os anos, é também um claro desrespeito aos direitos dessas mesmas mulheres, pois além de desviar o foco da raiz do problema, desvia igualmente, recursos, que se regularmente empregados, serviriam para salvar a vida de muitas mulheres.

Atualmente, a maior causa de mortalidade materna em nosso país decorre de complicações inerentes à quadros de hipertensão (85,43% dos casos de mortalidade, em comparação com os abortos provocados) que poderiam ser reduzidas de maneira substancial através de um criterioso acompanhamento pré-natal às gestantes, visando impedir a evolução dos quadros de pré-eclâmpsia para a eclâmpsia¹⁵. Além do simples acesso à assistência, é necessário que este se inicie ainda no primeiro trimestre da gravidez, e que hajam no mínimo cinco consultas, situação ideal, porém muito distante da realidade enfrentada pelas brasileiras, dado o sucateamento do Sistema Único de Saúde.

Gráfico 1 – Comparativo das causas de mortalidade materna em 2015.

Aborto x Doenças hipertensivas relacionadas à gravidez. Fonte: DATASUS.



¹⁵ NOVO, Joe Luiz Vieira Garci; GIANINI, Reinaldo José. Mortalidade materna por eclampsia. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000200008. Acesso em 18 de agosto de 2018.

Ademais, é simplesmente descabida a análise que pretende pleitear a tutela estatal para assegurar uma conduta que este mesmo Estado prevê como criminosa sem antes debater acerca da licitude do fato em questão. A moralidade do aborto é o cerne da questão, e não pode ser relegada à segundo plano em nome de uma fabricada *questão de saúde pública*. Ora, se a prática do aborto é intrinsecamente má e ilícita, o Estado não pode incentivá-la. No entanto, se esta prática se revela como moralmente aceitável e, portanto, lícita, deve ser descriminalizada, ainda que o número de mortalidade materna em tais casos não seja expressivo. Como se percebe, os números são irrelevantes para se aferir os aspectos morais da conduta, porém são fartamente utilizados por aqueles que sustentam posições pró-escolha, a fim de insuflar a opinião pública e desviar o foco da questão principal.

1.3 A Moralidade do Aborto

No tópico precedente, procurou-se demonstrar que pleitear a legalização do aborto invocando tão somente questões de saúde pública desprovidas do mínimo supedâneo fático é algo insustentável.

Superado este ponto, poderia se pensar que o problema fundamental que intentamos trazer à baila neste estudo seria acerca da humanidade do embrião, ou ainda sobre o que é vida e onde esta teria início, questões que naturalmente insurgem quando se perquire acerca da moralidade do aborto.

No entanto, como bem recorda Kaczor¹⁶, ainda que o debate popular se concentre na discussão sobre a humanidade do feto, do ponto de vista científico tais questões se encontram definitivamente encerradas. Biologicamente, a humanidade do embrião/feto já resta exaustivamente comprovada, conforme se depreende da leitura dos mais diversos manuais científicos:

O desenvolvimento humano inicia-se na fecundação, quando um gameta masculino, ou espermatozóide, se une ao gameta feminino, ou ovócito, para formar uma única célula — o **zigoto**. Esta célula totipotente e altamente especializada **marca o início de cada um de nós como indivíduo único**.¹⁷

O termo concepção se refere à união dos elementos pronucleares de procriação masculino e feminino a partir do qual um novo ser vivo se desenvolve. Há sinonímia com os termos

¹⁶ KACZOR, Christopher. A Ética do aborto: Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça. São Paulo: Loyola. 2014. p.16

¹⁷ MOORE, Keith L. Op. cit. p.16.

fecundação, impregnação e fertilização. (...) O zigoto assim formado representa o **início de uma nova vida humana**.¹⁸

Naquela fração de segundo em que os cromossomos formam pares, o sexo da nova criança será determinado, **características hereditárias** recebidas de cada pai **serão estabelecidas e uma nova vida terá início**.¹⁹

Destarte, afirmar que um embrião não é um ser humano porque não é um feto ou um bebê é raciocínio falacioso. Ora, aplicando-se esta mesma lógica aos outros estágios do desenvolvimento humano, poderia se chegar à conclusão de que como uma criança não é um adulto ela não é humana; em suma, ainda que os nomes dados aos estágios de desenvolvimento sejam diversos, estes não alteram a essência do ente, sendo estas mudanças apenas acidentais.²⁰ Ou seja, ainda que sejam diferentes os estágios de desenvolvimento, a pessoa continua a ser a mesma em todos eles.

Desse modo, o início da vida humana na concepção se trata de pressuposto suficientemente comprovado e compartilhado por ambos os lados do debate. O que se questiona não é a humanidade do feto, posto que ninguém põe em dúvida que o fruto da gestação de uma mulher humana é, igualmente, um ser humano.

A controvérsia se cinge pois, no momento em que o feto adquire a característica da personalidade se tornando, assim, *pessoa*. Os conceitos de pessoa e ser humano são facilmente tomados por sinônimos, e podem até o ser em outros campos semânticos, mas a sua diferenciação é de fundamental importância para compreender a questão ora estudada.

Para Washington de Barros Monteiro²¹, o conceito de pessoa possui três acepções, a vulgar, já retromencionada, na qual o significado de pessoa corresponderia ao próprio ser humano; a filosófica, na qual seria considerado o "ente dotado de razão, que realiza um fim moral e exerce seus atos de modo consciente"; e por fim a jurídica, na qual pessoa é compreendida como aqueles entes aos quais se podem atribuir direitos e obrigações.

¹⁸ J.P. Greenhill and E.A. Freidman. *Biological Principles and Modern Practice of Obstetrics*. Philadelphia: W.B. Saunders Publishers. 1974 p. 17-23.

¹⁹ KALUGER, G., and Kaluger, M., *Human Development: The Span of Life*, p. 28-29, The C.V. Mosby Co., St. Louis, 1974.

²⁰ Aqui se faz referência à teoria aristotélica dos conceitos de substância e acidente. Por substância se entende a parte imutável do ser – popularmente chamada de essência -, sem a qual o ente não pode ser o que é; já os acidentes se referem as características mutáveis deste, que não dizem respeito à essencialidade do ente. Por exemplo, é acidental a cor em uma rosa, visto que esta não deixará de ser rosa porque não possui cor.

²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 37º Ed. São Paulo, Saraiva. 2000. p. 56-57.

Analisando o conceito jurídico de pessoa, de pronto, percebemos que este é insuficiente para responder de forma satisfatória à questão. Conceber *pessoa* simplesmente como um ente dotado de aptidão para ser sujeito de direitos e deveres não evidencia o momento em que tal aptidão se inicia. O conceito jurídico de pessoa está no âmbito meramente declaratório, onde a lei apenas reconhece a realidade já pré-existente, e não a constitui.

De forma diversa, ocorre no tocante à disciplina da personalidade jurídica atribuída às sociedades, empresas, etc. Aqui, tem-se uma ficção jurídica, que constitui a personalidade de tais associações, podendo ser desconsiderada nos casos elencados pela lei.²² Custoso, no entanto, é reconhecer que a lei tenha aptidão para atribuir ou ainda, de forma evidentemente anômala, desconsiderar a personalidade e, em decorrência disto, a personalidade de pessoas naturais.

Nesse sentido, dada a impossibilidade substancial de se obter um conceito satisfatório apto a lançar luzes para a compreensão da demanda, visto que refoge à competência jurídica *criar* a personalidade das pessoas naturais, mas tão somente reconhecê-la, partiremos para a análise à luz do critério que julgamos ser o mais adequado – o filosófico.

²² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 24 de agosto de 2018.
BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 24 de agosto de 2018.
BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 24 de agosto de 2018.

CAPÍTULO II – A QUESTÃO DA PESSOALIDADE

“*Todo ser humano é pessoa?* ” O enfrentamento da questão não é simples, havendo diversas correntes que buscam compreender os matizes que caracterizariam o ser pessoa. Para Michel Tooley, um dos principais filósofos americanos defensores do aborto, o conceito moral de pessoa o passaria pelo reconhecimento de ‘alguém que tem sério direito à vida e a não ser morto’. Ele observa, porém, que, a mera constituição biológica não parece ser essencial em determinar quem detém o direito à vida.²³ É preciso algo a mais.

De fato, a vida compreendida em seu sentido biológico permeia todos os seres vivos, desde uma simples bactéria até o homem, sendo necessária a reflexão acerca do que diferencia uma da outra a fim de delimitar quais devem ser respeitadas.

Tomando-se por base a definição aristotélica de vida, a qual nos lembra a lição de Yepes, temos que ‘o vivo é aquele que tem dentro de si mesmo o princípio de seu movimento, o que se move sem necessidade de um agente externo que o impulse’.²⁴ A partir daí, elencam-se muitas outras características inerentes aos seres vivos como a unidade, e o desenvolvimento, porém nos deteremos somente naquela mais específica e fundamental para a diferenciação, que é a imanência.

Do latim, *manere*, significa *permanecer em*. Tal característica se refere à capacidade e a qualidade das coisas que cada ser vivo consegue reter em si²⁵. No dizer de Yepes:

É uma característica que fala da interioridade que se dá em todo vivente, pois todo vivente leva a cabo atividades cujo efeito fica dentro do sujeito. Por exemplo: nutrir-se, crescer, ler, chorar, dormir são operações imanes, que **ficam para o que as executa, ainda que possam ser vistas desde fora.**²⁶ (grifo nosso)

Assim, Aristóteles percebe que é possível agrupar os entes em três grupos, conforme os graus de imanência destes. No primeiro, temos a vida vegetativa, a vida sensitiva, presente nos animais e por fim, no terceiro grau, há a vida intelectual, própria do homem. Vejamos:²⁷

²³ TOOLEY, Op. cit. p. 51 Apud. KACZOR, Christopher. Op. cit. 28.

²⁴ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren – Fundamentos de Antropologia: Um ideal de excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005. p. 20

²⁵ Para Aristóteles, vida é “a capacidade de nutrir-se por si, de crescer e de perecer”. ARISTÓTELES, *De anima*, II, 1, 412 a 14-15. Apud CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. A alma do embrião humano: A questão da animação e o fundamento ontológico da dignidade de pessoa do embrião.

²⁶ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren Op. Cit. p. 20

²⁷ Ibid., p. 21

Acima dos animais, estão os seres que se movem em ordem a um fim que eles mesmos se fixam, coisa que é impossível de fazer se não é por meio **da razão e do intelecto**, ao que corresponde conhecer a relação que há entre o fim e o que a seu êxito conduz, e subordinar isto a aquilo. (grifo nosso)

Assim, conforme os graus de imanência percebemos que ao homem, coube uma dignidade mais elevada que aquela inerente aos outros seres viventes. A sua capacidade de abstração, de compreender o mundo que o cerca, de desfrutar de um mundo interior e ordenar-se acima de suas próprias perspectivas passionais ressalta a grandeza de seu intelecto. É neste ponto que reside a dignidade específica do homem: por ele ser racional e, em consequência disto, conseguir elevar-se, de algum modo, acima do tempo e da matéria.²⁸ Destarte, por **ser** de uma maneira mais excelente que os demais, a vida humana é dotada de uma dignidade intrínseca e mais elevada.

Para a filosofia clássica, o conceito de pessoa é entendido como ‘substância individual de natureza racional.’²⁹ Substância, porque a personalidade seria fator essencial na caracterização da própria identidade do ser humano; de natureza racional pelo seu intelecto, que o capacita a refletir e o torna sujeito de relações morais. Desta forma, à lei positiva, caberia apenas o reconhecimento – e não a criação! – que, da pessoa humana, pelas características já apresentadas emanam direitos e deveres.

Transpostas essas considerações, analisa-se, pois, a controvérsia. Os defensores da licitude do aborto sustentam que o embrião, apesar de biologicamente humano, não é – ainda – uma pessoa moral.

É a mesma coisa dizer vida humana que pessoa? Em que consiste ser uma pessoa? É alguém uma pessoa por ser racional, ou por ser capaz de tomar decisões livremente, ou por ser capaz de distinguir entre o bem e o mal (supondo que se saiba o que estes são), ou por ser capaz de dar-se conta de que pode sofrer e gozar, ou capaz de saber que morrerá inelutavelmente? Poderiam conceber-se pessoas que não fossem seres humanos, ou seres humanos que não fossem pessoas? (...) Quando começa a existir um ser humano, ou uma pessoa? [...] É uma pessoa, ou um ser humano, um feto desde o primeiro momento, e quando começa este? Aos dois segundos, às duas horas, aos dois meses, aos seis meses?³⁰

²⁸ ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. O Aborto no Direito Brasileiro. 2017. p. 104 Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B16BCBiiRZkZY1o5NXIJb1ZEUHM/view>>. Acesso em 26 de Agosto de 2018.

²⁹ AQUINO, Tomás. Suma Teológica. I, q. 29, a. 1.

³⁰ MORA, José Ferrater. Ética aplicada: del aborto a la violencia, Madrid: Alianza, 1983, p. 51. .¿Es lo mismo decir .vida humana. que .persona.? ¿En qué consiste ser una persona? Es alguien una persona por ser racional, o por ser capaz de tomar decisiones libremente, o por ser capaz de distinguir entre el bien y el mal (suponiendo que se sepa lo que éstos son), o por ser capaz de darse cuenta de que puede sufrir y gozar, o capaz de saber que morirá ineluctablemente? ¿Podrían concebirse personas que no fuesen seres humanos, o seres humanos que no fuesen personas? [...] ¿Cuándo empieza a existir un ser humano, o una persona? [...] ¿Es una persona, o un ser humano, un .feto .desde el primer momento., y cuándo empieza éste? ¿A los dos segundos, a las dos horas, a los dos meses, a los seis meses?. (...)

Tal entendimento é uma das principais linhas argumentativas da ADPF 442 ajuizada pelo PSOL em março de 2017, alinhando-se ao entendimento adotado por alguns dos ministros da Suprema Corte no julgamento da ADPF 54, que acabou por descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos em 2012. Em linhas gerais, sustenta-se que os embriões/fetos durante o desenvolvimento gestacional não seriam pessoas constitucionais, mas sim criaturas humanas intraútero: ³¹

O pertencimento à espécie confere um estatuto moral e jurídico diferenciado às criaturas humanas quando comparado às outras criaturas biológicas. **Reconhecer valor intrínseco no pertencimento à espécie humana não é o mesmo que designar todas as criaturas humanas como pessoas constitucionais e, conseqüentemente, a elas conferir direitos e proteções fundamentais.** (grifo nosso)

(...) Destarte, não bastaria o pertencimento à espécie humana, isto é, o valor intrínseco do humano, **mas o estatuto de “pessoa humana” para a imputação de direitos fundamentais.** (grifo nosso)

Destarte, questiona-se qual seria então o marco distintivo do momento em que o embrião adquire o status de pessoa moral, e, por conseguinte, o surgimento do seu direito fundamental à vida e a oponibilidade *erga omnes* do dever moral fundamental: não matar.

Dada a multiplicidade de respostas para a demanda, optamos por prosseguir com a análise orientando-se pela divisão feita por Kaczor, que compreende de forma bastante abrangente os diversos critérios que constituiriam a pessoalidade segundo uma considerável parcela de autores. Aqui, no entanto, os critérios serão comentados de forma não exaustiva, dando-se ênfase aqueles que julgamos serem os mais pertinentes para a compreensão da questão e mais utilizados no debate brasileiro atual, primando-se por manter a profundidade que se espera em um estudo como este, não se esquecendo, porém, das limitações epistemológicas que lhe são inerentes.

2.1 O Princípio da Potencialidade

Iniciando a exposição, Tooley³² ressalta que o embrião seria pessoa em potência e não em ato. A título de exemplo, prossegue ele, imagine que cientistas desenvolveram um soro especial para estimular uma racionalidade ‘superfelina’, em gatos,

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 442 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>> Acesso em 18 de agosto de 2018.

³² TOOLEY, Michael. *Abortion and Infanticide*. In: *Philosophy and Public Affairs*, 2(1) (Autumn) 37-65, 1972. Apud: KACZOR, Christopher. *A Ética do Aborto: Direitos das Mulheres, Vida Humana e a Questão da Justiça*. São Paulo: Loyola. 2014. p. 27.

transformando-os em seres racionais e, portanto, pessoas. Você possui três gatos e a disponibilidade de ministrar a eles tal composição.

Tal ato seria, da sua parte, uma grande gentileza e não um dever moral que devesse ser gravemente observado.

Desse modo, observa Tooley, que da mesma forma que não é razoável exigir tal conduta em relação a um gato que está em potência para a pessoalidade, não há a obrigação moral de deixar todos os fetos ou bebês humanos desenvolver-se em animais racionais, sendo a potencialidade para se tornar pessoa em ato, totalmente irrelevante.

Passemos à análise.

De pronto já se torna evidente, - e aqui, sem o receio de estar invocando o argumento falacioso da *ladeira escorregadia* – que a argumentação supracitada serve de esteio não só à defesa do aborto, mas também pode ser aplicada na defesa do infanticídio – conduta igualmente aceita por Tooley, como se explicitará na análise dos demais critérios.

O que se ignora, porém, nesta linha argumentativa é que o pressuposto fundamental, de que o embrião seria pessoa em potencial não é compartilhado por ambos os lados do debate. Grande parte da argumentação pró-vida não adota o princípio da potencialidade, sustentando que o embrião/nascituro é pessoa em ato e não, em mera potência.

De todo modo, ainda que se aceitasse tal premissa, há uma distinção que deve ser observada: O embrião está em potência ativa, ou seja, detém, por si só, a capacidade de atualizar-se, ao contrário do gato, que mais se assemelha à uma realidade em potência passiva, dependendo, portanto, de um ato externo para atingir tal perfeição.³³ Pode-se tomar por exemplo o bloco de mármore, em potência passiva para uma estátua, dependendo de uma causa eficiente que o aperfeiçoe.

2.2 Critério da Experiência

Para Tooley e Singer, o que caracterizaria a pessoalidade seria a capacidade do indivíduo de se compreender a si mesmo como um sujeito contínuo de experiência. Singer acrescenta ainda como condição necessária a capacidade de ter desejos e planos para o

³³ ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. In: Porque sou pró-vida?. 2015. p. 11. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B16BCBiiRZkZUGFIM195aTZZN00/view> Acesso em 18 de agosto de 2018.

futuro.³⁴ Ambos defendem que há uma relação intrínseca entre desejos e direitos, sendo que a capacidade de ter os primeiros é condição essencial para a aquisição dos segundos. Admite-se exceções à esta regra, como por exemplo os casos de perturbação emocional, desejos oriundos de doutrinação, e aos casos em que a perda de consciência é temporária.³⁵

Destarte, os elementos que definiriam o status antropológico de pessoa seriam: (i) consciência da própria existência; (ii) ao longo do tempo e em diversos lugares; (iii) a capacidade de ter desejos e (iv) de fazer planos para o futuro.

Em suma, se um ser não tem consciência de sua própria existência, - e não de forma temporária, como ocorre nos que adormecem ou estão sob efeito de anestésias -, não possui, portanto, qualquer conceito de experiência, e conseqüentemente, o desejo de viver. Da mesma forma que não há violação de direitos quando alguém me toma algo que me é indiferente e não manifesto interesse em possuir – como no direito de propriedade por exemplo – não é ilícita a conduta de se eliminar um embrião ou nascituro, dado que este ignora a própria condição existencial. Se não há o desejo de viver, não há direito à vida a ser violado.

Inicialmente, ressaltamos que a consciência de si é critério patentemente subjetivo, de difícil aferição e bastante mutável para se fornecer uma resposta sólida e adequada à importância do direito que se pretende tutelar.

Por exemplo, para alguns filósofos analíticos, a apreensão de conceitos e a percepção de si começa com o desenvolvimento da linguagem.³⁶ Assim, seria moralmente permissível a eliminação de bebês de meses de idade, ou até mesmo anos, visto que a aquisição da fala é habilidade cuja desenvoltura depende de vários fatores internos e externos, variando de acordo com o organismo.

Apesar de favorável à permissividade do infanticídio, para Singer a tolerância de matar o filho seria de um mês. Já para Tooley, o prazo seria de uma semana, visto que ‘Após certo tempo, nenhum pai desejaria mais matar o filho’.³⁷ Como se percebe, critérios dissonantes, arbitrários, que flutuam ao sabor da inteligência de quem os enuncia.

³⁴ SINGER, Peter. *Rethinking Life & Death: The Collapse of Our Traditional Ethics*. New York: St. Martin's Press, 1994. Apud KACZOR, Christopher. Op.cit. p.28

³⁵ TOOLEY, Michael. *Abortion and Infanticide*. In: *Philosophy and Public Affairs*, 2(1) (Autumn) 37-65, 1972. pp.47. Apud: KACZOR, Christopher. Op. cit. p 28.

³⁶ 'a creature cannot have thoughts unless it is an interpreter of the speech of another'. DAVIDSON 1984, p. 157. Apud: DENKEL, Arda. *The Natural Background of Meaning*, Kluwer Academic Publishers, 1999.

³⁷ TOOLEY, Op. cit.p. 64 apud KACZOR. Christopher. Op. cit. p. 28

O critério da experiência, apesar de parecer razoável à um olhar mais imponderado, revela graves problemas decorrentes de sua admissão, e não só no tocante ao reconhecimento do direito à vida aos nascituros ou infantes, vejamos:

Outra consequência da tese da **correlação entre direitos e os desejos** seria a negação da crença de que todas as pessoas possuem direitos iguais. A depender do modo como se colocam as coisas, seria possível concluir que o direito à vida de uma pessoa em depressão é inferior ao de uma pessoa em plenas condições de saúde psicológica.³⁸ (grifo nosso)

Como se percebe, resta patente a carência de solidez objetiva, fator indispensável quando se trata de teorias que pretendem a tutela de direitos fundamentais. As exceções feitas pelos autores, formuladas sem quaisquer justificativas além da obviedade – é óbvio que pessoas perturbadas emocionalmente mantêm seu direito à vida. Mas porquê? - parecem pretender somente a preservação do critério de suas falhas substanciais.

2.3 Consciência

Há ainda autores que defendem o critério da consciência, que se identifica em alguns aspectos com o primeiro tópico do argumento de Tooley e Singer anteriormente abordado, porém tentaremos dispensar a este uma análise mais minuciosa. Vejamos.

