

INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINALIZATION OF ABORTION UNDER ADPF 442: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF WOMEN

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo/SP. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal e em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Letícia Marques de Menezes

Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE.

Letícia Rocha Santos

Discente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Bolsista CAPES/FAPITEC. Advogada integrante da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE.

Submetido em: 01/03/2020

Aprovado em: 18/09/2020

Resumo: A propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), põe em pauta o debate sobre o aborto. Questiona-se a legitimidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que tipificam o aborto voluntário. O trabalho tem como proposta uma análise sobre a ação em comento, analisando a tese de que a criminalização do aborto representa uma mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos reprodutivos das mulheres, bem como outras garantias constitucionais. Utiliza-se como metodologia uma abordagem qualitativa, através de bibliografia nacional – dissertações,

livros e artigos científicos. Verificou-se, ao final, que não há proporcionalidade na tipificação do aborto, por ser medida ineficaz na proteção do feto, sendo mais adequada a adoção de políticas adequadas de educação sexual e reprodutiva como forma de evitar a morte das mulheres e, por conseguinte, do nascituro em razão da prática de abortos inseguros.

Palavras-chave: ADPF 442; aborto; sexualidade; dignidade humana.

Abstract: *The proposal for the Arrangement of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) No. 442, proposed by the Socialist and Freedom Party (PSOL), sets the debate on abortion on the agenda. The legitimacy of arts. 124 and 126 of the Penal Code, which typify voluntary abortion. The paper proposes an analysis of the action in question, ratifying the thesis that the criminalization of abortion is not sustained by extirpating the principle of the dignity of the human person, the sexuality of women, as well as other constitutional guarantees. As a methodology, a qualitative approach is used, through dissertations, books and scientific articles. In the end, it is tried to demonstrate that there is no proportionality in the classification of abortion, since it is an ineffective measure in the protection of the fetus, and it is necessary to look for alternatives of adequate sexual and reproductive education policies as a way to avoid the death of women, and of the unborn due to the practice of unsafe abortions.*

Keywords: ADPF 442; abortion; sexuality; human dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A criminalização do aborto como forma de violação aos preceitos fundamentais. 2. Aborto e os direitos sexuais e reprodutivos: um campo minado. 3. A inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana na ótica do aborto. 4. A utilização do método hermenêutico da proporcionalidade na regulação do aborto. 5. O nascituro como pessoa (não) constitucional na visão da suprema corte Suprema Corte. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O debate sobre o aborto gira em torno de questões éticas, morais, sociais, antropológicas, religiosas, políticas e jurídicas. O embate sobre a descriminalização do abortamento vem sendo travado pelas mulheres há décadas, sendo que mais recentemente tem se fundamentado na garantia dos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal do Brasil.

Nessa seara, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, indica no bojo de sua peça inicial as razões jurídicas que impedem a concretização plena das garantias constitucionais das mulheres, quais sejam: direito à autonomia, à igualdade, à liberdade, à integridade física e psíquica e aos direitos sexuais e reprodutivos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Desta maneira, dar-se-á enfoque aos preceitos constitucionais: dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna brasileira, assim como aos direitos sexuais e reprodutivos que, apesar de não estarem previstos explicitamente na Constituição Federal, encontram-se nos Planos de ação de Cairo, 1994, e de Pequim, 1995.

Será exposta, através do método hermenêutico da proporcionalidade, a ponderação de bens jurídicos tutelados, quais sejam: o direito à vida do feto e o direito às garantias constitucionais das mulheres na sua integralidade. Busca-se demonstrar que, segundo a visão da Suprema Corte, o nascituro não é considerado pessoa constitucional. Desta feita, não poderiam ser dadas a ele as mesmas garantias e direitos inerentes a um indivíduo-pessoa, que é destinatário dos direitos fundamentais.

Nessas circunstâncias, o tema sobre aborto torna-se um grande paradoxo, na medida em que a sua tipificação preceitua uma peculiaridade especial denominada “duplicidade de unidade”, pois a mulher é, ao mesmo tempo, autora e vítima do delito. Autora, pois quando realiza o aborto viola o bem jurídico tutelado – vida intrauterina, e vítima, porque em decorrência de práticas inseguras do abortamento é violada a sua integridade física e psíquica.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho, utilizou-se uma abordagem qualitativa, a qual foi consolidada por meio de diversos documentos, quais sejam: o Plano de ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Conferência Mundial da Mulher, bem como livros de especialistas no tema, teses, dissertações e artigos científicos.

Tal aprofundamento teórico permitiu a análise da criminalização do aborto. Inicialmente foi tratado a partir da ótica da violação aos preceitos fundamentais, no tópico dois. No tópico seguinte foi tratado especificamente o tema do aborto em relação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em uma abordagem que leva em consideração os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

No tópico quatro é retratado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao nascituro e como isso impacta nas reivindicações de descriminalização do aborto. A fim de começar a análise da questão de pesquisa que sustenta o presente trabalho, será examinada no tópico seguinte a utilização do método hermenêutico da proporcionalidade na regulação jurídica do aborto. No último tópico, são feitas ponderações especificamente acerca do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a descriminalização do aborto.

Por fim, observa-se que tipificação do aborto vai de encontro aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como à igualdade, à autonomia e à integridade física e psíquica da mulher. O Estado legisla o útero como parte autônoma do corpo humano, ignorando as escolhas e as possibilidades de exercício de maternidade de cada mulher, como será visto a seguir.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tem como objetivo demonstrar que a criminalização do aborto fere uma série de direitos fundamentais das mulheres, todos informados como princípios constitucionais da república, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a promoção do bem de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

É inegável que a criminalização do aborto e, por consequência, a imposição de uma gravidez compulsória comprometam a dignidade da pessoa humana, bem como a cidadania das mulheres, em razão de não ser reconhecida a capacidade ética, moral e política de tomar decisões reprodutivas para a concretização do seu projeto de vida. Biroli (2014) afirma que a decisão sobre manter ou não uma gravidez faz parte do direito de decidir sobre o próprio corpo que, por sua vez, é uma garantia básica dos direitos individuais.

A tipificação do abortamento, segundo a ADPF 442 (2017), viola o princípio da não discriminação, assim como o objetivo republicano da promoção do bem-estar de todos, em razão da seletividade do sistema punitivo estatal, por penalizar, na maioria das vezes, mulheres mais vulneráveis, leia-se: negras, pobres e de baixa escolaridade.

Ressalta-se, ainda, que a criminalização do aborto, para a ADPF 442 (2017), viola o direito à saúde, integridade física e psíquica da mulher, assim como a proibição de submissão à tortura ou ao tratamento desumano e degradante, visto que, diante da negação dos direitos básicos previsto na Constituição, a única alternativa de recusa a uma gravidez indesejada seria a prática de abortos inseguros.

Nas palavras de Ventura, Piovesan e Barsted (2003) a tipificação do crime em tela lesa o direito à saúde, por este não contemplar tratamentos e procedimentos legais e suficientemente seguros para a prática do aborto. Barroso (2016) preceitua que, a partir do momento em que a mulher se submete a uma imposição legislativa, aceitando uma gravidez indesejada, a integridade física e psíquica da