Uriel e Krieger (2008) em seu artigo *Consciousness and the Moral Permissibility of Infanticide* pontuam: ³⁹

A linha de argumentação que procuramos seguir leva à proposição de que há alguma idade na qual é permitido matar intencionalmente bebês humanos. As premissas 1 a 6 implicam que é permitido intencionalmente matar uma criatura T se T não possuir um conceito de si mesmo. A premissa 7 afirma que há alguma idade em que os bebês humanos não possuem um conceito de si mesmo. Segue-se que é permitido matar intencionalmente alguns bebês humanos. Isto porque, sem um autoconceito, eles são **incapazes de ter o tipo de consciência de seus próprios estados mentais que é**

³⁸ ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. Op. cit. p. 129.

³⁹ HASSOUN, Nicole e KRIEGER, Uriel. *Consciousness and the Moral Permissibility of Infanticide*, Journal of Applied Philosophy, 2009. “(...) The line of argument we have pursued leads up to the proposition that there is some age at which it is permissible to intentionally kill human infants. Premises 1 through 6 entail that it is permissible to intentionally kill a creature T if T does not possess a concept of self. Premise 7 claims that there is some age at which human infants do not possess a concept of self. It follows that it is permissible to intentionally kill some human infants. This is because, lacking a self-concept, they are incapable of having the sort of awareness of their own mental states that is necessary to render those states conscious — which means that they are never conscious, hence are not conscious creatures, not persons.” Disponível em: http://harvey.binghamton.edu/~nhassoun/Papers/Paper_MoralPermissibility_japp_392.pdf Acesso em: 25 de agosto de 2018.

necessário para tornar esses estados conscientes - o que significa que eles **nunca são conscientes, portanto não são criaturas conscientes, nem pessoas.** (grifo nosso)

Apesar de não ser usual no segmento que defende a permissividade moral do aborto a preocupação de que grande parte de sua argumentação também pode ser utilizada na defesa do infanticídio, tal questão, ainda que de forma reflexa se insurgirá amiúde, conforme se aprofunda no estudo da questão.

O critério da consciência é passível de três interpretações. A primeira, no sentido mais literal, encara a personalidade como decorrente do exercício atual da consciência. A primeira inconsistência de tal proposição é patente: implica em reconhecer que ao adormecer, ao ser anestesiado, sofrer de uma enfermidade mental profunda ou qualquer realidade que limite o exercício desta consciência de forma permanente, não se é mais pessoa. Assim, seria moralmente lícito o assassinato de tais indivíduos, dada a ausência de sua personalidade.

Pode-se objetar que o problema estaria atrelado à uma capacidade de autopercepção exercível imediatamente, visto que o adormecido porde exercê-la simplesmente acordando, mas não se poderia acordar um feto. Esta observação conferiria a personalidade somente aos que dormem, sendo insuficiente para explicar a personalidade dos que estão em coma - ainda que temporário -, anestesiados ou sofrem de enfermidades incuráveis.

Há ainda a corrente que defende a necessidade da posse do aparato encefálico ou a arquitetura neural corrente que possibilite a autopercepção como requisito indispensável.⁴⁰ Assim, estaria incluído o indivíduo em coma, visto que embora não haja a possibilidade de exercer imediatamente sua capacidade de autopercepção, há ainda a potencialidade para que esta seja exercida posteriormente.

No entanto, restaria injustificável a personalidade do mesmo indivíduo, caso seu coma decorresse de algum dano cerebral, visto que o status de pessoa, para esta interpretação, estaria ligada à funcionalidade do equipamento neural. Assim, admite-se a personalidade como atributo alheio ao ser humano, podendo ser adquirida, dada a funcionalidade neural, perdida, como por exemplo, em um grave acidente automobilístico e posteriormente readquirida, caso este dano fosse reversível por meio de um procedimento cirúrgico.

⁴⁰ SAVULESCU, Julian. Abortion, Embryo Destruction and the Future of Value Argument. *Journal of Medical Ethics*, 25(3), 133-135, 2002; Apud: SANTOS, Andrei. *Filosofia e Aborto: O problema da personalidade e o Direito à Vida*. Acesso em 25 de Agosto de 2018.

Por fim, pode-se sustentar que uma vez alcançada a consciência, alcançou-se a personalidade de maneira inextinguível. Porém, não resta evidente porque alcançar a consciência é critério bastante para definir a personalidade.

Conforme recorda Santos⁴¹, porque um ser que alcançou a consciência – momento de difícil delimitação, como procurou-se demonstrar na análise do critério antecedente - e a perdeu de forma permanente, goza de um valor moral mais privilegiado que o ser que está em vias de chegar ao gozo da consciência que exercitará ao decurso de toda uma vida?

2.4 Reconhecimento Social

Segundo este critério, a personalidade seria adquirida no nascimento, em decorrência do maior reconhecimento social dado aos bebês nascidos, em detrimento do nascituro; o pesar social, os sentimentos de uma mãe ao perder seu bebê já nascido em comparação ao perdê-lo quando ainda não nasceu seria o exemplo mais didático desta visão.

No Brasil, a parcela de pessoas que se afilia ao posicionamento de que a personalidade só começaria após o parto é inexpressiva, sobretudo se fundamentada no reconhecimento, visto que se baseia numa vontade social.

No entanto, há uma teoria que apesar de apesar de manifestar a mesma fragilidade, vêm ganhando expressividade, sobretudo pela expansão dos movimentos feministas no país, motivo pelo qual achou-se por bem mencioná-la.

Trata-se da teoria relacional, para a qual a personalidade teria início quando do estabelecimento de um vínculo entre a mãe e filho, tornando-se a gravidez “um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro”.⁴²

Desta forma, há a vinculação do ser pessoa com a vontade materna, sem a qual o embrião seria apenas um ser humano não-pessoa, podendo a mulher, em intervalo de tempo determinado escolher se prosseguiria com a gestação ou não.

⁴¹ SANTOS, Andrei. Filosofia e Aborto: O problema da personalidade e o Direito à Vida. 2015. p. 9 Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/345253995/Filosofia-e-Aborto-O-Problema-da-Pessoalidade-e-o-Direito-a-Vida>> Acesso em 25 de Agosto de 2018.

⁴² KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. Quantas veces comienza la vida humana? Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.9, n.2, p.33, 2001. Apud: BRANCO, Fernanda Leontsinis Carvalho. Descriminalização do Aborto. 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/31583>> Acesso em 25 de agosto de 2018. p. 12.

Sob esta perspectiva, a mãe assume um papel determinante na reprodução humana, possuindo o poder de escolha entre a continuidade ou não de uma gestação. Desconsidera-se, assim, este processo *sui generis* que é a gravidez humana como um ato puramente biológico para conferir-lhe racionalidade, **outorgando à mulher o livre arbítrio para decidir se leva adiante a gestação de um novo ser.**⁴³ (grifo nosso)

O reconhecimento da maternidade como critério para aferir a personalidade não poderia ser mais falho. Não é razoável conceber que uma manifestação interna, manifestadamente subjetiva atribua a outro ente sua característica de pessoa. Qual o fator objetivo que ampara a vontade materna como criadora da personalidade do ser humano, além do interesse arbitrário e compreensível somente quando se pensa na conveniência de se interromper aquela gestação? Da mesma forma que o amor materno não é o que distingue o feto como pessoa humana, a indiferença materna não pode ser invocada para despersonalizá-lo.

Há que se ressaltar ainda que, sobre o lapso temporal supramencionado, conforme ressalta a própria autora, este não seria escolhido em virtude de qualquer critério biológico, mas sim **“porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão:** para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa”⁴⁴.

2.5 Viabilidade

Merece menção ainda, o critério que prevaleceu no famoso caso *Roe v. Wade* (1973), e acabou por liberar o aborto em todo o território dos Estados Unidos até os três meses de gestação. Nele, a Suprema Corte entendeu que o interesse Estatal na potencialidade da vida humana começaria apenas quando o feto fosse capaz de viver fora do útero materno - sendo este o marco inicial da vida autônoma em termos de direitos humanos -, ainda que com a ajuda de aparelhos.

Um estatuto estadual de aborto criminal do tipo atual do Texas, que exclui da criminalidade apenas um procedimento para salvar vidas em nome da mãe, sem levar em conta o estágio da gravidez e sem o reconhecimento dos outros interesses envolvidos, é uma violação da Cláusula do Devido Processo da décima quarta emenda.

⁴³ Ibid. p. 13

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, n.94, p.15. Apud: BRANCO, Fernanda Leontsinis Carvalho. Descriminalização do Aborto. 2017. Disponível em: Acesso em 25 de agosto de 2018.

(a) Para o estágio anterior ao final do primeiro trimestre, a decisão do aborto e sua efetivação devem ser deixadas para o julgamento médico do médico assistente da gestante.

(b) Para o estágio subsequente aproximadamente ao final do primeiro trimestre, o Estado, ao promover seu interesse na saúde da mãe, pode, se quiser, regular o procedimento do aborto de maneiras razoavelmente relacionadas à saúde materna.

(c) Para o estágio subsequente à viabilidade, **o Estado, ao promover seu interesse na potencialidade da vida humana [410, 113, 165], pode, se escolher, regular e mesmo proibir o aborto, exceto onde for necessário, em julgamento médico, para a preservação da vida ou saúde da mãe.**⁴⁵ (grifo nosso)

A argumentação porém, falha ao não conseguir estabelecer uma conexão razoável entre a dependência fisiológica da mãe e a personalidade. Porque depender da mãe implicaria necessariamente na impossibilidade de ser pessoa?

Podemos imaginar o caso de uma mãe idosa que dependa totalmente dos cuidados de familiares para viver. Apesar de suas limitações para exercer até as tarefas mais simples, ninguém duvida que se trata de uma pessoa, ou de que seu direito à vida deve ser respeitado. Tooley, discordando deste entendimento, ressalta ainda, o exemplo dos gêmeos siameses, que não raras vezes dependem vitalmente um do outro para a própria sobrevivência, mas ninguém põe em dúvida que se tratam de duas pessoas distintas.

A viabilidade do feto, muito mais que fator ligado a condição de pessoa humana, parece relacionar-se a fatores locais de desenvolvimento humano. Por exemplo, um bebê poderia ser viável em um grande centro urbano, onde existiriam profissionais capacitados, melhores recursos tecnológicos, mas inviável em uma pequena zona rural, desprovida destes mesmos avanços. Ora, admitir o critério da viabilidade pressupõe reconhecer que a personalidade humana flutuaria ao sabor de fatores incertos, como por exemplo, a mera localização territorial, algo simplesmente inconcebível.

⁴⁵ “(...) 1. A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a life-saving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life [410 U.S. 113, 165] may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.” Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. Acesso em: 28 de Agosto de 2018.

2.6 Capacidade de Sentir

Há ainda a corrente, bastante defendida em nosso país, que vincula a capacidade de sentir dor à pessoalidade. Assim, enquanto não houvesse a formação do sistema nervoso que capacitasse o feto à percepção dos estímulos de dor e prazer, este não seria pessoa, restando assim, prejudicada, a proteção ao direito à vida.

Nesse sentido, se desdobram os debates acerca de quando o feto desenvolveria a sensibilidade. Para Ronald Green, esta surgiria, talvez entre a 30^a e a 35^a semana de gestação, poucas semanas antes do parto.⁴⁶ Segundo estudos recentes,⁴⁷ a sensibilidade ocorreria em torno da 24^a semana após a concepção.

No entanto, a relação entre a capacidade de sensação de dor e a aquisição da pessoalidade - e portanto, dos direitos inerentes à pessoa humana - não restam evidentes. Conforme aduz Kaczor, se a capacidade para a dor fosse pressuposto bastante, insetos também deveriam ter assegurado seu direito à vida.

Pode-se opor que a sensibilidade, apesar de ser essencial para a distinção do feto como pessoa, não deve ser tomada de forma isolada, devendo ser complementada por outras características, como por exemplo, a pertença do ser à espécie humana.

Ainda assim, admitindo-se que enquanto ausente a dor ao ser morto, igualmente ausente a imoralidade de matar, resta o problema das pessoas anestesiadas ou permanentemente incapazes de sentir dor, por razões genéticas.⁴⁸ Ainda que a síndrome de Riley-Day se trate de uma doença rara, não há como sustentar que seus portadores não são pessoas.

Como se percebe, a sensibilidade se revela como critério frágil para fins de aferição da pessoalidade, pautado, assim como os demais, em alterações apenas acidentais

⁴⁶ GREEN, Ronald. *The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy*. Oxford: Oxford University, 2001;

⁴⁷ Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice*. 2010. “(...) Connections from the periphery to the cortex are not intact before 24 weeks of gestation. Most pain neuroscientists believe that the cortex is necessary for pain perception; cortical activation correlates strongly with pain experience and an absence of cortical activity generally indicates an absence of pain experience.^{52–54} The lack of cortical connections before 24 weeks, therefore, **implies that pain is not possible until after 24 weeks**. Even after 24 weeks, there is continuing development and elaboration of intracortical networks. Furthermore, there is good evidence that the fetus is sedated by the physical environment of the womb and usually does not awaken before birth.” Disponível em: <<https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/rcogfetalawarenesswpr0610.pdf>>. Acesso em 28 de setembro de 2018. p. 11.

⁴⁸ A Síndrome de Riley-Day afeta de 1 a 9 pessoas a cada 1 milhão de nascimentos, havendo casos já registrados no Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150501_mulher_sem_dor_fn>. Acesso em 28 de Agosto de 2018.

no ente, que em nada alteram a sua substância. Um ser humano que não sente dor em nada se diferencia, ontologicamente, daquele que possui tal capacidade.

2.7 Desenvolvimento Cerebral

Similar à posição anterior, há a corrente que sustenta que a aquisição da personalidade se dá com o desenvolvimento cerebral. Tal teoria, bastante comum e amplamente adotada pelos Ministros do STF no julgamento da ADPF 54 - que culminou na descriminalização do aborto de fetos anencefálicos -, encontra respaldo até mesmo em posicionamentos⁴⁹ emitidos pelo Conselho Federal de Medicina – mas não sem algum dissenso entre a comunidade médica.

Em linhas gerais, sustenta-se que o cérebro é condição essencial para o ser pessoa, afirmação esta que decorre, geralmente, do fato de que o critério mais aceito pela comunidade científica para o diagnóstico da condição de morte é o de morte cerebral.⁵⁰ Assim, sendo critério suficiente para delimitar o fim da vida, seria também razoável para delimitar o marco inicial desta.

Preliminarmente, há que se ressaltar que o termo 'morte cerebral' não é o mais correto cientificamente, mas sim, o termo 'morte encefálica', que caracteriza o estado clínico no qual não só as funções cerebrais, mas também do tronco encefálico (respiração, batimentos cardíacos, pressão arterial, etc) estão comprometidas de forma irremediável.⁵¹

Em consonância com a posição adotada por Kaczor, por mais que o critério de morte encefálica pareça ser razoável e inequívoco para a comunidade científica internacional, não há porque inferir que este seja adequado para a determinação da personalidade.

Ademais, não há como comparar a situação de uma pessoa num quadro de morte encefálica com um feto em desenvolvimento. Enquanto aquele está em inatividade

⁴⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Ofício CFM nº 4867/2013 – PRESI. 2013, p. 2. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516333>>. Acesso em: 01 de setembro de 2018. Sustenta-se que o aborto, se realizado até a 12ª semana seria aceitável, visto que ainda não teria ocorrido o pleno desenvolvimento do cérebro e sistema nervoso do feto, sendo este lapso temporal o máximo razoável para não causar prejuízo à saúde materna.

⁵⁰ O diagnóstico de morte encefálica como determinante do momento morte se encontra positivado em nosso ordenamento na Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. (Lei de Transplantes).

“Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

⁵¹ MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. 2009. Disponível em: <<http://rmmg.org/artigo/detalhes/428>>. Acesso em: 01 de setembro de 2018.

difícilmente contornável, a inatividade cerebral do feto não é permanente, mas decorre simplesmente do seu processo natural de amadurecimento.

2.8 A Posição Gradualista

Trata-se de corrente que se encontra em ampla difusão em nosso país, principalmente em virtude da forçosa transposição do debate acerca do aborto da esfera do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, fazendo eco à tendência amplamente verificada nos países com legislações permissivas, de dispensar a análise da questão às cortes constitucionais:

Roe v. Wade foi a decisão que inaugurou o marco dos trimestres na análise constitucional, algo inovador à interpretação jurídica sobre a questão do aborto, muito embora já assentado nos cuidados de saúde à mulher grávida, mesmo para a medicina da época. O marco dos trimestres acompanhava o desenvolvimento da gestação no fundamento de **quanto mais imaturo o feto maior o respeito ao direito de privacidade das mulheres.**⁵² (grifo nosso)

Conforme tal teoria, a aquisição da personalidade pelo indivíduo ocorre de forma gradual, não havendo, portanto, que se falar em um marco distintivo, como nos critérios supracitados. Assim, a proteção aos direitos fundamentais do nascituro seria potencializada conforme o crescimento; *‘ninguém quer descriminalizar o aborto até 9 meses!’* é uma afirmação frequente da corrente *pro-choice*, bastante ilustrativa deste posicionamento, sustentando que a ilicitude moral de matar um bebê de 9 meses seria maior que aquela de matar às 12 semanas.

A isto, some-se o fato de que os direitos são conquistados de forma gradual, no decurso da vida, como o direito ao voto por exemplo. Assim, em paralelo com os demais direitos, o direito à vida seria adquirido de forma progressiva.

Destarte, apresenta-se como razoável o sopesamento dos direitos de um embrião, imaturo e, portanto, menos pessoa que sua mãe, já madura e conseqüentemente, pessoa constitucional que deve ter seus direitos sexuais, reprodutivos e de autonomia respeitados.

Mas como adquirir, no decurso da vida, o direito à vida? O gradualismo erra ao ignorar a característica basilar deste direito. Se é bem verdade que a aquisição de alguns direitos se vincula ao desenvolvimento de determinadas capacidades, o direito à vida não está condicionado a quaisquer habilidades, visto que, evidentemente, é o primeiro direito

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Disponível:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>> Acesso em 1 de setembro de 2018.

a surgir e condição *sine qua non* para o exercício de todos os outros. O gradualismo erra ainda, ao ignorar que não existem *frações* de personalidade:

Contudo, há que se frisar que nem todas as coisas admitem gradação. Muitas, principalmente na Moral, são questões dicotômicas do tipo “sim/não”, “permitido/proibido” e “lícito/ilícito”. **No âmbito fático, toda característica se atribui de um modo “presente/ausente”, inclusive a personalidade, visto que não há “meias pessoas.** ⁵³ (grifo nosso)

Nesse sentido, percebe-se que a personalidade é uma característica inculpida no próprio ser do ente. Ou se é pessoa, ou nunca se chegará a sê-lo. De forma bastante notória, tem-se que a abordagem gradativa é posta a fim de depreciar o valor do feto, que se sopesado às claras, assevera de forma inequívoca que o direito à vida de uma pessoa humana suplanta de forma incontroversa os direitos que se evocam como justificáveis do aborto.

Por fim, como não há um marco divisório na teoria gradualista, se a considerarmos até a seu extremo, implicaria em aceitar não só o infanticídio, mas também admitir que existem pessoas mais dotadas de personalidade que outras – o que prejudicaria, mais uma vez, o direito à igualdade e a concepção de que todos são iguais - conforme o avançar da idade, pois o desenvolvimento humano persiste até a fase adulta.

Poderia se argumentar que a personalidade seria um coeficiente progressivo no ventre materno atingindo sua plenitude no nascimento. No entanto, ainda que se lhe concedesse este marco divisório – que já põe em contradição a raiz da teoria - desde logo se nota a inconsistência: um bebê de 9 meses no ventre materno não é significativamente diferente de um bebê recém-nascido. Nem biologicamente e muito menos ontologicamente. Porque a proteção outorgada a ambos deveria ser diferente tomando-se por base um divisor como a localização espacial, no caso o ventre materno?

A reiterada recusa do movimento pró-aborto em reconhecer a personalidade do embrião, usando, para tanto, de critérios falhos e frágeis não revela senão a robustez do princípio moral da não-agressão. É necessário reduzir o embrião à um ‘amontoado de células’, à uma ‘bola de sangue’, ou ainda, quando se é muito custoso ignorar a ciência, - que, como procuramos demonstrar, assevera o início da vida biológica na concepção - ignora-se a personalidade e o debate filosófico – senda esta mais fácil de ser seguida, dada

⁵³ ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. Op. cit. p. 130.

a pobreza do debate público, e, infelizmente, acadêmico em nosso país, neste tocante – a fim de fornecer uma justificativa moral que tranquilize a consciência.

2.9 A Posição Concepcionista

Por fim, transpostas todas essas considerações acerca dos critérios mais utilizados no debate atual, passemos à análise do posicionamento que julgamos mais acertado e objetivo: o concepcionismo.

A primeira objeção que comumente se faz a este, é que este seria a matriz teórica adotada pela Igreja Católica e por diversas denominações cristãs, em relação ao aborto.

Para tanto, a fórmula utilizada é basicamente esta: se discorre longamente a fim de desacreditar tais instituições, ressaltando como estas teriam oprimido as mulheres de diversas formas no decorrer das épocas; assim, a repulsa ao aborto só seria compreensível nos dias de hoje enquanto resquício desta mentalidade machista, adotada por grande parte da população brasileira, composta por uma maioria cristã que busca perpetuar o desrespeito aos direitos das mulheres.

Ocorre que tal visão ignora que a teoria concepcionista se fundamenta não em posicionamentos religiosos, mas sim em pressupostos morais e filosóficos. Além disso, incorre claramente na falácia do poço envenenado, onde se pretende desacreditar o interlocutor, e nada diz a respeito da argumentação por ele exposta.

E, finalmente, tentar despertar no grande público uma aversão à uma teoria filosófica que lhe é desfavorável por meio de ataques à uma religião, além de se afigurar como um apelo fortemente passional/emotivo, e, portanto, pobre e reducionista, ignora o número de pessoas de outras matrizes religiosas, bem como ateus, e agnósticos que se declaram contra a prática do aborto.

Isto posto, retomemos o conceito de pessoa já assinalado anteriormente, que a conceitua como ‘substância individual de natureza racional’⁵⁴. Aqui, impende ressaltar que ao postular como necessária a natureza racional, não se está a exigir um aparato encefálico, a capacidade de consciência ou o exercício da capacidade intelectual, sob pena de incorrer nas mesmas fraquezas das teorias anteriormente estudadas. Para a filosofia clássica, o que está a se ressaltar é a alma intelectual⁵⁵, inerente à pessoa humana, ainda que por algum motivo, esta não possa ser exercida:

⁵⁴ AQUINO, Tomás. Suma Teológica. I,q.29, a.1.

⁵⁵ Conforme exposto alhures, nos três graus de imanência tem-se a alma vegetativa, a alma sensitiva, e a alma intelectual.

Deve-se deixar claro que desde o início, que o impedimento do exercício da potência intelectual possuída por toda pessoa não altera a realidade da natureza racional do ente, uma vez que a substância pode não se desabrochar em plenitude por razões acidentais que a impeçam. **O defeito da matéria não altera a potência ativa da forma, ainda que impeça o seu exercício acidentalmente.** Num claro exemplo de Aristóteles, bastaria trocar a matéria para que aquela potência ativa operasse naturalmente: se déssemos ao velho o olho de um jovem, ele enxergaria bem como um jovem.⁵⁶ (grifo nosso)

Assim, compreendendo a pessoalidade como característica inerente ao ser humano, e não como algo relacionado à aspectos acidentais, afirmando a dignidade da vida humana desde o seu marco existencial inicial resolve, de forma bastante clara e objetiva todos os problemas advindos das teorias anteriormente expostas, sem a necessidade de se recorrer a exceções.

Depois da fecundação do óvulo não há momento algum que se possa identificar como o marco inicial da vida humana no feto, ou que se possa definir como o instante em que se tornou pessoa. **Insistir na pretensão de encontrar e provar a existência de tais momentos significa um verdadeiro absurdo filosófico e ético. A partir da concepção o que acontece é o desenvolvimento de potencialidades presentes no embrião desde seu primeiro instante.**⁵⁷ (grifo nosso)

Perceber que o ser pessoa humana é realidade indissociável da vida biológica do ente garante a sua dignidade intrínseca, ressaltando o respeito àquele que é não é *mais ou menos pessoa*, mas sim igual à nós. Assim sendo, não deve ser evocada a sua fragilidade inicial como fator que o torne um ser objetificado e desprezível, mas sim como elemento que enseje reconhecimento e proteção.

Para assentar de forma ainda mais clara a objetividade da teoria concepcionista, passaremos à análise das demais objeções⁵⁸ que comumente são feitas à esta corrente.

Primeiramente, pode-se opor que caso se aceite que a pessoalidade se inicia na concepção, seria necessária a interrupção dos procedimentos de fecundação in vitro, a pesquisa com células tronco embrionárias e a contracepção emergencial, como a pílula

⁵⁶ ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. Op. cit. p. 132.

⁵⁷ TELES, Eleandro. O Humanismo Personalista de Lima Vaz: Uma Resposta Filosófica ao Problema do Aborto. 2009. Disponível em: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/39/109>. Acesso em 02 de setembro de 2018. p. 251.

⁵⁸ Os argumentos que exploraremos serão baseados na declaração de Arthur Caplan, diretor do departamento de ética médica no Centro Médico Langone da Universidade de Nova Iorque à revista Forbes, quando recentemente o debate sobre o aborto se intensificou novamente nos Estados Unidos, graças ao escândalo envolvendo a multinacional do aborto, Planned Parenthood. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/arthurcaplan/2015/08/10/marco-rubio-and-the-gops-dangerous-misconception-on-when-life-begins/>. Acesso em 03 de setembro de 2018.

do dia seguinte; o que esta réplica ignora, porém, é que não se pode aferir a validade de uma realidade moral ou filosófica por seu impacto social ou econômico, sob pena de se desvirtuar da reta razão para um errôneo utilitarismo. Ao homem, após constatar que se distanciou da observância da razão que lhe é inerente cabe apenas a retificação, e não a obstinação irracional. De forma mais clara, pode-se tomar por exemplo um senhor de engenho, que se postasse a favor da escravidão, asseverando ferrenhamente a impessoalidade dos negros tendo em vista o grande impacto social e econômico que seria trazido pela abolição.

Prosseguindo, existem aqueles que objetam que ao matar uma mulher grávida, deveria admitir-se, então, a ocorrência de um duplo homicídio, quando, na verdade, não é este o enquadramento dado pelo legislador nos mais diversos países. De novo, há que se ressaltar que as realidades morais e filosóficas não decorrem das leis, sendo tal argumento irrelevante para desqualificar a teoria concepcionista.

Sustenta-se também que a concepção é um momento incerto, não havendo consenso se esta se opera quando o espermatozoide atinge o óvulo, ou quando o penetra ou ainda, se quando inicia a recombinação genética. Trata-se, portanto, de uma área de difícil delimitação, não havendo como se conceber um limite objetivo nesta seara.

Pode-se defender que o desenvolvimento embrionário humano é um processo complexo e com várias fases, visto que compreende a união de dois gametas distintos, que cumulam no nascimento de um ser único e individualizado; mas não que a concepção é um momento incerto:

A fecundação é uma complexa seqüência de eventos moleculares coordenados que se inicia com o contato entre um espermatozóide e um ovócito e termina com a mistura dos cromossomos maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto, um embrião unicelular.⁵⁹ (grifo nosso)

A embriologia ensina que há um marco inicial onde se considera ocorrida a fertilização do óvulo, que não pode ser atingido pelos demais espermatozoides. Compreender a fecundação como um conjunto estanque, desconexo e incerto ignora que a união destas fases forma uma unidade intrínseca, que tem início, meio e fim, mas que encontram seu marco vital na união dos gametas.

Passando-se ao próximo posicionamento, evidencia-se ainda a alta taxa de mortalidade dos embriões, maior que 70%. Há que se considerar ainda os abortos

⁵⁹ MOORE, Keith L. Op. cit. p.31

espontâneos, comuns até o primeiro trimestre. Assim, percebe-se que toda vida humana começa na concepção, mas nem toda concepção é apta a gerar uma vida. A concepção, na grande maioria dos casos, não leva a nada.

O que tal inteligência ignora, é que a taxa de mortalidade que possa incidir sobre os embriões é irrelevante para lhes descaracterizar a personalidade ou até mesmo a vida que uma vez detiveram. Ao contrário, se morre é precisamente porque estava vivo. Condicionar a personalidade do embrião à uma viabilidade ou ao gozo de um lapso temporal são critérios reducionistas e frágeis, como já demonstrado. De modo mais claro, dizer que embriões não são pessoas porque morrem muito, é o mesmo que dizer que nas regiões onde a taxa de mortalidade neonatal ou infantil é alta, estas não seriam mais pessoas. No entanto, ainda resta um problema: se as pessoas realmente creem que a vida começa na concepção, não seria um dever moral grave impedir tais mortes? Porque não se envidam esforços para frear tais perdas? A mortalidade de embriões em massa não gera comoção como a perda de pessoas humanas adultas.

Em consonância com o pensamento de Kaczor, ressaltamos que a personalidade de um ser humano não reside em um sentimento de tristeza ou comoção perante a sua perda. Os sentimentos de compaixão e tristeza estão naturalmente presentes quando se pensa na perda de um animal de estimação, porém, tais emoções não servem para conferir-lhe o caráter de pessoa.

Seja como for, nesse contexto, não tentar salvar vidas embrionárias simplesmente não indica reconhecimento tácito de que tais seres humanos não sejam pessoas, nem muito menos não biologicamente humanos. Exatamente como muitas vezes não fazemos esforços extraordinários para restaurar a saúde de seres humanos em idade avançada, assim tampouco fazemos esforços extraordinários para tentar restaurar a saúde de seres humanos embrionários.⁶⁰ (grifo nosso)

Prosseguindo-se com a análise, Caplan opõe que a concepção como início da personalidade é teoria bastante subjetiva, visto que no momento da fecundação não resta evidente quantas vidas existem, realidade que se clarifica somente mais tarde.

A argumentação parece-nos insípida. Talvez a preocupação com a tutela legal dos direitos do nascituro poderia justificar tal formulação em épocas passadas – não sem um grande esforço, visto que os procedimentos mais rudimentares já conseguiam definir

⁶⁰ KACZOR, Christopher. Op. cit. p.125.

com certa precisão o número de bebês no ventre materno - quando no momento do nascimento se revelavam as características do bebê. Em suma, ainda que no instante da concepção não se possa precisar quantas vidas se originarão, a divisão em dois zigotos ou mais no caso de gêmeos é imediata; ademais, porque ignorar a existência de uma vida seria suficiente para lhe tolher a personalidade que lhe é inerente? A vida prescinde de reconhecimento social.

Ainda se detendo na situação da gestação de gêmeos, Caplan aduz que não são raros os casos em que um dos embriões não desenvolve e ocorre a reabsorção embrionária. Afirma o autor que um dos fetos pode ser absorvido por outro, condição que, segundo o concepcionismo, levaria a afirmar que ali se tratam de duas pessoas em uma, o que é simplesmente inverídico.

Primeiramente, há que se ressaltar que a reabsorção embrionária ocorre, geralmente, como reação natural à uma má-formação. O feto não consegue se desenvolver como esperado e ocorre sua morte precoce, sendo seus tecidos reabsorvidos pelo gêmeo sobrevivente:

Como os estudos ultra-sonográficos constituem uma parte comum dos cuidados pré-natais, sabe-se que é bastante comum a **morte precoce e a reabsorção de um dos membros de um par de gêmeos**. Deve-se levar em conta essa possibilidade quando ocorrem discrepâncias entre os achados citogenéticos pré-natais e o cariótipo de uma criança. Erros no diagnóstico pré-natal podem aparecer quando são **examinados tecidos extra-embrionários (p. ex., parte de uma vilosidade coriônica) provenientes do gêmeo reabsorvido.**⁶¹ (grifo nosso)

O erro de tal argumentação está em desconsiderar o evento morte, que encerra a personalidade do ente, iniciada na concepção. Assim, o aparecimento de tecidos embrionários provenientes do gêmeo morto no irmão sobrevivente se assemelha mais à situação de uma pessoa que possui órgãos transplantados que o absurdo filosófico de duas pessoas em uma.

Por fim, há a objeção que vislumbra no comprometimento com a posição concepcionista o inegável reconhecimento incoerente de que cada célula do corpo humano teria ‘direito à vida’, visto que cada uma destas é geneticamente completa, viva e dotada de potencialidade para se desenvolver em uma pessoa humana, via clonagem.

A assertiva erra ao pressupor que o feto merece respeito graças à sua potencialidade de desenvolvimento, quando na verdade, o que a posição pró-vida sustenta

⁶¹ MOORE, Keith L. Op. Cit. p. 142.

é que o feto merece respeito pela sua condição *atual*. Na elucidativa explicação de Kaczor:

A clonagem torna possível que cada célula do corpo humano possa se desenvolver num ser humano maduro, gêmeo idêntico do doador da célula. (...) Um embrião no útero já é atualmente um todo, membro que se autodesenvolve da espécie humana. (...) Uma célula humana como da pele ou do fígado não é membro inteiro da espécie humana. Tais células humanas não estão atualmente se autodesenvolvendo na direção da maturidade humana. Se a clonagem humana se tornar realidade, virtualmente qualquer célula humana terá o potencial de se tornar o que o embrião humano atualmente já é, ser humano integral, em vias de se integrar e se atualizar e se desenvolvendo para a maturidade humana.⁶²

Transpostas todas essas considerações, defendemos que embora não sejam sinônimos os conceitos de vida humana e pessoa humana, por se tratarem de âmbitos epistemológicos distintos – biológico e filosófico – procuramos demonstrar que não há qualquer empecilho em se compreender a pessoalidade como realidade concomitante ao surgimento da vida humana.

Destarte, sem recorrer ao emprego de argumentações religiosas⁶³ ou passionais⁶⁴, buscamos conduzir o debate de forma a ressaltar que a assertividade da teoria concepcionista é lastreada por argumentos morais e filosóficos que podem ser alcançados por qualquer pessoa de forma universal.

Nesse sentido, concluindo-se pela imoralidade da conduta do aborto provocado, que consiste no assassinato de uma pessoa humana, passaremos a relação entre esta percepção moral e a lei positiva, analisando o tratamento dispensado pelo legislador pátrio à questão em tela.

⁶² KACZOR, Christopher. Op. cit. p. 130.

⁶³ Aqui não se está a fazer um juízo de valor em relação aos argumentos que se baseiem em pressupostos religiosos de forma a menosprezá-los; somente compreendemos que estes partem de pressupostos que não são aceitos por todas as pessoas em geral.

⁶⁴ Que escamoteiam a raiz do problema a fim de focar em pautas reducionistas e evidentemente emocionais, como rotular a posição desfavorável à legalização de ‘Discurso de ódio’, ‘Machismo’ e ‘Opressão’.

CAPÍTULO III – TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO À CONDUTA DO ABORTAMENTO

Constatada a imoralidade da conduta, há que se perquirir se esta seria necessariamente ilícita, e, portanto, objeto da tutela penal, visto que existem certos deveres morais – como por exemplo, prestar auxílio aos necessitados – que, ainda que não sejam observados não ensejam a coerção estatal. Desse modo, o presente capítulo, antes de adentrar na análise legal da conduta propriamente dita, tenciona clarificar os matizes da relação entre Direito e Moral bem como as implicações desta para o presente estudo.

3.1. Direito e Moral

O debate teórico acerca da relação entre Direito e Moral é tão vasto quanto antigo. Para a doutrina positivista, deve haver uma separação entre os dois campos. Conforme aduz Hart, há que se distinguir o que o direito é do que ele deveria ser.⁶⁵ Assim, a norma jurídica é válida se obedecer à critérios formais, segundo os procedimentos próprios, e emanada por órgãos competentes. Quando ao conteúdo, deve observância às normas que gozem de um status jurídico superior. Com isto, não está a se defender que não há relação entre o Direito e a Moral, mas apenas que ela é circunstancial.⁶⁶

Portanto, para a existência da norma jurídica, esta não precisa obedecer a critérios de moralidade, justiça ou razoabilidade.

Para a doutrina jusnaturalista, porém, há uma correlação visceral entre os dois campos. Para que uma lei seja válida, não basta que seja feita através da simples observância a um rigor formal, mas também deve encontrar seu fundamento na Lei Natural.

Segundo a doutrina Tomista⁶⁷, a Lei Natural encontra seu fundamento na Lei Eterna, que seria proveniente do ordenamento racional presente na mente divina para tudo que é criado.

⁶⁵ HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Havard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-629.

⁶⁶ Em grande parte dos casos, a moral social coincide com os bens aos quais o estado comina especial proteção, como por exemplo na repressão ao homicídio, roubo, ecc.

⁶⁷ A corrente jusnaturalista, já desenvolvida por Platão e Aristóteles parece encontrar seu ápice na doutrina Tomista.

A crença de que a doutrina jusnaturalista seria uma corrente fundamentada em anseios religiosos e oponível apenas a pessoas que compartilhem de pressupostos espirituais é, infelizmente, muito comum no meio acadêmico.

Porém, ressaltamos que a percepção de que o mundo criado possui uma ordenação e que esta provém de um intelecto superior é intuição que remonta já à filosofia clássica, e pagã. O homem, crédulo ou não, não possui acesso à Lei Eterna, dada a limitação que lhe é inerente, porém, pode participar desta na medida que descobre, através do exercício do próprio intelecto – e não de uma crença religiosa - os preceitos básicos insculpidos em sua própria natureza.⁶⁸

Nesse sentido, já esquadrihava Cícero:

Se o Direito se originasse dos mandatos populares, dos decretos dos chefes, das sentenças dos juízes, seria roubos e adultérios e falsificações testamentárias – sempre que tais atos fossem ratificados pelos votos ou pelas decisões das massas. Se o poder e as decisões dos ignorantes pudessem transformar a natureza das coisas, por que, então, não decidir que o mau e o pernicioso ter-se-ão por bons e saudáveis? E desde que a lei com o injusto pudesse criar um direito, por que não poderia com o mal fabricar o bem? Porém, para distinguir a lei boa da lei má não há outro parâmetro que não a Natureza. **É a Natureza que permite distinguir entre o justo e o injusto, entre o honroso e o desonroso, por nos ter dotado de igual inteligência e nos ter capacitado para relacionar o honroso com a virtude e o desonroso com o vício.**⁶⁹ (grifo nosso)

Destarte, o legislador, pautando-se nesta crença de que existem pressupostos extrínsecos e superiores aos quais deve submeter-se para a elaboração da lei, não deve elaborá-la conforme bem lhe aprouver, mas sim como esta *deve* ser feita.

Com isto, não se está a defender que todas as leis humanas são, necessariamente, regras de Direito Natural, pois que refoge à competência deste, certos pormenores da vida civil como por exemplo, a fixação de prazos processuais. O que a doutrina jusnaturalista sustenta é que a autoridade de que goza todo o ordenamento jurídico, repousa, em última análise, nesta Lei Natural, visando o bem comum.⁷⁰

⁶⁸ SILVA, Lucas Duarte. A Lei Natural em Tomás de Aquino: Princípio Moral para a Ação. 2014. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/12_lucassilva.pdf Acesso em 07 de setembro de 2018. p. 192.

⁶⁹ CÍCERO, M. Túlio. *Tratado das Leis* – introd. Trad. E notas: Marino Kury – Caxias do Sul: Educs, 2004. p.58 Apud. ARRUDA, Gabriel. Op. Cit.

⁷⁰ A lei processual, visando a garantia de uma prestação jurisdicional em tempo hábil é justa, visto que procura a estruturação de uma sociedade mais equânime e que melhor propicia o desenvolvimento humano de seus cidadãos.

Impende ressaltar que, a busca pelo bem-comum, na doutrina aristotélica não é compreendido um conceito vago, ou adaptável a qualquer discurso. Da forma como compreendemos atualmente, o bem-comum é, essencialmente, a garantia de direitos a uma coletividade, sendo esta a finalidade precípua da lei.

No entanto, para Aristóteles, o bem comum seria propiciar esse ambiente favorável ao desenvolvimento humano da coletividade, mas não como uma finalidade em si mesma, mas a fim de garantir que todos os indivíduos possam alcançar de forma mais desembaraçada e eficiente o seu fim último, que é a felicidade.⁷¹ Assim, as leis, além de uma função retributiva – no tocante às sanções penais – teriam também uma intrínseca função pedagógica, através da prescrição de atos mínimos de virtude que tendem a produzir e a conservar a felicidade da comunidade. Por exemplo, o dever mínimo de uma mulher para com o feto no caso de uma gravidez indesejada, é simplesmente o de não o destruir.

Expostas estas breves considerações, procuramos demonstrar que em conformidade com a posição jusnaturalista, dada a gravidade do bem em apreço no caso do aborto – o direito à vida – trata-se de objeto que merece clara tutela penal por parte do legislador, que não pode simplesmente furtar-se à sua apreciação.

Demonstrada ainda a imoralidade da conduta no capítulo precedente, ressaltamos que se torna ainda mais incoerente a posição que sustenta que a abordagem dada à esta questão passe do *ilícito* ao *lícito desejado pelo Estado* sem que se faça uma mínima reflexão.

A criminalização ou descriminalização de uma conduta, é aspecto que remonta ao próprio fundamento do Direito, e não deve ser reduzido à meras disputas retóricas, de interesses ou flutuar ao sabor de conveniências ideológicas. Admitir que o Estado possa prescindir da ilicitude de uma conduta é desvirtuá-lo de seu papel de pedagogo e transformá-lo em um mero ideólogo, que ao invés de conhecer o que seria o lícito e o ilícito, se arroga a faculdade de criá-lo como bem lhe aprouver.⁷²

Assim, reiteramos nossa opção por fundamentar este estudo na doutrina jusnaturalista por considerar que esta parece mais adequada à resposta dos dilemas aos

⁷¹ Do grego, ‘*eudaimonia*’, designa o ‘estado de ser habitado por um bom gênio’. Diferentemente do conceito atual de felicidade, a ‘*eudaimonia*’ é uma atividade permanente, e não apenas um prazer fugaz ou contentamento momentâneo, ainda que lícito. Tal finalidade só poderia ser atingida mediante o exercício de uma vida virtuosa dentro da pólis.

⁷² ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. Op. cit. p. 97.

quais nos propomos perquirir, apesar de compreender que se trata de um posicionamento minoritário.

Superado este ponto, passemos a análise do tratamento dispensado pelo legislador pátrio à conduta do aborto.

3.2. O crime de Aborto no Código Penal Brasileiro

Em continuidade à tradição histórica da tipificação desta conduta em nosso ordenamento⁷³, o legislador de 1940 a aloca na seção de crimes contra a vida, ressaltando que o bem jurídico tutelado é a vida do nascituro. No Título I, Capítulo I - Dos Crimes Contra a Vida, se encontram previstas as seguintes condutas: auto aborto (art. 124), aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125), aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126), as qualificadoras (art. 127) e, por fim, as permissivas⁷⁴ (art. 128), sobre as quais procuraremos nos debruçar mais minuciosamente.

Para a configuração de todos os tipos, faz-se necessário o elemento dolo, sendo indiferente penal a conduta culposa da mulher que culmina no aborto espontâneo.⁷⁵ Eis a redação dos dispositivos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil 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: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

⁷³ O Código Criminal do Império (1830), bem como o Código Penal Republicano (1890) previam a conduta dentre os crimes contra a segurança da pessoa e vida.

⁷⁴ Ainda que esta não nos pareça a nomenclatura mais adequada, por já induzir o leitor a acreditar que seriam hipóteses nas quais haveria uma permissão legal previamente concedida pelo Estado, ainda assim usaremos o termo, a fim de evitar a utilização amiúde do termo 'excludente', que reputamos por mais adequado e imparcial.

⁷⁵ GRECO. Rogério. Código Penal Comentado. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2013. p.527.

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.⁷⁶

A regra geral (art. 124, CP) prevê o auto aborto, que se trata de crime de mão própria, visto que é a gestante que provoca a morte do feto, ou manifesta seu consentimento para que terceiros o façam, ainda que de forma tácita. É necessário que os atos sejam praticados pela própria gestante, e caso haja o auxílio ou a indução à prática do crime por parte de terceiros, pelo fornecimento de instrumentos ou abortivos, resta configurada a participação e não a co-autoria destes.⁷⁷

O terceiro que realiza o aborto consentido pela gestante é sujeito ativo do delito tipificado no art. 126. Interessante salientar que, apesar de concorrerem para o mesmo fato delituoso - a mãe que pratica o aborto com o seu consentimento próprio e o agente que o pratica com o consentimento desta – o legislador comina uma pena maior ao segundo, em clara exceção à teoria monista.

A opção do legislador ao dispor uma sanção penal mais gravosa a este (pena de reclusão, de 1 a 4 anos, enquanto que a mãe se submete à pena de detenção, de 1 a 3 anos) parece fundamentar-se na consideração de que o terceiro, por gozar de certa imparcialidade perante ao fato deveria opor sua mais severa recusa à realização de tal ato, e não se utilizar da fragilidade psicológica da gestante – que muitas vezes aflita e desesperada recorre à tais procedimentos por não visualizar outra solução – a fim de obter contraprestações financeiras, como se percebe na atuação das clínicas de aborto.

A competência para o julgamento do crime de aborto é do Tribunal do Júri, conforme dispõe o Código de Processo Penal.⁷⁸ Ainda que as penas cominadas sejam ínfimas se comparadas com aquelas relativas aos demais tipos deste capítulo, isto não afasta sua característica basilar de crime contra a vida de pessoa humana; assim, não há que se falar em crimes de menor potencial ofensivo, ou de submissão aos Juizados Especiais.

⁷⁶ BRASIL. Código Penal de 1940. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2018.

⁷⁷ PRADO, Luis Regis. Curso Brasileiro de Direito Penal: Parte Especial. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117. v. 2.

⁷⁸ Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

Ainda nesse sentido, existem correntes que sustentam que a legislação pátria no tocante ao aborto seria um claro exemplo de legislação simbólica, dado o evidente tratamento díspar do legislador no que tange à reprovabilidade do aborto se comparado com o homicídio; a isto, some-se que apesar da repressão legal, ainda assim os abortos ocorrem, à revelia da lei. Vejamos:

No Código Penal atual, esse crime tem como objeto jurídico a tutela do direito a vida do nascituro ou feto. Mas o que se percebe é que, na realidade, a criminalização e a continuidade dessa criminalização **não visam diretamente proteger o direito a vida do nascituro, mas somente dar continuidade a um valor histórico e religioso de como deve ser a vida da mulher e da família brasileira.** Ou seja, os legisladores não estão somente preocupados com o que essa norma provoca na realidade das mulheres (aspecto concreto), mas sim em se estão atendendo os anseios das famílias tradicionais cristãs brasileiras (aspecto abstrato), afinal parece mais fácil para um membro do legislativo manter-se inerte em situações polêmicas como o aborto e manter seus votos, sem oposições, do que debater uma questão que se mostra ser um problema de saúde pública.⁷⁹ (grifo nosso)

(...) Ou seja, esse fenômeno ocorre quando o legislador cria, ou faz permanecer em vigor, uma **norma ineficaz em termos práticos, em que o valor político do texto jurídico prevalece sobre o real objetivo da norma.** Assim, o interesse do legislador é voltado para **afirmar cumplicidade com determinados valores que são adeptos da maioria dos seus eleitores** na sociedade.⁸⁰ (grifo nosso)

A assertiva parte de um pressuposto errôneo, ao afirmar que a criminalização busca simplesmente dar continuidade à um valor religioso, quando esta repousa, em última análise, na imoralidade patente desta conduta, que, como procuramos demonstrar no capítulo antecedente, é verificável através de uma análise filosófica.

A isto, some-se que, evidentemente, os abortos ocorrerão à revelia da lei, que deve reprimir e não sancionar o ilícito. Outrossim, ainda que o legislador comine penas inferiores aos crimes de aborto (e também infanticídio), se comparados com o tipo penal do homicídio, não há porque se inferir que o valor do bem jurídico decorra do montante da pena aplicada; tal proposição levaria a crer na preposição claramente errônea de que a vida de nascituros ou infantes goza de um status inferior, ou ainda, que o legislador

⁷⁹ CAVALCANTE, Bianca Paula Chaves. Descriminalização do Aborto no Brasil. 2017. p. 19 Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/26284/1/2017_tcc_bpccavalcante.pdf> Acesso em 15 de setembro de 2018.

⁸⁰ Ibid., p. 20.

considera inferior a vida da vítima de um crime de homicídio simples (art. 121, caput, pena de reclusão de 6 a 20 anos) se comparada com a vítima de um homicídio qualificado (art. 121, § 2º, pena de reclusão de 12 a 30 anos).

Por fim, impende ressaltar que o combate ao número de abortos pode e deve ser feito não através de sua legalização, mas sim, no desenvolvimento de políticas públicas de acolhimento às gestantes em situações de gravidez indesejada.

Retomando-se o estudo dos tipos, por considerar que as disposições do art. 125 – aborto provocado *sem* o consentimento da gestante, crime cuja reprovabilidade é evidente para ambos os lados do debate acerca do aborto - e no art. 127 – qualificadoras - refogem ao objeto do nosso estudo, passemos à análise das permissivas, dispostas no art. 128. Na primeira delas, há o chamado aborto necessário ou terapêutico⁸¹, que se verifica quando não há outro meio para salvar a vida da gestante. Assim dispõe Genival Veloso:

O estado de necessidade de terceiro que outorga ao médico o direito de praticar o aborto terapêutico deve ser aludido quando: 1 – a mãe apresenta **perigo vital**; 2 – **este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez**; 3 – **a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo para a vida da mãe**; 4 – esse **procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante**; 5 – sempre que possível, com a confirmação ou concordância de outros dois colegas.⁸²

Apesar da clareza da disposição, onde o legislador prevê o aborto como o *único* meio de salvar a *vida* da gestante, não é raro encontrar interpretações que, ao invocar um vago conceito de direito à saúde, que diria respeito somente ao bem-estar da mulher, bem como sua dignidade, buscam alargar o rol de abrangência desta disposição, quando na verdade, esta tencionava tão somente a conservação da vida biológica da mãe. Aproveu, ao legislador, no sopesamento de ambos os bens jurídicos, resguardar a vida da mãe em detrimento da vida do nascituro somente neste extremo.

No entanto, há que se ressaltar a caducidade desta permissiva. Já na década de 60 se evidenciava a impropriedade do uso do aborto para salvar a vida da gestante, tanto pela possibilidade de outros meios a serem empregados, quando pela ineficácia estatística do aborto necessário, que muitas vezes agrava o quadro da gestante, além de resultar na fatal morte do nascituro. Vejamos:

⁸¹ Nomenclatura bastante criticável, visto que dada a compreensão de que o aborto é um crime que exige a morte de uma pessoa humana, seu próprio conceito é evidentemente incompatível com o conceito de terapia.

⁸² FRANÇA, Genival Veloso de. Op. Cit. p. 731.

Ante os processos atuais [de 1965!] da terapêutica e da assistência pré-natal, o aborto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica estou certo, não o é, presentemente.⁸³

Fundamentando-se nos importantes depoimentos atrás transcritos, pode-se afirmar que, atualmente, a Medicina oferece ao médico meios para prosseguir na luta em busca do fim almejado, qual seja a **salvação do binômio mãe-filho, não sendo válido o apelo ao chamado abortamento 'terapêutico'**.⁸⁴

Destarte, se esta excludente encontrava supedâneo no ainda incipiente desenvolvimento da ciência ginecológica e obstétrica na década de 40, compreendemos que a permissiva se encontra ultrapassada, sendo diminuta a sua aplicabilidade nos dias de hoje. Conforme aduz Genival Veloso:

Com o passar dos dias, chega-se à conclusão de que são cada vez mais raros os casos em que o médico necessite intervir ante a possibilidade real de perigo de vida para a gestante. **No futuro, passará essa forma de conduta como tantas outras já passaram em medicina.**⁸⁵

Isto posto, passemos à análise da segunda excludente. O Código em seu art. 129, II prevê ainda o chamado aborto humanitário (ou sentimental), que se verifica quando a gestação é fruto de estupro.

Nesta excludente, o legislador pautou-se pela proteção da integridade psicofísica da mulher violentada, considerando que seria um sacrifício inexigível a gestação de uma criança advinda de uma relação criminosa e violenta. Ao contrário do que ocorre no aborto necessário - que independe do consentimento de familiares ou da própria gestante, bastando a constatação médica da inexistência de outro meio - no aborto sentimental faz-se necessário o consentimento da gestante, ou quando esta for incapaz, o aval de seu representante legal.

⁸³ COSTA JÚNIOR, João Batista de O. Porquê, ainda o aborto terapêutico? Revista da Faculdade de Direito da USP, 1965, volume IX, p.314-329. Apud CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto na Rede Hospitalar Pública: O Estado Financiando o Crime. 2006. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/images/artigos/monograf.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2018.

⁸⁴ João Evangelista dos Santos ALVES et al., *Aborto: o direito do nascituro à vida*, 1982, p. 135-136. Apud. Idem.

⁸⁵ FRANÇA, Genival Veloso, Op. Cit. p. 229.

Sendo um crime que deixa vestígios, a doutrina aponta a imprescindibilidade de fundamentação sólida que comprove a origem violenta da gestação⁸⁶ para que se possa aplicar a excludente, bem como para o início da persecução penal. Apesar disto, o Ministério da Saúde editou Norma Técnica relativizando a exigência:

De acordo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 128, inciso II do Código Penal brasileiro, **o abortamento é permitido quando a gravidez resulta de estupro ou, por analogia, de outra forma de violência sexual.** Constitui um **direito da mulher**, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos pelo ECA, no Capítulo I: do Direito à Vida e à Saúde, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva.

69. PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES **O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher.** Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. **O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade.** O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça.

Caso revele-se, após o abortamento, que a gravidez não foi resultado de violência sexual, o Código Penal brasileiro, artigo 20, § 1º, afirma que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Assim, se todas as cautelas procedimentais foram cumpridas pelo serviço de saúde, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação de violência sexual somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente pelo crime de aborto.⁸⁷

A prescindibilidade da apresentação do Boletim de Ocorrência ou do Laudo pericial, além de incorrer em claro afrouxamento da disciplina penal (bem verdade é que

⁸⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial v. 2. 8ª Ed. 2011. Rio de Janeiro: Impetus. p. 246. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª Ed. 2007. São Paulo: Saraiva. p. 444-445.

⁸⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Norma técnica sobre prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. 3 ed. Brasília: Editora MS, 2012 Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf> Acesso em: 16 de setembro de 2018. p. 69,70.

o código não a previu expressamente, porém é custoso concluir que a gravidez resultou de estupro sem a mínima comprovação médica ou registro policial) é medida que não deve ser celebrada, visto que dificulta a repressão aos crimes sexuais. Apesar de ser desgastante e sofrível para a vítima o trâmite inerente à persecução penal, esta deve contar com amparo psicológico profissional, ser incentivada a promover a denúncia e a colaborar com o bom êxito da ação, tanto para que haja a repressão ao ilícito sofrido, tanto para evitar que o agressor alcance novas vítimas.

A Norma Técnica incorre em outra imprecisão ao afirmar que a presunção de veracidade encontra previsão normativa no Código Penal, quando na verdade se trata de uma construção doutrinária a fim de superar a total clandestinidade em que se desenvolvem alguns tipos penais – como os crimes contra a dignidade sexual - e lastrear a futura condenação penal.

Nesse sentido, dada a ausência de testemunhas oculares, a palavra da vítima assume uma valoração mais elevada. No entanto, impende ressaltar que o depoimento desta não é tomado de forma isolada, mas deve necessariamente, ser cotejado com o exame pericial ou seus antecedentes criminais, bem como a forma como esta prestou as declarações em juízo, se estas gozam de certa verossimilhança e coesão com as demais provas dos autos, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO CONTRA MAIOR DE 14 (QUATORZE) E MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS (ARTIGO 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA FIRME E COERENTE DA MENOR VITIMADA, EM CONSONÂNCIA COM OS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. VERSÃO ISOLADA DO RÉU, SEM AMPARO PROBATÓRIO. ACUSADO QUE, CONSTRANGEU A VÍTIMA A PRATICAR COM ELE CONJUNÇÃO CARNAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos relatos prestados pela vítima, pelas testemunhas arroladas pela acusação e pelo conclusivo resultado do laudo pericial de conjunção carnal, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação. Ademais, conforme remansoso entendimento jurisprudencial, a palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando o relato ocorre de maneira coerente e sem contradições, mormente se tais declarações mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e com o apoio em indícios e circunstâncias recolhidas no processo.⁸⁸ (grifo nosso)

⁸⁸ TJ-SC Apelação Criminal 00029322720118240035 Ituporanga 0002932-27.2011.8.24.0035. Relator: Paulo Roberto Sartorato. DJ: 12/07/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj->

Se tal cautela é imprescindível quando se trata da possibilidade de restrição do direito à liberdade de uma pessoa inocente, como pode este cuidado ser dispensável no caso de abortamento do nascituro, quando o que está em jogo, não é a simples restrição de um direito, mas sim a sua completa supressão?

Por fim, o texto ressalta ainda, que, se posteriormente, restar comprovado que a gestação não se originou de estupro, os agentes de saúde, visto que tomaram *todas as cautelas procedimentais* são isentos de pena, sendo somente a gestante passível de repressão penal, pois que alegou situação inverídica a fim de dar causa ao abortamento pelo Sistema Único de Saúde.

O texto, porém, não clarifica quais seriam estas cautelas procedimentais, e parece pretender, com esta disposição final, apenas legitimar o mal feito, pois se limita a fundamentar a legitimidade da excludente de forma única em um critério insuficiente, para depois, garantir aos mesmos profissionais que não lhes será imputada qualquer consequência penal de seu desleixo.

3.2.1 Da Natureza das Excludentes

Feitas estas considerações, passemos à análise da natureza das excludentes supracitadas, questionamento este que enseja calorosos debates doutrinários. A confusão quanto a natureza das permissivas gerou o que se entende comumente no Brasil por ‘aborto legal’, que seriam as situações previstas pela norma jurídica nas quais o aborto não seria mais considerado crime. Tal posicionamento, porém, não nos parece ser aquele adotado pelo legislador pátrio, como se procurará explicitar adiante.

Primeiramente, convém repisar o texto das excludentes:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

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.⁸⁹

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605848469/apelacao-criminal-apr-29322720118240035-ituporanga-0002932-2720118240035>. Acesso em 17 de setembro de 2018.

⁸⁹ BRASIL. Código Penal de 1940. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2018.

Para a doutrina majoritária⁹⁰, estas devem ser interpretadas como excludentes de ilicitude, que tornariam legítima a conduta do abortamento em tais casos, que, não mais caracterizado como um ilícito e sim como uma conduta lícita, se constituiria como um direito da mulher e, portanto, um dever do Estado.

Conforme sustenta Damásio de Jesus:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas de punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contém causas de exclusão da antijuricidade. **Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal é fato lícito.** Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse ‘não se pune o médico’.⁹¹

Assim, o legislador, ao evidenciar na redação do tipo o núcleo do crime “não se pune o *aborto*”, ao invés de privilegiar o agente, como seria na proposição: “não se pune o *médico*” estaria a prever hipóteses nas quais o fato não seria mais um ilícito, visto que “um fato impunível em matéria penal é fato lícito”.

Com a devida vênia, a distinção feita pelo autor nos parece insuficiente. Ora, não punir o aborto praticado por médico e não punir o médico que pratica o aborto são duas proposições que possuem exatamente o mesmo significado; o jogo de palavras não torna evidente porque a simples alteração de sujeitos na frase seria suficiente para afastar a ilicitude da conduta.

Ademais, a argumentação parte do pressuposto de que a impunibilidade do fato o tornaria, conseqüentemente, em um lícito penal, quando se pode imaginar, sem maiores dificuldades, condutas valoradas como ilícitas pela ordem jurídica, que, no entanto, não são puníveis.

Pode-se tomar por exemplo, as escusas absolutórias previstas no art. 181, que preceituam que os crimes contra o patrimônio cometidos sem emprego de violência ou grave ameaça contra cônjuge, ascendente ou descendente são isentos de pena. Um cônjuge que comete um furto contra seu consorte incorre em conduta claramente ilícita, à qual o legislador achou por bem não cominar nenhuma penalidade por questões de

⁹⁰ JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Especial. v. 2. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.; HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal vol. V p. 306, Rio de Janeiro: Forense, 1979. FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal. vol. V, p. 553, Rio de Janeiro: Forense. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral Parte Especial. 2 Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 593. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial, vol 2. São Paulo: Saraiva.2003. p. 119.

⁹¹ JESUS, Damásio de. Op. Cit., p. 160

ordem político-criminal, buscando promover a harmonia e a preservação do vínculo familiar e não o seu desgaste.

Há ainda que se ressaltar a conduta do suicida, valorada negativamente pelo nosso ordenamento, que busca reprimir a ação do agente que induz, instiga ou auxilia o suicida (art. 122, CP), e que considera lícita a coação exercida para impedir o suicídio (art. 146, § 3º, CP). Não obstante a impunibilidade do suicida, ainda que a consumação do crime contra a própria vida não ocorra, é custoso sustentar que o ordenamento a reputa como uma conduta lícita.

Para que se possa compreender as permissivas como excludentes de antijuricidade, faz-se necessário enquadrá-las nas causas de exclusão de ilicitude já previstas em nosso ordenamento, sob pena de se incorrer em uma construção doutrinária a fim de albergar tais condutas sob o manto da licitude. As excludentes, previstas no art. 23 do Código são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

No tocante ao inciso I, que tutela o chamado aborto necessário, geralmente amolda-se a questão na excludente do estado de necessidade. Vejamos:

Estado de necessidade

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

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

É fato que nos casos de gravidezes de risco há um perigo atual que a gestante não provocou por vontade própria, ainda que a gravidez tenha sido desejada, e que ameaça a sua vida.⁹² Embora haja a adequação à primeira parte do caput do artigo, o enquadramento não é tão evidente no tocante aos demais requisitos.

No confronto entre a vida da gestante e a vida do nascituro, a lei penal optou por privilegiar a vida da mãe em detrimento da vida deste último. Para que reste configurado o estado de necessidade, faz-se necessária ainda a inexigibilidade de sacrifício daquele

⁹² Ressalte-se, como já demonstrado anteriormente, que o número de situações em que a morte do filho seja o único meio de salvar a vida da mãe encontra um campo de aplicabilidade real bastante reduzido, dado o avanço da medicina.

bem jurídico. A mãe, no entanto, poderia optar por sacrificar-se para não matar seu filho. Quem poderá mensurar se tal sacrifício é exigível ou não?

Pode-se sustentar que o dever legal de enfrentar o perigo não pode ser oposto à mãe, visto que não há uma previsão expressa nesse sentido; além disso, o dever legal de enfrentar o perigo, ainda quando oponível, não exige atos de heroísmo ou a abdicação de direitos fundamentais.⁹³

Para responder à questão, nos serviremos de uma situação análoga. Imaginemos que em certa região, assolada por uma grande guerra, não existem mais provisões mínimas para alimentar os cidadãos, que morrem de fome. Nessa situação excepcional e desoladora, uma mulher faminta mata seu próprio bebê recém-nascido a fim de salvar sua vida. Se ela não tivesse o feito, pereceriam as duas vidas, ao passo que o ato, ainda que repugnante, serviu como meio para salvar ao menos uma vida.

Como se percebe, ainda que se almeje a consecução de um fim bom e lícito, utilizar a morte de seu filho como meio é ato intrinsecamente mal e moralmente inaceitável, ainda que seja para salvar a própria vida. De fato, muitas vezes, em intrincadas questões de moral, não existem posições gradualistas. De um lado estará um ato heroico e no outro, uma atitude gravemente imoral. Assim, promover a morte do filho a fim de salvar a vida da mãe é conduta intrinsecamente ruim e, portanto, ilícita, apesar da boa finalidade pretendida.

De forma mais clara, impende ressaltar a diferença entre o aborto direto e o aborto indireto. No primeiro, a morte do feto é causada intencionalmente, seja como meio para atingir outro objetivo, seja como o fim visado; já no segundo, a morte do feto não é causada intencionalmente, mas sim um efeito secundário, previsto, mas não querido pelo agente.

A teoria ora esposada, da causa com duplo efeito, parece-nos bastante pertinente para solucionar o problema moral inerente às gestações difíceis, apesar de encontrar certa resistência entre alguns juristas; Nelson Hungria, por exemplo, postula que o apelo ao aborto indireto seria apenas uma forma de conciliar escrúpulos religiosos com a necessidade prática, pois que tanto vale querer um resultado, quanto assumir o risco de produzi-lo.⁹⁴

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 8ª Ed. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 268.

⁹⁴ HUNGRIA, Nelson. Op. cit. p. 308.

Com a devida vênia, discordamos da posição do renomado jurista. No dolo eventual o agente prevê o resultado e assume o risco de produzi-lo, pouco se importando se aquele sinistro vier a se concretizar - o que equivale ao dolo direto, que é efetivamente querer aquele resultado previsto. Pode-se tomar por exemplo, o caso de um motorista que dirige em alta velocidade em avenida movimentada, ou ainda do agente que na ânsia de matar seu desafeto, atira em sua direção, pouco se importando que este esteja em um lugar movimentado e repleto de pessoas, que podem, eventualmente, ser atingidas.

Tal conduta é patentemente diversa daquela adotada pelo médico que, querendo preservar a vida do nascituro e temendo que ele venha a morrer, ainda assim prescreve a uma gestante que sofre de infecção renal um antibiótico que eventualmente, poderá ter um efeito abortivo.⁹⁵

Sustentam ainda os opositores desta teoria, que o princípio serviria para justificar todas as situações, legitimando o agente que faça qualquer tipo de conduta ruim, conquanto que suas intenções fossem boas.

O que se desconsidera, é que o princípio da causa com duplo efeito não abrange todas as situações; como bem recorda Kaczor:

Vamos voltar à dentista que prevê – sem duvidar – que [o procedimento] vai causar muita dor; a dor não é de sua intenção, mas pode ainda não ser lícito causá-la. Embora a dentista apenas esteja prevendo (e não buscando) a dor torturante do procedimento, isso ainda não justifica o ato sem razão proporcionalmente séria para admitir a dor. Seja o caso de pais em busca de tratamento odontológico para a criança. A dentista explica que a dor causada pelo procedimento é extremamente severa nem pode ser minorada, e que o benefício trazido será apenas cosmético, digamos, embranquecer os dentes no fundo da boca. Em tal caso não há razão proporcionada para admitir o efeito ruim da dor torturante, mesmo se não é buscado pela dentista. Assim os pais seriam moralmente repreensíveis se o encomendassem, e a dentista, se o fizesse. De outro lado, se tal dor torturante fosse o lado ruim de intervenção para salvar a vida haveria razão séria proporcionada para se aceitar o efeito ruim. Só se ambas as condições convergem o ato em pauta é moralmente admissível. De modo que não é simplesmente exato que o princípio do duplo efeito deixe o agente fazer coisas em si más (tudo considerado) desde que com boa intenção.⁹⁶

Em que pese o ordenamento jurídico pátrio restar silente quanto à determinação da observância de um dever heroico, ressalte-se que, igualmente, o *direito* de matar o

⁹⁵ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Op. cit. p. 83

⁹⁶ KACZOR, Christopher. Op. cit. p. 172.

próprio filho para resguardar a própria vida não encontra respaldo – e nem poderia – em nossa legislação. Nesse sentido, destacamos ainda a impossibilidade de se compreender a conduta sob as demais excludentes de ilicitude, quais sejam: exercício regular de direito ou o estrito cumprimento do dever legal, pois que não há direito fundado em uma conduta tão moralmente reprovável, ainda que com ela se planeje a consecução de um fim lícito.

Em suma, considerando todo o exposto, percebe-se que o aborto como meio - e não como efeito secundário e indesejado – é ato gravemente imoral e ilícito, não podendo, sem muito custo, ser compreendido como uma excludente de antijuricidade.

Tendo em vista os princípios da intervenção mínima, que norteiam a compreensão do direito penal em nosso ordenamento, a excludente ora estudada parece enquadrar-se de forma mais acertada em uma excludente de punibilidade, na qual o Estado, apesar de ainda valorar o ato como ilícito, limita o exercício de seu *ius puniendi*.

Constatada a imoralidade e, portanto, impossibilidade de se prescindir da punibilidade do ato que prevê a morte do nascituro como meio, diretamente provocado e querido, ainda que seja para salvar a vida da mãe, em consonância com o pensamento de Cruz⁹⁷, sugerimos uma nova redação ao tipo, que, primando pelo resgate de ambas as vidas, parece-nos adequada e harmônica com os princípios constitucionais:

Art. 128 - Não constitui crime um procedimento médico, **não diretamente abortivo**, tendente a salvar a vida da gestante, que tenha como efeito secundário e indesejado, embora previsível, a morte do nascituro.

Parágrafo único: A exclusão de ilicitude referida neste artigo não se aplica:

I - se a morte do nascituro foi diretamente provocada, ainda que tenham sido alegadas razões terapêuticas

II - se era possível salvar a vida da gestante por outros procedimentos que não tivessem como efeito secundário a morte do nascituro.⁹⁸

Isto posto, passemos a análise da segunda excludente.

Nesta, procurou-se tutelar o bem-estar psicológico da gestante, vítima de estupro. Desse modo, gerar uma criança que foi fruto de um horrível episódio de violência, seria um sacrifício inexigível. Apesar de compreender a situação difícil da mulher, ressaltamos que não se afigura como razoável a prevalência da honra⁹⁹ ou do

⁹⁷ CRUZ, Carlos Luiz Lodi da. O anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/doc.php-doc=doc76755.html>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

⁹⁸ Aqui se trata de excludente de ilicitude, acertadamente fundada no estrito cumprimento do dever legal do médico que, agora não tencionando a morte de uma pessoa como meio de salvar outra, exerce de forma legítima suas prerrogativas profissionais.

⁹⁹ Optamos por manter o vocábulo utilizado pela doutrina, porém ressaltamos que, evidentemente, a vítima de estupro não perde sua dignidade em decorrência do crime.

bem-estar¹⁰⁰ da gestante em detrimento da vida do nascituro, dada a patente disparidade entre os bens jurídicos em tela, sendo este último patentemente superior.

Dado o caráter basilar do direito à vida, permitir o assassinato de uma pessoa humana é situação grave, permitida apenas em casos excepcionalíssimos em nosso ordenamento, como no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, alínea a, CF).

Ademais, questiona-se o direito de um bebê no ventre quando este é fruto de um estupro e fora concebido nas situações mais difíceis e inimagináveis. Porém, tal questionamento desaparece quando se pensa em um recém-nascido, concebido nas mesmas situações. O que diferencia um do outro? Acaso a proteção legal se encontra condicionada à critérios de idade ou desenvolvimento? Ao nascimento? Porque a morte que poderia ser realizada quando o bebê se encontrasse dentro do útero perde sua legitimidade quando este se encontra fora, ainda que a sua sobrevivência seja fonte de sofrimento para a mãe?

Demonstrada a inadequação da conduta ao Estado de Necessidade, passemos à próxima hipótese de excludente de ilicitude que poderia ser invocada:

Legítima defesa

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Aqui, a inadequação é ainda mais patente; ainda que haja uma injusta agressão à mulher, esta foi causada pelo agente e não pelo bebê que carrega, que não tem qualquer culpa do ato criminoso que o gerou. Há que se ressaltar ainda, que a agressão, neste caso, já estará consumada, restando assim descaracterizado o requisito imprescindível da atualidade ou iminência.

Caso se compreenda a gestação como uma continuidade da agressão sofrida, e o bebê, ao exercer naturalmente seu processo de crescimento na barriga da mãe como um agressor, ainda assim, sucumbe o requisito da moderação, dada a desproporcionalidade de uma legítima defesa que causa a morte a fim de repelir a agressão injusta. Tal excesso, inclusive, encontra previsão no parágrafo único do art. 23.¹⁰¹

¹⁰⁰ Aqui, pergunta-se: O aborto é medida apta para garantir a saúde física e mental da mulher que sofreu o estupro? Caso se compreenda – não sem muito custo – que sim, pergunta-se: é medida razoável aquela que pretende salvaguardar a integridade de uma pessoa através da extirpação da vida de outra, e, mais que isso, quando existem outras formas, de prestar auxílio àquela gestante?

¹⁰¹ Art. 23. Excesso Punível. Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Destarte, compreendemos como exigível o sacrifício de que a mulher violentada, carregue por 9 meses o bebê cuja origem violenta lhe é indiferente e não tem o condão de lhe tolher a personalidade, ou os direitos fundamentais mais basilares. À gestante, deve ser fornecido acompanhamento psicológico, amparo emocional e econômico em sua gestação difícil, medidas estas que pretendem tanto a preservação da vida do nascituro como a saúde psíquica da mulher.

Superado este tópico, no qual intentamos demonstrar a desproporcionalidade da posição que compreende a natureza das permissivas como excludentes de ilicitude, dada a sua inadequação aos requisitos previstos no art. 23, convém repisar o texto legal:

Art. 128 - **Não se pune** o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)
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.

A disposição é cristalina. Como já explicitado anteriormente, não se fazem necessários grandes esforços exegéticos a fim de interpretar a norma quando esta é suficientemente clara.

Quando a conduta não se caracteriza como um ilícito, o legislador de forma enfática e sem o menor embaraço, emprega a expressão ‘Não há crime’, vejamos:

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Exclusão de ilicitude

§ 2º **Não há crime** quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

De forma diversa, quando o que se procura excluir é apenas a punibilidade da conduta, a exemplo dos arts. 181 e 121, §5º, a disposição é igualmente clara, ressaltando

que de fato, não há pena sem crime mas pode haver, em nosso ordenamento, crime sem pena:

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz **poderá deixar de aplicar a pena**, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Assim, em consonância com o espírito das demais excusas absolutórias, o legislador, no art. 128 do CP tratou de situações nas quais ao crime de aborto, ainda compreendido como um fato antijurídico, não seria cominada nenhuma penalidade ao crime *já consumado*, dada a excepcionalidade das situações.

A compreensão errônea da natureza das excludentes instituiu no Brasil uma situação no mínimo aberrante: O ‘direito’ à prática de um crime, positivado como tal em nosso ordenamento, e, que, a despeito disto, é financiado e ofertado por este mesmo Estado, através do SUS, e sem qualquer apego à parâmetros mínimos comprobatórios, no caso do aborto em caso de estupro.

Nesse sentido, nota-se ainda, que a reprovação do legislador ao crime de aborto - ao contrário do que se sustenta comumente no debate público - é das mais severas, visto que ainda que sejam situações difíceis e excepcionalíssimas, não é afastada a ilicitude da conduta ou até mesmo a culpabilidade desta; o que se suprime é apenas a punição, do crime já ocorrido, e jamais a disposição de uma permissão prévia para a prática do ilícito, e, menos ainda, a previsão de que esta conte com incentivo Estatal.

Superado este ponto, em que procurou-se refletir acerca da legislação criminal vigente, e demonstrar o alto grau de reprovabilidade desta à conduta em tela, passaremos ao estudo de como o Judiciário vem se posicionando frente à esta percepção legal.

CAPÍTULO IV – TRATAMENTO JURISDICIONAL DISPENSADO AO CRIME DE ABORTO

Com o advento da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal experimentou uma grande expansão no âmbito de suas competências. Ora definido expressamente como guardião da Constituição, a ele cabe o dever de preservação da supremacia de suas normas, através do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

Bem verdade que a existência de uma Corte Suprema a deter o papel de intérprete máximo da Constituição não é novidade em nosso país, tampouco a possibilidade de exercício do chamado controle difuso - existente desde a Constituição Republicana de 1891 - ou o controle concentrado¹⁰² – introduzido pela Emenda Constitucional nº 16 de 6 de dezembro de 1965. Sendo assim, em que consiste a inovação trazida pela Constituição de 1988?

Muitos autores identificam que, com o novo documento jurídico, como uma reação à recém-superada ditadura militar¹⁰³, buscou-se, por exemplo, ampliar o acesso à jurisdição constitucional (por meio do alargamento do rol de legitimados para a interposição de ações diretas), bem como a expansão do controle de constitucionalidade, além da característica marcante de normas predominantemente principiológicas.

Tais predicados renderam à Constituição o epíteto de Constituição Cidadã, pois que possuía o escopo de construção e manutenção de uma democracia sustentável, após um longo período sob a égide de governos de exceção. Aduz Veríssimo:

(...) Adicionalmente, o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. **Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal.**¹⁰⁴ (grifo nosso)

Assim, com a constitucionalização de várias matérias – que antes refugiam ao âmbito de atuação do Judiciário – houve, no dizer de Barroso¹⁰⁵, ‘a transformação de

¹⁰² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2006. São Paulo: Atlas. 20ª Ed. p. 687

¹⁰³ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". Rev. Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dezembro. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322008000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

¹⁰⁴ VERISSIMO, Marcos Paulo. Op. Cit.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. Anuario ibero-americano de justiça constitucional, n. 13, p. 24, 2009. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

política em direito’, visto que desde então, há a possibilidade de transformação de temas eminentemente políticos como por exemplo, políticas públicas, em objetos passíveis de discussão no âmbito judicial.

Destarte, percebe-se que houve um aumento exponencial na atividade do Supremo Tribunal, culminando em um processo identificado como judicialização da política, conforme explica Barroso:

(...) A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.¹⁰⁶

Tal inteligência é necessária a fim de que se possa compreender o papel desempenhado atualmente pelo Poder Judiciário; a judicialização, como bem recorda Oliveira,¹⁰⁷ não é um fenômeno em expansão exclusivamente em nosso país, sendo igualmente verificado em diversas democracias ocidentais, tendo por consequência o desenvolvimento de uma postura ativista em vários países do mundo, em diversas culturas jurídicas distintas e sob os mais variados parâmetros.

Nesse sentido, impende ressaltar que, ainda que o ativismo judicial não se confunda com a judicialização da política, guarda com este uma ligação intrínseca:

No contexto da judicialização da política, surge um conceito igualmente importante para a compreensão do protagonismo institucional do Judiciário: o de ativismo judicial, **que expressa um modo criativo e expansivo de interpretar o direito, pela potencialização do sentido e do alcance de suas normas, para ir além da simples interpretação, com invasão da esfera de competência de outros poderes, até mesmo com o estabelecimento de novas condutas não previstas na legislação em vigor, o que resulta em contornar o processo político majoritário.**¹⁰⁸ (grifo nosso)

Ainda que importe em um deslocamento do pólo de atribuições por meio da via processual, a judicialização repousa, em última análise, no princípio do acesso à justiça, permitindo a todos a apreciação de suas demandas que versem sobre qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance.¹⁰⁹

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 25.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Letícia Fernandes de. A Cultura do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. 2016. p. 13. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/25646>>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

¹⁰⁸ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Judicialização da Política No Brasil: Os Casos das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Fidelidade Partidária. 1ª. ed. Brasília: Edições Câmara, 2016. p.35. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26900>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 25.

E é sobre este último fenômeno que gostaríamos de nos deter com mais minúcia, por considerar que a compreensão sobre a interpretação judicial dada à temática do aborto, no ordenamento jurídico brasileiro perpassa, inevitavelmente, pelo entendimento do que seria ou não uma conduta ativista.

4.1 A controversa definição de Ativismo Judicial

O termo ‘ativismo judicial’ teria sido utilizado pela primeira vez em 1947,¹¹⁰ quando o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma reportagem sobre a Suprema Corte Norte Americana o escolheu para definir a atuação dos juízes quando estes se arrogavam a faculdade de constituir o direito positivo.

Atualmente, setenta anos após o surgimento da expressão, oferecer um conceito preciso de ativismo judicial é um verdadeiro desafio, visto que há, entre os juristas, uma forte controvérsia sobre quais seriam os requisitos que uma decisão deveria possuir para que pudesse ser considerada como ativista. Além disso, a própria multiplicidade de sistemas de revisão, variáveis conforme o ordenamento jurídico que se pretende analisar dificulta o oferecimento de um conceito uno e objetivo, oponível a qualquer ordenamento.

Dada a imprecisão e a dificuldade de conceituação de tal fenômeno, frequentemente, recorre-se à alcunha de ativismo judicial a fim de depreciar aquelas decisões desfavoráveis a certo ponto de vista que se procura defender, vislumbrando, sem qualquer critério, uma usurpação das atribuições do poder Legislativo pelo Judiciário.

Por outro lado, se a decisão é favorável ao ponto de vista do interlocutor, de ativismo judicial esta se converteria em clara efetivação dos direitos constitucionais positivados e expressão perfeita do espírito do legislador.

Não possuímos, contudo, neste estudo, a pretensão de esgotar um tema evidentemente profundo; porém, como se nota, para que se possa compreender o fenômeno que ocorre no Judiciário Brasileiro atualmente, não se pode compreender tal prática ao sabor das preferências individuais de cada um. Para além da superficialidade de um ativismo que, assim como a beleza, ‘estaria nos olhos de quem vê’, faz-se necessária uma conceituação dotada de maior rigor jurídico, ainda que para tal tarefa não haja uma resposta consensual.

¹¹⁰ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. 2004. California Law Review v. 92, Issue 5. P. 7. Acesso em 07 de outubro de 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>

Para alguns autores¹¹¹, uma decisão ativista seria aquela prolatada quando o juiz usa de suas próprias convicções pessoais para decidir pela aplicação ou não da norma no caso concreto, ou ainda, inculcando no texto uma interpretação que alcance determinado resultado, transformando assim, o Judiciário em um agente de mudança social.

Ainda que tal definição se assemelhe como razoável por ressaltar que a atuação jurisdicional deve pautar-se pela imparcialidade, ressaltamos que esta nos parece ainda incompleta, visto que não raras vezes, os casos concretos apresentam situações realmente intrincadas, aos quais a lei, ainda que não seja omissa, admite interpretações variáveis.

Evidentemente, o juiz, ao decidir um caso concreto deve basear-se em valores, no contexto social que lhe é apresentado pela demanda, pela racionalidade e diversos fatores. Assim, qualquer decisão, ativista ou não, depende, em última análise, de um ato volitivo do juiz, que acolhe uma interpretação que reputa como a mais adequada ao caso.

Como já aduzido anteriormente, o ativismo pode manifestar-se de diversas formas, a depender de diversos fatores, variáveis conforme a cultura jurídica de cada país. Marshall observa que, frequentemente, na literatura jurídica, quando se faz menção a uma postura ativista, geralmente se tomam por base certos indicadores, que, não possuindo a pretensão de conceituar definitivamente o fenômeno, se revelam como bons ‘indícios’ de que a decisão em análise possui uma matriz ativista. Seriam eles:

- (1) **Ativismo Contra-Majoritário:** a relutância dos tribunais em se submeter às decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- (2) **Ativismo Não-Originalista:** a falha dos tribunais em não admitir alguma noção de originalismo na decisão de casos, seja esse originalismo fundamentado em uma fidelidade estrita ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
- (3) **Ativismo Precedencial:** o fracasso dos tribunais em acatar precedentes judiciais anteriormente estabelecidos;
- (4) **Ativismo Jurisdicional:** o fracasso dos tribunais em aderir aos limites jurisdicionais por conta própria;
- (5) **Criatividade Judicial:** a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- (6) **Ativismo Corretivo:** o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas contínuas aos outros poderes do governo ou colocar as instituições sob supervisão judicial contínua como parte de um remédio judicialmente imposto;
- (7) **Ativismo partidário:** o uso do poder judiciário para realizar objetivos claramente partidários.¹¹² (grifo nosso)

¹¹¹ HEYDON, Dyson. Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. *Australian Intellectual Property Journal*, v. 14, n. 2, p. 78-93, 2003. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2011. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 122.

¹¹² MARSHALL, William P., *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso: 11 de outubro de 2018

Como se percebe, ainda que se tratem de indícios variáveis, todos estes guardam entre si uma certa correlação harmônica, se afigurando como espécies de um gênero amplo, que capacita o jurista a distingui-los como ativismo.

Assim, em consonância com a definição de Ramos, defende-se, no presente estudo, a posição que compreende como ativista a postura do juiz que, extrapolando os limites que lhe impõe o ordenamento jurídico no qual se insere, acaba por desnaturar a própria atividade jurisdicional que lhe é típica em detrimento dos demais poderes, vejamos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à **ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.** [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com **incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.**¹¹³

No cenário brasileiro, destacamos a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação no tocante à conduta do abortamento, constitui o cerne do presente estudo.

Transposta esta breve introdução, bem como o conceito de ativismo, passemos à análise da jurisprudência pertinente, buscando clarificar se as decisões do tribunal extrapolaram o rol de competências constitucionalmente previstas no art. 103 ou se o debate que frequentemente atribui ao Supremo a alcunha de ativista, ao menos neste tocante, se revela tão somente como um mero artifício retórico.

Adaptado de: “(1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives”

¹¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

4.2 ADPF 54 – Aborto de Fetos Anencefálicos

No dia 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), impetrou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante a Suprema Corte. Nesta ação, com esteio nos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além do direito à saúde, pleiteava-se o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128 incisos I e II do Código Penal, que tipificam o crime de aborto não prevendo qualquer excludente que ampare a legitimidade do aborto de fetos anencefálicos.

A anencefalia é uma das anomalias congênicas mais comuns em nosso país¹¹⁴, e consiste em um grave defeito na formação do tubo neural, que leva a falhas na formação do encéfalo e das estruturas cranianas:

(...) é uma anomalia grave do cérebro que resulta de uma falha no fechamento do neuroporo rostral durante a quarta semana. **Como consequência, o primórdio do encéfalo anterior é anormal, e o desenvolvimento da calvária é defeituoso. A maior parte do encéfalo do embrião fica exposta** ou faz extrusão através do crânio - exencefalia. Por causa da estrutura evasacularização anormais do encéfalo exencefálico, **o tecido nervoso sofre degeneração**. O restante do encéfalo aparece como uma massa esponjosa vascular constituída principalmente de estruturas do encéfalo posterior. Apesar de esse DTN denominar-se **anencefalia** (Gr. *an*, sem, + *enkephalos*, cérebro), **um tronco encefálico rudimentar e um tecido nervoso funcional sempre estão presentes em crianças vivas**. Por esse motivo, a meroanencefalia (Gr. *meros*, parte) é um nome mais adequado para essa anomalia. **A meroanencefalia é uma anomalia letal comum, que ocorre pelo menos uma vez em cada 1.000 nascimentos.**¹¹⁵ (grifo nosso)

Diante disto, considerando a pouquíssima sobrevivência do nascituro portador de tal enfermidade, bem como o sofrimento causado à gestante, dada a certeza da morte de seu bebê, pedidos judiciais para a autorização do aborto eram comuns nestes casos, totalizando cerca de 3 mil, até o ano de 2005.¹¹⁶

É neste contexto que a questão foi posta para apreciação do Supremo. Cabendo a relatoria ao Ministro Marco Aurélio, este a concedeu, à época, o pedido de tutela de

¹¹⁴ Disponível em <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm> Acesso em 14 de outubro de 2018.

¹¹⁵ MOORE, Keith L. Op. Cit. p. 414

¹¹⁶ Dado mencionado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, p. 32.

urgência, posteriormente cassado pelo Pleno, que entendeu haver no deferimento a antecipação do próprio mérito da demanda.

Em 2012, a ação foi julgada procedente, por oito votos contra dois. Dito isto, passemos à exposição do julgado.

4.2.1 Corrente Majoritária

Iniciando a exposição de seu voto, o ministro Marco Aurélio relembrou o caráter laico de nossa República, pontuando que a questão não poderia ser analisada sob o prisma de orientações morais religiosas; explanou ainda o conceito de anencefalia, evidenciando que, o bebê anencéfalo, apesar de possuir batimentos cardíacos e respiração, está em um processo rigorosamente igual aquele que sofre a vítima de morte cerebral.

Nessa toada, visto que o conceito de morte frequentemente adotado em vários ordenamentos se baseia na ausência de atividades cerebrais, também o anencéfalo, por não ter cérebro (ou ainda quando presentes algumas partes, de igual modo a expectativa de vida do bebê resta ínfima e incerta) não teria vida, levando o ministro a concluir pela *atipicidade* da conduta, visto que o crime de aborto tutela a vida em potencial, e, ‘no caso do anencéfalo, não existe vida possível’. Na mesma senda, caminhou a ministra Rosa Weber, que, concluindo pela atipicidade do fato, enfrentou a questão sob três enfoques distintos, quais sejam: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico.

Prosseguindo, o relator defendeu que a literalidade do Código Penal estaria em harmonia com os diagnósticos próprios da época, que à década de 40, eram evidentemente obsoletos; assim, o legislador foi omissos simplesmente por não dispor de métodos avançados de diagnóstico.

Já antecipando a tese de que a mudança na legislação estaria em discrepância com a vontade do legislador, aduz a ministra Rosa Weber, que, realmente, é o querer do legislador – e não do juiz - que deve vincular a ação dos indivíduos em sociedade, pois que estes sim, gozam de representatividade. Mas não obstante esta inteligência, considera que a legislação pátria não protege a vida do feto em todas as situações. Veja-se:

(...) Mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho

quando sofre estupro. O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteja, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe. O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. **Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.**¹¹⁷ (grifo nosso)

Por fim, concluindo seu substancioso voto, o ministro Marco Aurélio ressalta o caráter não absoluto do direito à vida, havendo que se considerar também o direito à saúde, dignidade, autonomia, liberdade e privacidade da mulher, que se contrapõem à preservação do anencéfalo. Dada a ocorrência de uma gestação fadada ao fracasso, não caberia ao Estado impor às mulheres o sentimento de que seriam meras incubadoras humanas – no caso de gestarem os bebês, para a doação de órgãos – ou ainda, de ‘caixões ambulantes’.¹¹⁸

No tocante ao direito à liberdade, destacou o direito da mulher à autodeterminação, de agir conforme sua vontade em caso de absoluta inviabilidade da vida extrauterina, ressaltando que não se trata de impor a antecipação do parto à todas, mas somente, de disponibilizar o procedimento aquelas que assim o desejassem. Destacamos:

Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. **Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez,** para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento.¹¹⁹ (grifo nosso)

Da mesma forma, compreendeu a ministra Carmem Lúcia, fundamentando seu voto essencialmente na consideração dos direitos da gestante, bem como na consideração da laicidade estatal.

Retomando o voto da ministra Rosa Weber, destacamos a percepção desta, também adotada pelo ministro Ayres Britto,¹²⁰ de que a criminalização do aborto pelo Estado, nesses casos, seria comparável à tortura:

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. p. 123.

¹¹⁸ Ibid., p. 68.

¹¹⁹ Ibid., p. 36.

¹²⁰ Ibid., p. 265.

(...) **a imposição da gestação contra a vontade da mulher é tortura física e psicológica em razão de crença** (não importa se institucionalizada por meio de lei ou de decisão jurídica, ainda é mera crença), **nos exatos termos da Lei dos Crimes de Tortura**. E não se trata, neste ponto, de comparar duas leis de mesma hierarquia, mas de usar a definição legal da proteção de um direito humano básico, que é a **garantia da integridade individual** (é o art. 5º, III, da Constituição que está em jogo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).¹²¹ (grifo nosso)

O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, pautou seu entendimento também na autodeterminação da gestante, conforme já defendido anteriormente nos demais votos, mas também nos diferentes graus de tutela penal da vida humana. Para ele, as diversas fases do desenvolvimento humano receberiam do ordenamento pátrio um grau diferente de proteção, razão pela qual há uma gradação nas penas de aborto, infanticídio e homicídio.

Citando o professor Claus Roxin, aduz o ministro que a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem, e que a morte encefálica encerra a proteção jurídica à vida.¹²² Assim, constatado o quadro de anencefalia, o bebê, que na concepção possuía todos os seus direitos assegurados, perde a proteção jurídica que lhe fornecia o artigo 124 do Código Penal, dado o diagnóstico irreversível.

O Ministro Luiz Fux, considerando o fato ainda como antijurídico - afastando-se, portanto da corrente que defende a atipicidade da conduta – acrescenta uma consideração acerca da proporcionalidade da criminalização da gestante, que realiza o aborto a fim de pôr termo à dor moral, que lhe é imposta legalmente, de carregar no ventre um filho morto.

Sustenta ainda, que o aborto seria uma questão de saúde pública, e não de Direito Penal, devendo ser tratada através de políticas de assistência social eficientes, que garantam o apoio à gestante, e não por meio de repressão criminal.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, teceu considerações acerca da laicidade, bem como expôs o tratamento da questão sob o prisma do direito comparado, citando vários países nos quais a conduta não é passível de repressão penal.

Menciona ainda, os riscos à gestante, que embora não sejam tão graves como no aborto necessário, ainda existem. Por fim, rejeitando a corrente que concebe o fato como

¹²¹ Ibid., p. 133.

¹²² Ibid., p. 151.

atípico, o ministro sustenta que a Corte estaria diante de uma nova excludente de ilicitude, vejamos:

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.¹²³ (grifo nosso)

Finalmente, no último voto vencedor, temos a argumentação do ministro Celso de Mello. Nele, ressaltou-se a atuação do movimento feminista, cuja atuação na transformação das instituições sociais rendeu notáveis avanços aos direitos das mulheres; discorre sobre a igualdade que deve haver entre os gêneros, bem como os direitos reprodutivos que também devem ser avaliados, na análise da questão.

No tocante à inviolabilidade do direito à vida, o ministro recorda que para além de uma adesão a qualquer credo, o direito à vida reveste-se de inegável fundamentalidade, não importando, portanto, os modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, visto que em qualquer contexto histórico, o valor incomparável da pessoa humana, representará sempre ‘o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais’.¹²⁴

Em consonância com o teor dos demais votos, também considera que, para a aplicação do Direito, as autoridades devem despojar-se de quaisquer pré-compreensões confessionais, dada a laicidade do Estado.

Ressalta também o papel do Supremo, em extrair do texto constitucional a sua *máxima eficácia*. Sustenta que o Poder Judiciário consiste no instrumento concretizador das liberdades civis e direitos fundamentais. Assim, incumbe ao magistrado, a defesa incondicional de tais preceitos, além de conferir-lhes efetividade. Dito isto, o ministro entendeu que seria imperioso viabilizar em favor da gestante e do profissional de saúde, a prática da ‘interrupção do processo fisiológico de gestação de feto acometido de anencefalia’ sem que se incorra nas sanções penais previstas.

Exposto o teor dos votos vencedores, passemos à corrente minoritária.

¹²³ Ibid., p. 302.

¹²⁴ Ibid., p. 326.

4.2.2 Corrente Minoritária

De maneira diversa, no entanto, compreenderam os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

O primeiro, em sua exposição, ressaltou que à época da promulgação do Código, em 1940, bem como posteriormente, em sua reforma em 1984, já haviam diversas técnicas médicas, como o exame do líquido amniótico, capazes de detectar várias patologias fetais. Assim, tanto à época da elaboração do Código, quanto na sua reforma, o legislador, de modo bastante explícito e consciente, não excluiu do âmbito de incidência da norma o aborto do feto mal-formado.

Prosseguindo, aduziu que, como Corte Constitucional que é, ao Supremo Tribunal Federal cabe o papel de legislador negativo, cuja relevante função é retirar do ordenamento as normas incompatíveis com a Constituição e, jamais, a ‘pretexto de empreender uma interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana.’¹²⁵

Ademais, a decisão favorável, teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção de qualquer gestação com pouca ou nenhuma expectativa de vida extrauterina, visto que a anencefalia, não é a única doença congênita letal.

Outrossim, o Congresso Nacional - casa que goza de legitimidade para a discussão desta problemática - não é alheio a matéria, havendo pelo menos, dois projetos de lei que pretendem sua normatização.

Merece especial atenção o voto do ministro Cezar Peluso, que igualmente substancial como o voto do relator, traz à baila, com bastante clareza, as principais considerações da corrente minoritária.

Inicialmente, estabelece diferenças profundas entre o paciente de morte encefálica e o caso do bebê anencéfalo. A morte encefálica é uma situação irreversível, na qual não há nem mesmo a respiração espontânea, que não é a situação do anencéfalo; à isto, some-se a falsa ideia de que o anencéfalo não possui cérebro, quando na verdade, o que ocorre é a ausência de partes do encéfalo, em graus variáveis; e por fim, a morte encefálica representa uma interrupção definitiva do processo vida, diagnosticada para fins de transplante (critério utilitário, não isento de críticas no âmbito médico e muito menos

¹²⁵ Ibid., p. 245.

no âmbito jurídico); por outro lado, a condição do anencéfalo integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo que chamamos de vida.

Defende ainda, que o fato de o anencéfalo ter vida – pois que morto fosse não haveria a necessidade de discutir sobre a possibilidade de matá-lo – somado a sua pertença à espécie humana, conforme nosso ordenamento, lhe garante seus direitos fundamentais, apesar de sua deficiência ou mesmo da *mutilação* ‘apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade’¹²⁶, que não lhe roubam sua dignidade inata, nem podem transformá-lo em coisa ou objeto desvalioso ao Direito, vejamos:

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, **não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irremissibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano.** Independentemente das características que assuma na concreta e singular organização de sua unidade psicossomática, a vida vale por si mesma, mais do que bem humano supremo, como suporte e pressuposição de todos os demais bens materiais e imateriais, e nisto está toda a racionalidade de sua universal proteção jurídica. **Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.**¹²⁷
(grifo nosso)

No que se refere à laicidade, invocada amiúde na fundamentação dos votos vencedores, destaca ele que tal remissão é imprópria, visto que o caso em tela trata de um **crime** tipificado como tal em nosso ordenamento, ao qual a Suprema Corte carece de competência para abolir, ainda mais sob tal fundamento.

Ainda que a sobrevivência do nascituro seja ínfima, declara que o argumento de ceifá-la por economia, impulso defensivo ou falsa piedade para com o feto portador da mal formação são absolutamente incompatíveis com a ordem constitucional, dada a dignidade intrínseca da pessoa humana, que não pode ser relativizada fora das hipóteses legais específicas, tampouco os portadores da anencefalia podem ser classificados

¹²⁶ Ibid., p. 384.

¹²⁷ Ibid., p. 393.

segundo uma escala cruel e sempre arbitrária, que definiria quem tem direito à vida ou não.

Prossegue ainda sustentando que a viabilidade extrauterina do feto não constitui requisito para o crime de aborto, motivo pelo qual, descabe a consideração de que se trate de fato atípico.

No tocante à inevitabilidade da morte, relembra que tal constatação é verídica não só para o anencéfalo, mas para qualquer pessoa. A alegação de que a morte possa ocorrer *no máximo algumas horas após o parto* não altera a conclusão de que atestada a existência de vida em certo momento, ‘nenhuma consideração futura é forte o bastante para justificar-lhe deliberada interrupção. Doutro modo, seria lícito sacrificar-se, igualmente, o anencéfalo neonato.’¹²⁸

Retomando a dificuldade inerente ao diagnóstico da doença, postula que a doença se revela em vários graus, variáveis de paciente para paciente, não havendo a ausência do encéfalo, mas sim de partes dele, motivo pelo qual não há que se falar em anencefalia, e sim em *merocefalias*. Relembra com isto, o caso da menina Marcela de Jesus, que apesar de ter sido diagnosticada com anencefalia viveu um ano, oito meses e doze dias de vida¹²⁹, sendo a causa de sua morte – pneumonia -, totalmente desvinculada de sua má-formação congênita.

Interpretado o caso como um erro de diagnóstico, a situação de Marcela em nada aproveita à tese vencedora, mostrando somente os graves riscos da multiplicação desastrosa de abortos fundamentados em patologias inexistentes.

Analisando a analogia feita com a tortura, o ministro nota que para que reste caracterizado o crime, não basta que se trate de uma situação de intenso sofrimento físico ou mental, mas que esta deve ser causada intencionalmente ou que possa ser evitada. Ora, é evidente que a má-formação de um bebê não pode ser legalmente evitada. Por outro lado, pergunta-se, quem estaria a infligir tal tortura à mãe? O bebê? O Poder Legislativo *em sua omissão*? Ou ainda, o Poder Judiciário, que ‘recursando-se a usurpar a função legiferante, não se sente autorizado a reconhecer-lhe a atipicidade ou criar *ex nihilo* excludente de punibilidade?’¹³⁰

¹²⁸ Ibid., p. 394.

¹²⁹ O ministro pontua, porém, que o fato de Marcela ter vivido um tempo bastante razoável, é para ele irrelevante. Ainda que vivesse apenas alguns minutos, sua extirpação do ventre materno seria conduta igualmente reprovável para nossa ordem jurídica.

¹³⁰ Ibid., p. 404.

Assim, continua ele, o sofrimento da mãe, que é inegável, não pode ser imputado a qualquer agente, tampouco ao Estado, que não possui qualquer ingerência sobre a natureza ou o acaso. Arrematando seu raciocínio, conclui:

A causa de seu **sofrimento natural e compreensível é o acaso genético, enquanto falha da própria natureza humana, donde lhe não ficar título jurídico válido para obstar à dor** mediante sacrifício de vida alheia inocente. (...) Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que **a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída a fórceps para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima.** Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de *justificar*, isto é, **tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana.**¹³¹ (grifo nosso)

Continuando sua exposição, ressalta ainda, que pretender legitimar a conduta recorrendo à existência de riscos à vida da mãe é, evidentemente, descabida, já havendo excludente de punibilidade neste sentido; ademais, em consonância com a argumentação esposada pelo ministro Lewandowski, sustenta a impropriedade da atuação do Supremo como legislador positivo, tarefa de competência exclusiva do Legislativo, que, como intérprete das normas culturais da sociedade deve decidir quais são as diretrizes determinantes na edição das normas jurídicas.

Por fim, o ministro ressalta a impertinência da evocação de *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, à qual se deveria reconhecer a autonomia para livrar-se de uma gestação dolorosa e incômoda. Ora, esta consideração baseia-se numa compreensão distorcida de tais direitos; conforme rol fornecido pelo SUS, os direitos sexuais e reprodutivos se afiguram como o direito a informações, ao planejamento familiar, bem como ao direito de exercer a sexualidade de forma livre, dentre outros, que são nada mais que derivações do próprio conceito de liberdade pessoal da mulher.

No entanto, compreender que dentre eles se encontra o direito absoluto de eliminar a vida intrauterina é, nas palavras do ministro, ‘insustentável demasia’.

¹³¹ Ibid., p. 407.

Diante de todo o exposto, o Tribunal, nos termos do voto do relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação – ou melhor dizendo, da literalidade do Código - segundo a qual estaria incluída entre as condutas tipificadas em nosso ordenamento o crime de aborto de feto anencefálico.

Terminada a exposição do teor dos votos, gostaríamos de tecer algumas breves considerações sobre o julgado.

Inicialmente, salta aos olhos a fragilidade da alegação de que houve omissão legislativa; conforme já sustentado anteriormente, o legislador simplesmente não incluiu entre as excludentes de punibilidade os abortos de bebês acometidos de quaisquer má-formações congênitas em reta conformidade com os princípios norteadores de nosso ordenamento, e não por mero desconhecimento.

De toda sorte, ainda que se pudesse conceber que realmente, houve inconstitucionalidade por omissão legislativa quanto à esta problemática, a ação do Supremo, conforme previsto no art. 103, §2º, seria de cientificar o órgão competente para a adoção das medidas pertinentes, e não, arrogar-se a faculdade de legislador a fim de corrigir as *falhas* de outro Poder:

§ 2º Declarada a **inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias** e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (grifo nosso)

Há, no caso em apreço, postura claramente ativista por parte dos ministros da Suprema Corte, desviando-se das atribuições constitucionais que lhe são postas, fato este que foi inclusive louvado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, cujo trecho transcrevemos anteriormente. O próprio relator da ADPF, o ministro Marco Aurélio, não esconde sua pretensão de que, com as discussões acerca do aborto de fetos anencefálicos, ocorra a legitimação de seus próprios ideais, através da construção de precedentes mais amplos acerca da temática, que culminem até mesmo na completa descriminalização da conduta, posto que ambos guardam entre si um ponto em comum: o direito de decisão da mulher. Vejamos:

(...) o debate atual [sobre o tema do aborto em casos de anencefalia] **é um passo importante para que nós, os ministros do supremo, selecionemos elementos que, no**

futuro, possam respaldar o julgamento do aborto de forma mais ampla. O tema anencefalia é um gancho para discutir situações mais abrangentes. Em minha opinião, os casos de interrupção de gestação de anencéfalo e os de aborto de forma mais abrangente, quando a gravidez não é desejada, possuem um ponto importante em comum: o direito de a mulher decidir sobre a própria vida. É preciso esclarecer que a vida pressupõe o parto. O código civil prevê o direito do nascituro, ou seja, daquele que nasceu respirando por esforço próprio. Enquanto o feto está ligado ao cordão umbilical, a responsabilidade é da mulher que o carrega. **Meu tempo na corte dura mais oito anos, quando completarei 70 anos. E tenho certeza de que ainda estarei aqui quando essas discussões acontecerem.**¹³² (grifo nosso)

Ainda que se sustente, como fez a Ministra Carmen Lúcia em seu voto¹³³, que o Supremo não estaria, naquele julgamento, decidindo nem permitindo o aborto no Brasil, ou usurpando as funções de outro Poder, a afirmação, com a devida vênia, apesar de reconfortante, parece não corresponder à realidade fática.

De fato, a concepção de que haveriam hipóteses legais de aborto, culminam na inteligência de que, em se tratando de um direito garantido juridicamente às mulheres em situações difíceis, analogicamente, porque não estender este direito às outras situações igualmente intrincadas?¹³⁴

Outrossim, é passível de crítica a argumentação esposada pelos ministros a fim de descriminalizar o aborto; não tentando fazer uma repetição enfadonha da cristalina exposição feita pelos ministros Lewandowski e Cezar Peluso, ressaltamos apenas a patente contradição da corrente que, ora defende a atipicidade da conduta, considerando que o anencéfalo se trata de um morto, sendo ‘a anencefalia e vida termos antitéticos’, para logo depois pleitear a descriminalização da conduta com base na baixa expectativa de vida extrauterina.

Ademais, a posição que considera a descriminalização como uma postura ‘neutra’ não poderia se revelar mais frágil. Como já exposto, não pode haver neutralidade em se tratando de tipos penais; afirmar que não se trata de obrigar todas as mulheres a abortar, mas apenas garantir aquelas que desejarem, não enfrenta a raiz do problema, e gera uma situação no mínimo absurda, na qual a vontade materna determinaria o direito de vida e de morte do bebê anencéfalo.

¹³² MELLO, Marco Aurelio de. Pelo fim da hipocrisia, de 03 de setembro de 2008. Revista Veja. Entrevista concedida a Adriana Dias Lopes. Apud. AGUIAR FILHO, Ricardo Rocha. Aspectos Centrais da Expansão do Ativismo Judicial no Âmbito do Supremo Tribunal Federal. 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/25658>>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

¹³³ Ibid., p. 172

¹³⁴ Conforme já esposado no capítulo anterior, o legislador tratou de escusas para o crime já consumado, não havendo, repise-se, uma permissão prévia ou a chancela de que o crime, agora lícito e regulamentado por meio de normas técnicas, seja fornecido pelo SUS.

Dito isto, questiona-se: ao reduzir a condição do bebê portador de anencefalia à mera coisa incômoda a fim de poder abortá-lo, o que torna este mesmo bebê, agora filho de uma mãe quer prosseguir com a gestação assegurado em seu direito à vida? É a vontade materna que o torna pessoa?

Caso se admita a personalidade do anencéfalo, porque a sua imperfeição somada ao sofrimento materno é requisito suficiente para fazer cessar a imoralidade de matá-lo?

Se por outro lado, o anencéfalo não é pessoa, a mãe que decidiu prosseguir com a gravidez não poderá, por exemplo, exercer o direito do nascituro de receber alimentos gravídicos?

Em síntese, a fim de corrigir uma suposta inconstitucionalidade por omissão, a Suprema Corte, em seu procedimento, incorre em clara inconstitucionalidade por ação formal, perante a qual não há possibilidade de recurso.¹³⁵

4.3. Habeas Corpus 124.306/RJ

No ano de 2012, a Polícia Civil do Rio de Janeiro deflagrou a ‘Operação Herodes’, que tinha por objetivo a desarticulação de organizações criminosas que exploravam a atividade ilegal do aborto. A investigação, que perdurou por 15 meses, resultou em 75 mandados de prisão preventiva, 118 mandados de busca e apreensão, além da determinação da prisão de 14 servidores públicos, 10 médicos (além de um falso médico) e 3 advogados.

A organização criminosa dividia-se em sete núcleos – Copacabana, Tijuca, Botafogo, Bonsucesso, Guadalupe, Campo Grande e Rocha - espalhados pelo Estado, que forneciam às mulheres até o sétimo mês de gestação - inclusive menores de idade - os procedimentos abortivos, microcirurgias em abortos tardios, prescrição de medicamentos abortivos e pós-aborto, além de posterior revisão médica.

Além do crime de Aborto (art. 126 CP), foram apurados os crimes de Corrupção Passiva (art. 317, § 1º), Prevaricação (art. 319, CP), Exercício Ilegal da Medicina (art. 282, CP), Associação para o Tráfico de Drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006), Corrupção ativa (art. 333, CP) e Associação Criminosa e Armada (art. 288, CP).

¹³⁵ BRASIL. Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. “Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

Os valores cobrados pelas clínicas variavam de R\$ 1.000,00 até R\$ 7.500,00, pelos quais se estima que cada núcleo, auferia um lucro mensal de até R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Além disso, com base em documentos apreendidos na clínica do Bonsucesso, verificou-se a ocorrência de cerca de dois mil procedimentos realizados, com uma receita provável de R\$ 2.771.150,00¹³⁶.

Em 14 de fevereiro de 2013, foram presos em flagrante, atuando na clínica de abortos em Duque de Caxias¹³⁷ os integrantes do núcleo de Campo Grande. Carlos Eduardo, médico, responsável por realizar os procedimentos abortivos; Rosemere, proprietária do estabelecimento, organizava e liderava a ação da quadrilha, além de manter o contato telefônico com as gestantes e distribuir os lucros; Débora, recepcionista da clínica, que atuava angariando mulheres e guiando-as até o veículo, onde o Sr. Jadir fazia o transporte destas da clínica até o ponto acordado e vice-versa. Já ao quinto integrante, Edilson, inspetor da PCE/RJ incumbiam as funções de segurança, alertando os demais na hipótese de chegada de agentes da lei.

Na data da prisão em flagrante, Edilson assumia a condução de um veículo a fim de dar fuga a algumas mulheres, tanto as que já haviam se submetido ao procedimento como aquelas que ainda aguardavam a sua realização. Além destas, também a denunciada Rosemere – apreendida com a quantia de R\$20.000,00 em espécie dentro de sua bolsa – e Carlos Eduardo, que, a fim de realizar a fuga, interrompeu o procedimento abortivo que realizava, assumindo o risco de matar a vítima Cinthia Alves, deixando-a com intenso sangramento em uma maca. O delito não se consumou por circunstâncias completamente alheias à vontade do agente, graças aos esforços da polícia, que, encontrando-o – escondido na caçamba da pick-up, com luvas ensanguentadas e apetrechos utilizados nos procedimentos - o compeliu a retornar para a sala e estancar o sangramento.

Assim, visando a garantia da ordem pública bem como a periculosidade dos agentes, o Ministério Público apresentou pedido de convocação da prisão em flagrante em prisão preventiva, o que fora indeferido pelo Juiz da Comarca de Duque de Caxias, concedendo a liberdade provisória dos indiciados, independentemente do pagamento de fiança.

¹³⁶ As informações foram obtidas no slide disponibilizado pela Polícia Civil. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/alerj/herodes-slide>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

¹³⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/03/policia-fecha-clinica-de-aborto-e-prende-10-durante-acao-em-caxias-rj.html>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

Diante disso, o Ministério Público, pretendendo a reforma da decisão prolatada, interpôs Recurso em Sentido Estrito perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, distribuído para a quarta Câmara Criminal, a qual em fevereiro de 2014, deu unânime provimento ao apelo, determinando a expedição dos mandados de prisão preventiva dos indiciados.¹³⁸

A defesa então, interpôs habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, não conhecido por unanimidade, nos termos do voto da relatora Maria Theresa. No acórdão, considerou-se que o habeas corpus foi impetrado de forma indevida, pois no caso em questão, seria cabível o recurso ordinário constitucional. Além disto, considerou-se inviável a soltura dos pacientes, dada a fundamentação idônea da necessidade de manutenção da prisão cautelar.¹³⁹

Contra a decisão supracitada, impetrou-se então, o HC 124.306/RJ, perante o Superior Tribunal Federal, distribuído para a Primeira Turma, cabendo a relatoria ao Ministro Marco Aurélio. Em dezembro de 2014, o ministro concedeu liminar em benefício dos acusados Edilson e Rosemere, estendendo, em junho de 2015, os efeitos da decisão aos demais corréus, Débora, Jadir e Carlos Eduardo. Posteriormente, a liminar foi cassada, tendo em vista parecer da Procuradoria-Geral da República.

Iniciado o julgamento, em seu voto, o ministro defendeu a admissibilidade da impetração substitutiva, dada a gravidade do bem em apreço, qual seja o direito de ir e vir; aduz ainda, que a concessão de liberdade aos acusados não ofereceria risco ao processo, visto que teriam comparecido regularmente à última audiência de instrução, quando já soltos, em 2015. Por fim, ressalta que a tentativa de escapar do flagrante como fundamento da prisão preventiva, é neutra, havendo que se considerar a garantia dos indiciados à não autoincriminação.

No tocante ao voto do Ministro Barroso, achamos por bem dispensar-lhe especial atenção, pelos motivos que passaremos a expor.

¹³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. TJ/RJ. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: Rse 0065502-27.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Eduardo F. Duarte. DJ: 12/03/2014. 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000492B9812E1744B18F0DBF607ACBB186EFC50262120E1B&USER=>>. Acesso em 27 de outubro de 2018.

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 290.341-RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 04/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1346850&tipo=0&nreg=201400534269&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140916&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

Inicialmente, reconhecendo o não cabimento do Habeas Corpus como substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional, Barroso perquire se haveria a possibilidade da concessão da ordem de ofício, em razão da excepcionalidade da matéria. Isto posto, sustenta a ausência dos requisitos para a decretação de prisão preventiva, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal¹⁴⁰; ressalta que não haveriam elementos individualizados que evidenciassem a necessidade de custódia dos réus, ou mesmo o *risco de reiteração delitiva dos pacientes*.

Para ele, a prisão se torna ainda menos justificável ao se considerar que os réus: (i) são primários e com bons antecedentes; (ii) têm trabalho e residência fixa; (iii) têm comparecido devidamente aos atos de instrução do processo; e (iv) cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação.¹⁴¹ Tais motivos, assevera Barroso, já seriam suficientes para o afastamento da custódia preventiva em favor dos corréus, mas o ministro vai ainda além. Na terceira parte do voto, inicia uma longa exposição afirmando a incompatibilidade dos tipos penais imputados aos réus – art. 126 CP, aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante - com a Constituição Federal. Barroso destaca, porém, que não está a fazer uma defesa da disseminação do procedimento, mas pelo contrário; o que se pretende é tão somente transformá-lo em um procedimento *raro e seguro*.¹⁴²

Dito isto, pontua que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes, podendo, eventualmente, entrar em colisão entre si. Nestes casos, há que se fazer uma análise conforme o princípio da proporcionalidade a fim de assegurar a ‘razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida’. Assim, a proporcionalidade dividir-se-ia em três subprincípios, quais sejam: adequação, relacionada à idoneidade da medida; necessidade, que prevê a vedação ao excesso e por fim, a proporcionalidade em

¹⁴⁰ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação de lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011)

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em 28 de outubro de 2018. p. 12

¹⁴² Com a devida vênia, a observação do ministro é, no mínimo, ingênua. Como visto anteriormente, a descriminalização do aborto, obviamente, não reduz a sua prática, bem como a morte de uma pessoa humana intraútero é ideia claramente incompatível com o conceito de ‘procedimento seguro’. A isto, some-se que nos ditos ‘abortos legais’ também ocorrem mortes maternas. Em 2015, em nosso país, foram 3 mortes por abortos realizados nessas circunstâncias, conforme dados do DATASUS. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def>> Acesso em 30 de outubro de 2018.

sentido estrito, que consistiria na análise do custo benefício se a medida daquilo que se ganha é mais valioso que aquilo que se perde com a decisão tomada. ¹⁴³

Prossegue ele que, para a controvérsia existente entre o direito do nascituro à vida e os direitos da mulher, não haveria solução jurídica; a decisão, nesses casos, dependeria sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um. No entanto, exista vida ou não, é incontestável que esta depende da mulher. Assim, diante de tal premissa incontestável, não seria razoável impor a uma mulher nas semanas iniciais de sua gestação, que leve sua gravidez a termo, como se esta portasse um útero ‘a serviço da sociedade’.¹⁴⁴

Tal imposição, desproporcional, violaria o direito à integridade física e psíquica da mulher, bem como de seus direitos sexuais e reprodutivos; aduz ainda uma violação à igualdade de gênero, pois que, sendo a mulher aquela que suporta o ônus integral da gravidez – visto que, obviamente, os homens não engravidam - só haveria igualdade plena se a esta fosse reconhecido o direito de decidir sobre a manutenção da gestação ou não.

Por fim, finaliza este subtópico, tecendo considerações acerca da discriminação social e do grande impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, que morrem em clínicas clandestinas enquanto que mulheres ricas têm acesso a médicos e clínicas particulares.

Retomando o princípio da proporcionalidade invocado alhures, acrescenta a defasagem da legislação penal, provada pela decisão do Supremo na ADPF 54; assim, também a questão do aborto até o 3º mês de gestação precisa ser revista à luz dos novos valores introduzidos com a Constituição de 1988, dos novos costumes, e de uma perspectiva mais cosmopolita.

No que tange ao princípio da adequação, assevera que a criminalização não é completamente eficaz para proteger a vida do feto, sendo, do ponto de vista penal, uma reprovação meramente simbólica. No princípio da necessidade, pontua que se faz necessária a verificação se não haveriam meios alternativos, que protejam a vida do nascituro ao mesmo tempo que não impliquem em tamanha restrição aos direitos das mulheres. Para ele, a descriminalização nos estágios iniciais da gravidez seria medida eficaz, aliada à programas de planejamento familiar, bem como um maior acesso à educação sexual e métodos contraceptivos, além de uma rede de apoio à grávida em

¹⁴³ Ibid., p. 15.

¹⁴⁴ Ibid., p. 17.

situação de vulnerabilidade social. Tais medidas evidenciarão a incompatibilidade da tutela penal ao princípio da necessidade.

Finalmente, invocando o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, percebe ele que a tipificação penal implica em grave ofensa aos direitos das mulheres, e, não obstante, confere apenas uma proteção reduzida ao nascituro. Por todo exposto, arremata seu pensamento da seguinte forma:

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 penal 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 potencialidade de vida fora do útero materno.** Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, **para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.**¹⁴⁵ (grifo nosso)

Desse modo conclui, ‘em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses’, que não há pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, qual seja: a própria existência de crime.

Os ministros Edson Fachin – em voto bastante sucinto - e Rosa Weber acompanharam o voto, pelo não conhecimento, mas afirmando a possibilidade da concessão da ordem de ofício.

A ministra reputando como acertada a interpretação conferida à lei penal pelo ministro Barroso, também fundamentou seu convencimento na desproporcionalidade do uso da tutela penal, questionando se a aceitabilidade ética ou moral do aborto seria tão reprovável nas sociedades contemporâneas que legitimassem a criminalização estatal do aborto, ainda no primeiro trimestre.

Evoca ainda, o caráter não absoluto do direito à vida, conforme debatido e decidido no julgamento da ADPF 54 e da ADI 3.510. Nesse sentido, estabelece ligações

¹⁴⁵ Ibid., p. 27.

com o direito comparado, onde a viabilidade extrauterina do feto é considerada para o exercício do *direito* de abortar.

Assim, por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem de ofício, determinando a soltura dos pacientes, nos termos do voto do ministro Barroso, que presidia a sessão. Vencido o ministro Marco Aurélio, que defendia a admissibilidade do writ.

Finda a exposição, tendo em vista que não houve relevante dissenso no julgamento, passaremos à crítica dos principais pontos aludidos pela Turma.

Primordialmente, salta aos olhos o abrandamento da conduta dos agentes por parte dos ministros, ao vislumbrar que o afastamento da prisão cautelar não ofereceria risco ao processo, ou sequer à ordem pública. Tornou-se mera insignificância o fato de que os agentes integravam uma quadrilha que explorava economicamente uma atividade ilícita, com tentáculos que se estendiam até mesmo às Instituições Públicas e angariavam inclusive, mulheres de outros Estados.

Na mesma senda, ignorou-se o fato de os pacientes **não** cumprirão pena ‘no máximo em regime aberto caso condenados’, visto que não eram indiciados apenas pelo crime de aborto, mas também pelos crimes de associação criminosa, exercício ilegal da medicina, corrupção passiva e ativa, dentre outros. Os votos em comento parecem considerar que o Habeas Corpus foi impetrado a fim de garantir a liberdade de uma mulher que, aflita e desemparada, recorreu ao procedimento abortivo de uma clínica clandestina, quando na verdade, trata da soltura de criminosos associados, cuidadosamente organizados a fim de auferir quantias vultosas através da situação de vulnerabilidade de várias mulheres, que, ressalte-se, eram atendidas sem a menor responsabilidade, como se nota no relato da fuga, pois que, apesar da garantia dos indiciados a não autoincriminação, esta não encobre a displicência do agente que, a fim de escapar do flagrante, assumiu o risco de matar a vítima ao deixá-la sangrando, por um aborto não finalizado.

Posteriormente, o ministro Barroso aduz que não haveriam elementos mínimos que evidenciassem o risco de reiteração delitiva dos pacientes. Ocorre que, em 2014, após a concessão da liminar pelo ministro Marco Aurélio em benefício de dois dos acusados, uma deles, Rosemere Aparecida, voltou a chefiar uma clínica de aborto em Campo Grande, sendo presa logo depois por suspeitas de envolvimento com a morte de Jandira Magdalena dos Santos Cruz, encontrada baleada e carbonizada após se submeter à um

aborto no 5º mês de gestação.¹⁴⁶ Destarte, pelo menos no que tange a uma das pacientes, o trabalho e a residência fixa mencionados amiúde nos votos estudados como bons indícios, se vislumbram no retorno desta à organização criminosa que comandava.

Demais disto, sob o pretexto de uma lídima defesa dos direitos das mulheres incorre-se em uma atenuação inescusável dos crimes de agentes que vitimavam precisamente mulheres, sejam elas mães, sejam as nascituras.

Não obstante a patente inadequação da argumentação apresentada à realidade fática do caso em apreço, o ministro Barroso vai ainda muito além do objeto da ação, afirmando, de forma completamente imotivada, a inconstitucionalidade da tipificação do crime de aborto no Código Penal, até o primeiro trimestre.

Desde já, faz-se interessante questionar como o ministro poderia antever com precisão, que dentre os milhares de abortos realizados pela clínica, nenhum deles ocorria após o 3º mês de gestação, interregno de tempo segundo o qual, conforme sua interpretação constitucional do Código, os abortos não seriam mais ilícitos penais.

Tal premonição, no entanto, não corresponde às informações oficiais da Operação divulgadas pela Polícia Civil, que indicam que estes ocorriam até o 7º mês.

No que tange ao princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios, bem como a questão da viabilidade do feto, julgamos já ter refutado de forma satisfatória tais pressupostos nos capítulos precedentes.

Por fim, ressaltamos que eventual aceitabilidade ética ou moral do aborto nas sociedades contemporâneas – receptividade que não ocorre em nosso país - é irrelevante para se descriminalizar uma conduta. Como resta evidente, a licitude ou ilicitude de uma conduta não pode ser aferida por meio da aprovação ou reprovação desta por uma maioria. Tal argumentação, assim como o recurso ao Direito Comparado de *países de primeiro mundo* são reducionistas, pois não examinam os graves impactos da liberação do aborto e de sua inegável disseminação em tais culturas; além disso, o legislador de um país desenvolvido não goza de intelecto mais apurado, nem está imune a erros, como se percebe historicamente na Alemanha, quando da edição das Leis de Nuremberg, ou ainda nos Estados Unidos, com a promulgação das Leis Jin Crow, nos estados do sul.

¹⁴⁶ Rosemere foi condenada em agosto do corrente ano, pelos crimes de aborto, homicídio, ocultação de cadáver e associação criminosa. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/10/justica-condena-tres-acusados-da-morte-de-jandira-apos-aborto-em-2014.ghtml>>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

Por todo o exposto, percebe-se que a atuação dos ministros, de forma mais especial do ministro Barroso se reveste de inegável conteúdo ativista, tentando a legitimação de uma conduta que particularmente julga lícita por meio de fabricadas incompatibilidades da lei penal com a Constituição.

O Habeas Corpus em análise, ainda que não tenha caráter vinculante, instala um temerário precedente, compondo, juntamente com a ADPF 54 o caldo retórico daqueles que pugnam pela descriminalização da conduta a qualquer custo, ainda que importe em um crasso desrespeito ao princípio da separação dos poderes, e, por conseguinte, à própria democracia, que se fragiliza com a insubordinação de um poder aos demais.

4.4 ADI 5581

Em 2015, ocorreu no Brasil um aumento no número de crianças nascidas com microcefalia, comumente relacionado à epidemia do vírus *zika*, que assolou o país na mesma época. As más-formações apresentadas pelos bebês, no entanto, não se restringiam à microcefalia. A síndrome congênita do *zika* também pode se manifestar através de comprometimento auditivo e visual, dilatação dos ventrículos cerebrais e calcificações intracranianas, artrogripose e restrição de crescimento intrauterino, podendo levar à morte do feto.¹⁴⁷

Nesse contexto, em 24 de agosto de 2016 a Associação Nacional de Defensores Públicos propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de garantir direitos basilares às crianças portadoras da síndrome, por entender que diante da epidemia, houve ‘omissão do Poder Público’, consubstanciadas nas seguintes falhas: (i) não garantir acesso as informações sobre o atual estado do conhecimento médico acerca do vírus, incertezas e riscos de infecção, bem como as formas de prevenção; (ii) não favorecer o acesso à métodos contraceptivos reversíveis de longa duração, ou ao planejamento familiar, além de repelentes do mosquito; (iii) omissão no acesso aos serviços de saúde pelas crianças portadoras da síndrome, além de (iv)

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5581. 2016. Petição Inicial. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160826-03.pdf>>. Acesso em 29 de outubro de 2018. p. 6.

omissão sobre a possibilidade expressa e liberal do aborto pela rede pública para mulheres grávidas infectadas pelo vírus.

Passemos a análise da questão.

Em sede de ADI, o dispositivo impugnado encontra-se na Lei 13.301/2016, que dispõe acerca das medidas a serem adotadas caso se verifique situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito *Aedes Aegypti*, vetor da doença. Além disso, prevê mecanismos de amparo às mulheres e seus bebês. Ei-lo:

Art. 18. **Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário**, a que se refere o art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, **pelo prazo máximo de três anos**, na condição de pessoa com deficiência, **a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti***.

§ 1o (VETADO).

§ 2o O benefício será **concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia**.

§ 3o A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas **decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti***, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.¹⁴⁸ (grifo nosso)

Diante disso, a peça destaca que a microcefalia, conforme já sinalizado, é apenas um sinal evidente da síndrome congênita da zika, mas não condição *sine qua non* para a existência desta¹⁴⁹, não havendo, portanto, motivo para que a concessão do benefício exclua do seu âmbito de proteção bebês que, apesar de não apresentarem a microcefalia, são igualmente portadores da doença, e que, ensejam cuidados médicos específicos e, portanto, um maior gasto econômico.

Ademais, sustentam os autores, não é razoável a restrição do benefício pelo prazo máximo de três anos, visto que as crianças sofrerão os impactos da síndrome por toda a vida; além disso, a transmissão do vírus não se dá somente pela picada do mosquito,

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 13.301 de 27 de junho de 2016. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei no 6.437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

¹⁴⁹ Ibid., p. 33.

conforme disposto na lei, havendo investigações científicas que indicariam a transmissão do vírus pela via sexual ou por meio de transfusão de sangue.¹⁵⁰

Por fim, defende-se que não há qualquer incompatibilidade entre a percepção do salário-maternidade e o benefício de prestação continuada, sendo custosa a conclusão de que o recebimento do salário-maternidade tornaria, por si só, a família apta a arcar com todas as despesas de um bebê portador de tal síndrome, quando na verdade, tal direito se destina a todas as mães, independentemente de seus filhos possuírem ou não qualquer tipo de deficiência.

Por todo o exposto, com esteio nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, nos direitos sociais, de assistência social e da criança, pleiteia-se a reforma da disposição, a fim de tornar efetivas as medidas esboçadas pelo poder público.

No tocante aos requisitos formais, quais sejam: entidade de classe de âmbito nacional, e pertinência temática, sustentou-se que há repercussão direta no trabalho desenvolvido pelos associados da legitimada, que atuam na defesa dos direitos dos cidadãos e de forma especial, daqueles em situação de vulnerabilidade.

Em que pese a atitude louvável de se requerer políticas públicas voltadas à epidemia do vírus, que possuem inegável relevância social, destacamos, em consonância com o Parecer emitido pela Procuradoria Geral da República a ilegitimidade da impetrante, visto a necessidade de que a norma vergastada relacione-se aos interesses típicos da classe que representam. Ademais, o recurso à fragilidade econômica dos assistidos, conferiria, em tese, uma absoluta legitimidade ativa à Associação, visto que qualquer lesão à direitos fundamentais é apta a prejudicar pessoas economicamente desfavorecidas.¹⁵¹

Já em sede de ADPF, cuidou-se das omissões supramencionadas, em especial do direito ao aborto nos casos de zika, por meio do SUS, com esteio no direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva, além de, curiosamente, fazer menção ao direito de proteção aos deficientes.

Não tencionamos aqui, discorrer acerca de todas as omissões invocadas na ação, por considerar que estas refogem ao objetivo deste estudo. Interessante porém, ressaltar

¹⁵⁰ Ibid., p. 5.

¹⁵¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581. 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>>.p.13. Acesso em 01 de novembro de 2018.

a omissão do Poder Público no tocante à disponibilidade de informações sobre ‘a forma de transmissão, os efeitos conhecidos e ainda não conhecidos sobre essa epidemia,’¹⁵² visto que, em que pese a incerteza nas quais se desenvolvem as investigações, é dever do Estado promover políticas públicas que visem a diminuição dos riscos de propagação da doença, notadamente através da distribuição de material informativo à população.

Conforme aduzido pelos autores a relação do vírus da zika com a microcefalia ou com as demais doenças que possam advir deste é ainda bastante incerta. Na tabela abaixo, encontram-se os dados do Ministério da Saúde de 11/2015 a 05/2017 sobre os casos a serem investigados como possível microcefalia. Como o registro não era obrigatório antes do surto, não há como fazer um comparativo. Vejamos:

Tabela 3 – Brasil. Mapa da Microcefalia. Dados referentes às Semanas Epidemiológicas 45/2015 a 20/2017 (08/11/2015-20/05/2017)

| Situação | Número Total | Porcentagem |
|---|---------------------|--------------------|
| Casos em investigação | 13.835 | 100 |
| Casos confirmados | 2.753 | 19,9 |
| Casos descartados | 5.892 | 42,6 |
| Casos prováveis | 141 | 1,0 |
| Casos excluídos/inativados | 1.838 | 13,3 |
| Total de recém-nascidos e crianças em monitoramento | 3.211 | 23,2 |

Fonte: Boletim Epidemiológico Secretaria de Vigilância em Saúde – Ministério da Saúde. Volume 48 nº 19 – 2017.¹⁵³

Como se percebe, mais de 50% dos casos onde há a suspeita de microcefalia foram descartados após o nascimento da criança, o que revela a dificuldade de um diagnóstico intraútero. Ademais, a complexidade da síndrome, que se manifesta não só pela microcefalia, mas também por outras alterações neurológicas dificultam as estatísticas.

¹⁵² Ibid., p. 65

¹⁵³ DEROSA, Marlon (Org.). Op. cit. p. 367.

Em estudo preliminar, realizado no Rio de Janeiro¹⁵⁴, foram observadas 88 mulheres ¹⁵⁵ na época do surto da doença. Dentre estas, 72 (82%) foram diagnosticadas com o vírus. Das 72 infectadas, 42 concordaram em se submeter à exames de ultrassom, sendo constatadas anormalidades fetais em apenas 12 das 42 (29%).¹⁵⁶ Assim, a relação entre o vírus e más-formações congênicas existe, porém é apenas circunstancial, pois que 71% dos bebês de grávidas infectadas não apresentaram qualquer anormalidade.

Retomando-se o estudo da petição interposta, após uma longa exposição acerca dos direitos constitucionais das mulheres e dos nascituros que são cerceados pelo descaso do Poder Público ao lidar com a questão, os autores notam que há uma mera repetição de atos normativos, ineficazes em prover com as necessidades urgentes das mulheres vítimas da epidemia. Diante disso, requerem que os artigos do Código Penal que tipificam o aborto sejam constitucionalmente interpretados a fim de garantir às mulheres grávidas infectadas a possibilidade de interromperem a gravidez:

A tese ora sustentada é que a interrupção de gravidez promovida por mulheres infectadas pelo vírus zika encontra abrigo em interpretação constitucionalmente adequada da legislação infraconstitucional penal. **A interrupção da gravidez consiste em gênero, a qual é composta pela interrupção de gravidez lícita, legal e constitucional e a interrupção da gravidez ilícita, sendo esta também designada de aborto. Deste modo, duas questões são fundamentais. Apesar de o caput do art. 128 do CP asseverar que não se pune o aborto naquelas situações, em verdade, inexistente crime (fato típico) nas situações previstas neste artigo.**¹⁵⁷ (grifo nosso)

Evoca-se ainda a ADPF 54, a qual guardaria evidente paralelo com o caso em questão. Não obstante esta se trate da inviabilidade do prosseguimento da gestação dada a inevitável morte do feto, ao passo que a síndrome causada pelo vírus zika não é uma enfermidade fatal, a ação aduz que esta poderia ainda ‘causar danos neurológicos e impedimentos corporais permanentes e severos.’¹⁵⁸

¹⁵⁴ RIBEIRO, Bruno Niemeyer de Freitas et. al. Síndrome Congênita pelo vírus Zika e achados de neuroimagem: o que sabemos até o momento? 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rb/v50n5/pt_0100-3984-rb-50-05-0314.pdf> Acesso em: 31 de outubro de 2018.

¹⁵⁵ Ainda que se trate de uma pequena amostra, não possuindo pois, a pretensão de um estudo populacional, a pesquisa trouxe dados relevantes sobre a gestação de mulheres com zika.

¹⁵⁶ Ibid., p. 3.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5581. Petição Inicial. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160826-03.pdf>>. Acesso em 29 de outubro de 2018. p. 74.

¹⁵⁸ Ibid., p. 76.

Em verdade, todos os efeitos nocivos causados por essa infecção ainda não são conhecidos pela literatura médica e científica, porém **já se sabe que muitas crianças terão capacidades de desenvolvimento livre e autônomo substancialmente diminuídas, sendo dependentes de cuidados permanentes e tratamentos médicos contínuos para os mais sutis progressos.** Entre as questões científicas ainda sem resposta está também a taxa de risco entre mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika: não se sabe ainda em quantos e quais casos de mulheres infectadas ocorrerá a transmissão vertical e o desenvolvimento da síndrome congênita do zika. Também não se sabe por quanto tempo o vírus permanece ativo nos corpos das mulheres infectadas para o risco de transmissão vertical em uma futura gravidez. **Essa situação de incertezas provocadas pela epidemia sujeita mulheres grávidas a potencial sofrimento psicológico intenso.**¹⁵⁹ (grifo nosso)

Ademais, para os autores, a gestante neste caso se enquadraria na hipótese de aborto legal (art. 128, I, CP) como estado de necessidade específico, ou ainda, nos arts. 23, I e 24 do mesmo Código, sob estado de necessidade justificante geral.

Inicialmente, é no mínimo cruel a reivindicação que discorre longamente acerca das ofensas aos direitos das mulheres e de seus bebês vitimados pela zika, ressaltando o descaso do Poder Público com sua situação de vulnerabilidade - seja pela escassez de informações, recursos financeiros ou do próprio amparo estatal nos hospitais públicos – para logo depois, pleitear, ainda com supedâneo na proteção direito aos deficientes, a possibilidade de completa supressão do primeiro direito fundamental destas mesmas crianças. Igualmente ilógica a consideração de que a conduta se amoldaria ao estado de necessidade quando não há perigo atual, ou ao aborto quando há risco à vida da mãe – não há.

Ademais, conforme exposto nos capítulos precedentes, considerar que existiria uma espécie lícita do crime aborto, flutuando ao sabor de leis positivadas pelo legislador é incoerência que despreza o próprio fundamento das leis, que não devem ser editadas em observância de conveniências particulares,¹⁶⁰ mas sim, como devem ser feitas, a fim de garantir o bem comum.

Ressalte-se ainda que a permissão do aborto nos moldes pretendidos, seria para as grávidas infectadas, quando na verdade, a infecção por parte da mãe não vincula

¹⁵⁹ Ibid., p. 75.

¹⁶⁰ Muito menos como no caso em tela, se fundamentadas em incertezas de diagnóstico, pressupostos falhos ou ainda, na inconveniência econômica de gerar uma vida que ensejará mais cuidados por parte de seus pais e do próprio Estado.

necessariamente, o seu bebê ao desenvolvimento da síndrome. Ademais, o desenvolvimento de uma síndrome congênita, o sofrimento da mãe e de familiares pelas imprecisões acerca do desenvolvimento de um filho não tem, de forma nenhuma, o condão de legitimar prática tão absurda e fortemente reprovável, de caráter claramente eugênico como o aborto de bebês afetados pela zika. Do mesmo modo, se a consideração acerca do aborto nestes casos é aceitável, porque também não seria em relação às demais más-formações e síndromes, como por exemplo a síndrome de down?

Pelo exposto, consideramos que a ADPF, pelo menos no tocante ao aborto se reveste de clara ofensa aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não-discriminação, além de clara ofensa ao direito à vida dos nascituros.

Outrossim, em relação aos pressupostos formais, há que se relembrar a ilegitimidade ativa da impetrante, já verificada no tocante à ADI, apesar de esta nos parecer acertada em seu intento de efetivação de direitos constitucionais. À carência deste pressuposto some-se ainda, a ineficiência em se demonstrar a violação aos preceitos fundamentais na proibição do aborto em tais casos, ou ainda o atendimento ao princípio da subsidiariedade, não sendo, decerto, a liberação do aborto o único modo, e nem mesmo o mais inteligente de lidar com a epidemia.

Destarte, vislumbramos o indeferimento da ação como a medida mais acertada, dada a ausência de legitimidade e dos demais pressupostos básicos. A demanda, porém, foi acolhida, e apesar de ter entrado em pauta em dezembro de 2016, não foi apreciada, não havendo, atualmente, previsão de julgamento.

4.5 ADPF 442

Finalmente, passemos à apreciação da última demanda. Em 06 de março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL- ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo, intentando a exclusão do âmbito de incidência da norma penal a interrupção da gestação induzida e voluntária, quando realizada nas 12 primeiras semanas. Pede-se ainda, a concessão de medida liminar¹⁶¹ que reconheça o direito das mulheres ao aborto, além de determinar a ‘suspensão das prisões

¹⁶¹ Conforme previsto no art. 5º § 2º da Lei 9.882/1999, a concessão da liminar depende de prévia intimação do Presidente da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados para que prestem informações, além da manifestação prévia da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, tendo esta última já informado que sua manifestação se dará somente ao término das audiências públicas.

em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal ora questionados'.¹⁶²

Ignorando os requisitos fundamentais à admissão da ADPF, para a qual se faz necessária a efetiva prova de violação do preceito fundamental, o Supremo acolheu o processamento da demanda. Ora, a tipicidade do crime de aborto até o 3º mês de gestação *jamaiz* havia sido objeto de qualquer controvérsia judicial acerca de sua constitucionalidade antes de o ministro Barroso fabricá-la deliberadamente em seu voto, conforme exposto anteriormente.

Dada a importância do tema, foram realizadas Audiências Públicas com o fito de colher maiores informações sobre a questão, tanto de profissionais especializados como das entidades representativas interessadas, a fim de lastrear o convencimento dos ministros na confecção de seus votos. Seleccionadas as exposições¹⁶³ pela relatora, ministra Rosa Weber, de pronto, salta aos olhos a clara desproporção entre os habilitados, dentre os quais, 70% apoiam a legalização¹⁶⁴ da conduta em análise. Destarte, a seleção, em patente ofensa ao princípio do contraditório e da igualdade entre as partes, parece pretender tão somente a validação de um convencimento já formado.

Iniciando sua exposição¹⁶⁵, os autores reconhecem a linha de continuidade das decisões da Corte, que estabeleceu as premissas para o enfrentamento constitucional da questão do aborto; questiona-se a razoabilidade constitucional da proibição, além do altíssimo número de abortos realizados em nosso país.

Outrossim, a criminalização além de desproporcional, se afiguraria como uma gravíssima afronta ao princípio da não-discriminação, considerando que as mulheres mais pobres estão sujeitas ao poder punitivo do Estado, ao passo que as ricas que abortam não estão.

A menção ao princípio da não-discriminação a fim de descriminalizar a conduta é no mínimo inadequada. Um agente, pobre, que rouba um carro e é preso está sendo

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Relatora: Ministra Rosa Weber. p. 61. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em 01 de novembro de 2018.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão com a Relação dos Inscritos Habilitados, Data, Ordem dos Trabalhos e Metodologia. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF442habilitados.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

¹⁶⁴ Diário Digital VOX: 70% dos expositores na audiência do STF apoiam a legalização. Disponível em: <<https://www.dvox.co/single-post/2018/08/02/70-dos-expositores-na-audiencia-sobre-a-ADPF-442-no-STF-tem-historico-pro-aborto>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

¹⁶⁵ A exposição da argumentação não será exaustiva, a fim de evitar a repetição enfadonha de argumentos já analisados e debatidos. Destarte, apresentaremos aqueles que compõem o cerne da ação, bem como aqueles que ainda não foram objeto de análise, apesar de não tão essenciais.

discriminado em face do rico, que incorre na mesma conduta e não é preso? Desse modo, a fim de garantir a igualdade, deve-se soltar o pobre ou prender o rico?

Outrossim, a admissão de tal argumento levaria, em tese, à possibilidade de revogação de todos os tipos penais, considerando que as pessoas ricas, geralmente, possuem acesso à uma melhor defesa que as pessoas mais pobres. A pobreza, a marginalização, ainda que sejam duras realidades comuns em nosso país não podem, de forma nenhuma, serem invocadas a fim de gerar uma condescendência que chegue ao extremo de uma imunidade infundada à repressão penal.

Interessante ressaltar que, apesar de se vislumbrar que o recurso ao aborto ocorre, na maioria das vezes, por falta de condições econômicas, de apoio familiar e de amparo do próprio Poder Público, a solução sugerida não é aquela que enfrenta a raiz do problema, potencializando o acesso a tais direitos e resguardando ambas as vidas, mas simplesmente, parafraseando Chesterton, propõe-se a decapitação como remédio para a dor de dente.

Prosseguindo, o cerne da demanda refere-se à personalidade do embrião, defendendo-se a teoria gradualista, ressaltando que quanto mais imaturo o feto, maior o respeito aos direitos de privacidade, liberdade, sexuais e reprodutivos da mulher. Assim, apesar de reconhecer o valor intrínseco da vida humana, o status de pessoa constitucional inicia-se ‘no nascimento com potência de sobrevida, mesmo com o auxílio de complexas tecnologias biomédicas.’¹⁶⁶

Desse modo, a condição existencial do feto seria ontologicamente dependente da integridade da mulher que o gesta. Ressaltam ainda, não haver qualquer ‘controvérsia jurídica sobre o reconhecimento do estatuto de pessoa constitucional a recém-nascidos, crianças, adolescentes, adultos ou idosos’¹⁶⁷ quaisquer de sejam as condições de vivência do corpo, manifestadas, por exemplo, em dependência, deficiência ou envelhecimento.

Já analisada e debatida alhures a posição gradualista, evidenciamos tão somente que a inconveniência de se aceitar que a condição existencial do feto, como pessoa, depende da mãe resta ainda mais evidente quando se considera a fertilização *in vitro*. O embrião seria pessoa quando não implantado, perderia este status na implantação, dada a dependência fisiológica da mãe e o recobriria somente no nascimento.

Ademais, um bebê não é fisiologicamente dependente de sua mãe só até o 3º mês, mas sim no decorrer de toda a gestação. O que torna um feto de 4 meses, ainda dependente, e portanto, não pessoa, garantido em seu direito à vida além do marco postulado na ADPF?

¹⁶⁶ Ibid., p. 35.

¹⁶⁷ Ibid., p. 34.

Admitindo-se que só se pode ser pessoa com direitos quando nasce, o que protege o feto de 9 meses?

Por fim, reafirmamos a completa impossibilidade da atuação da Suprema Corte como legislador positivo; a frustração de determinados setores com o ordenamento jurídico vigente, ainda que se consubstanciasse em uma irresignação legítima, não é capaz de legitimar uma postura ativista. É incabível a proposição que vislumbra no ativismo uma solução para problemas sociais, pretendendo vincular a eficácia de direitos fundamentais a decisões do Judiciário; estes primeiros, antes resguardados pela segurança jurídica de uma Constituição posta, se tornam, temerariamente, dependentes da formação humana do tribunal em questão.

Por todo o exposto, considerando a atualidade do tema, bem como a importância da discussão, urge a necessidade de se colocar limites ao grande poder que detém os onze ministros não eleitos da Suprema Corte. Como ressaltamos, ainda que as decisões incorram em um gravíssimo e inegável desrespeito aos princípios constitucionais mais basilares, não há, em nosso ordenamento, a previsão de qualquer sanção à estas ofensas.

Ressaltamos, porém, que afim de corrigir este fenômeno, há o Projeto de Lei 4754/2016, que pretende a alteração do art. 39 da Lei de Crimes de Responsabilidade, a fim de incluir entre o rol que concerne aos ministros do Supremo o crime de usurpação de competência inerente ao Poder Legislativo ou Executivo. Apesar da relevância da discussão e do intuito de garantir o respeito à ordem democrática constitucional, o projeto ainda não foi pautado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, procuramos expor as diversas nuances que permeiam o atual debate teórico acerca do aborto, a fim de lançar luzes que possibilitem a compreensão da conduta do Supremo Tribunal Federal frente à questão. Partindo-se das premissas mais basilares, demonstrou-se que a recusa em se reconhecer o aborto como um direito legítimo não se trata de uma obstinação irracional misógina ou ainda, de matriz religiosa - e, portanto, inservível para a vinculação de uma população multicultural à observância de suas normas - mas sim de um posicionamento coerente, não só com o ordenamento jurídico vigente, mas também com a reta razão e a Lei Natural, alcançável e oponível a qualquer pessoa.

Em se tratando de um crime, que atenta contra o direito à vida de pessoa humana, e mais que isto, quando esta se encontra em seu estágio mais frágil, *deve*, e é tratado pelo ordenamento jurídico como tal, sendo completamente inadmissível a descriminalização do aborto, principalmente se feito pela via judicial.

Conforme exposto anteriormente, a conduta dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao arrogar-se a faculdade de legislador positivo a fim de corrigir ‘falhas’ de outros Poderes - no caso, notadamente o Poder Legislativo - incorre não só em gravíssimo desrespeito aos princípios constitucionais, mas também em um irrefletido imediatismo, que, sob o pretexto de solucionar ‘problemas sociais’ não enfrenta a raiz do problema, tanto que o número de ações perante o Supremo pleiteando o alargamento do rol de hipóteses onde há o reconhecimento do *direito constitucional ao aborto* cresceu exponencialmente nos últimos anos, como se percebe na análise jurisprudencial no último capítulo.

O descompromisso com os direitos fundamentais, já evidente no menosprezo ao direito à vida dos nascituros, se torna ainda mais cristalino no voto do ministro Barroso, para o qual a atuação de uma associação criminosa que explorava a fragilidade de gestantes, colocando-as em grave risco de morte é mera frivolidade, em face da notável oportunidade de impor o próprio alvitre em relação ao crime de aborto.

Em que pese as debilidades do sistema eleitoral brasileiro, cujo sistema permite que apenas uma ínfima parcela dos deputados sejam afinal, eleitos com os próprios votos, é no mínimo curiosa a percepção que pretende solucionar os problemas de representatividade do Legislativo através das decisões de onze ministros não eleitos.

Como já sinalizado anteriormente, no tocante ao aborto não há que se falar em omissão Legislativa, nem ao menos que há dissonância entre a vontade do legislador e o posicionamento daqueles que por ele são representados, quando ano após ano, a rejeição do povo brasileiro ao aborto permanece alta.¹⁶⁸

Assim, diante de todo o exposto, considerando que o ativismo judicial é desarranjo relativamente novo no direito brasileiro, cuja ocorrência aos moldes contemporâneos dificilmente seria prevista na época da promulgação da Lei 1079/1950 que trata dos crimes de responsabilidade, consideramos como medida razoável a discussão e posterior aprovação do supracitado Projeto de Lei, dada a necessidade - imperiosa - de se impor limites à atuação dos integrantes da Suprema Corte, que, no dizer do ministro Fux, após a investidura, ‘não devem satisfação a absolutamente mais ninguém’.¹⁶⁹

Por fim, acreditamos ter atingido com este estudo a finalidade pretendida de contribuir, ainda que de forma humilde, com o debate acerca do aborto e do ativismo judicial que o tangencia. Esperamos que este trabalho possa ser lido, criticado e de alguma forma útil a todos que a ele tiverem acesso.

¹⁶⁸ 85,6% dos brasileiros são contra a legalização do aborto. Instituto Paraná Pesquisas. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/coluna-do-fraga/865-dos-brasileiros-sao-contra-a-legalizacao-do-aborto-02012018>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

¹⁶⁹ FUX, Luiz. Exposição no 10º Encontro Nacional do Judiciário. “O Parlamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional. Então, como eles não querem pagar o preço social e como nós não somos eleitos, nós temos talvez um grau de independência maior porque não devemos satisfação, depois da investidura, a absolutamente ninguém.” Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wCwX4QxWI8A>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

REFERÊNCIAS

AGUIAR FILHO, Ricardo Rocha. Aspectos Centrais da Expansão do Ativismo Judicial no Âmbito do Supremo Tribunal Federal. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2016.

ARRUDA, Gabriel Garcia Ribeiro de. O Aborto no Direito Brasileiro. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, 2017.

_____. Porque sou pró-vida? 2015. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B16BCBiiRZkZUGFIM195aTZZN00/view>.

AQUINO, Tomás. Suma Teológica. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. Anuário ibero-americano de justiça constitucional, 2009.

BBC BRASIL. A mulher que não sente dor - e que pegou no sono quando dava à luz. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150501_mulher_sem_dor_fn.

BENITEZ, Ana Paula Martin: Aborto: Uma questão de Saúde Pública. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4ª Ed. 2007. São Paulo: Saraiva.

BRANCO, Fernanda Leontsinis Carvalho. Descriminalização do Aborto. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2017.

BRASIL. Código Penal de 1940. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Ofício CFM nº 4867/2013 – PRESI. 2013

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm.

BRASIL. Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. 2018.

BRASIL. Lei 13.301 de 27 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 290.341-RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 04/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1346850&tipo=0&nreg=201400534269&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140916&formato=PDF&salvar=false>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5581. 2016. Petição Inicial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão com a Relação dos Inscritos Habilitados, Data, Ordem dos Trabalhos e Metodologia. Relatora: Ministra Rosa Weber. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. TJ/RJ. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: Rse 0065502-27.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Eduardo F. Duarte. DJ: 12/03/2014. 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000492B9812E1744B18F0DBF607ACBB186EFC50262120E1B&USER=>>>.

BRASIL. TJ-SC. Apelação Criminal 00029322720118240035 Ituporanga 0002932-27.2011.8.24.0035. Relator: Paulo Roberto Sartorato. DJ: 12/07/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/605848469/apelacao-criminal-apr-29322720118240035-ituporanga-0002932-2720118240035>>.

DENKEL, Arda. The Natural Background of Meaning, Kluwer Academic Publishers, 1999

DINIZ, Débora et al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial, vol 2. São Paulo: Saraiva.2003.

CAVALCANTE, Bianca Paula Chaves. Descriminalização do Aborto no Brasil. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2017.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto na Rede Hospitalar Pública: O Estado Financiando o Crime. 2006. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2006.

_____. O anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/doc.php-doc=doc76755.html>.

DEROSA, Marlon (Org.) et al. Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades. Florianópolis: Estudos Nacionais. 2018.

FRAGA et al. Trauma Abdominal em Grávidas. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. 2005.

FRANÇA, Genival Veloso. Fundamentos de Medicina Legal. 2ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2014.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial v. 2. 8ª Ed. 2011. Rio de Janeiro: Impetus.

GREEN, Ronald. The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy. Oxford: Oxford University, 2001;

HART, H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, vol. 71, 1958

HASSOUN, Nicole e KRIEGEL, Uriel. Consciousness and the Moral Permissibility of Infanticide, Journal of Applied Philosophy, 2009.

HEYDON, Dyson. Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. Australian Intellectual Property Journal, v. 14, n. 2.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: Parte Especial. v. 2. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

J.P. Greenhill and E.A. Freidman. Biological Principles and Modern Practice of Obstetrics. Philadelphia: W.B. Saunders Publishers. 1974.

Justiça condena três pessoas pela morte de Jandira após aborto em 2014 no Rio. Globo G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/10/justica-condena-tres-acusados-da-morte-de-jandira-apos-aborto-em-2014.ghtml>

KACZOR, Christopher. A Ética do aborto: Direitos das Mulheres, Vida Humana e a Questão da Justiça. São Paulo: Loyola. 2014.

- KALUGER, G., and Kaluger, M., Human Development: The Span of Life, 1974.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. 2004. California Law Review v. 92, Issue 5.
- MARSHALL, William P., Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. University of Colorado Law Review, v. 73, 2002.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Norma técnica sobre prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. 3 ed. Brasília: Editora MS, 2012
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral, 37º Ed. São Paulo, Saraiva. 2000.
- MOORE, Keith L. Embriologia Clínica. 2008. Rio de Janeiro: Elsevier. 8ª Ed.
- MORA, José Ferrater. Ética aplicada: del aborto a la violencia, Madrid: Alianza, 1983.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2006. São Paulo: Atlas. 20ª Ed.
- MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. 2009.
- NOVO, Joe Luiz Vieira Garci; GIANINI, Reinaldo José. Mortalidade materna por eclampsia. 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 8ª Ed. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Judicialização da Política No Brasil: Os Casos das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Fidelidade Partidária. 1ª. ed. 2016. Brasília: Edições Câmara.
- OLIVEIRA, Letícia Fernandes de. A Cultura do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. 2016. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2016.
- POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Corregedoria Interna de Polícia Civil. Slides Operação Herodes. Inquérito Policial nº 86/2012. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/alerj/herodes-slide>.
- Polícia fecha clínica de aborto e prende 10 durante ação em Caxias, RJ.* Globo G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/03/policia-fecha-clinica-de-aborto-e-prende-10-durante-acao-em-caxias-rj.html>.
- PRADO, Luis Regis. Curso Brasileiro de Direito Penal: Parte Especial. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117. v. 2.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

RIBEIRO, Bruno Niemeyer de Freitas et. al. *Síndrome Congênita pelo vírus Zika e achados de neuroimagem: o que sabemos até o momento?* 2017.

Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. *Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice*. 2010.

SANTOS, Andrei. *Filosofia e Aborto: O problema da pessoalidade e o Direito à Vida*. 2015.

SANTOS, Beatriz Carneiro. *Aborto, Direitos Reprodutivos e Feminismo na França de Nicolas Sarkozy*. 2012.

SILVA, Lucas Duarte. *A Lei Natural em Tomás de Aquino: Princípio Moral para a Ação*. 2014.

STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren – *Fundamentos de Antropologia: Um ideal de excelência humana*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2011. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

TELES, Eleandro. *O Humanismo Personalista de Lima Vaz: Uma Resposta Filosófica ao Problema do Aborto*. 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. BLACKMUN, J., Opinion of the Court. Washington, DC, 22 Jan. 1973. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"*. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, Dezembro. 2008.

70% dos expositores na audiência do STF sobre o aborto apoiam a legalização. Diário Digital VOX. Disponível em: <https://www.dvox.co/single-post/2018/08/02/70-dos-expositores-na-audiencia-sobre-a-ADPF-442-no-STF-tem-historico-pro-aborto>

86,5% dos brasileiros são contra a legalização do aborto. Pesquisa Instituto Paraná. Portal R7. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/coluna-do-fraga/865-dos-brasileiros-sao-contra-a-legalizacao-do-aborto-02012018>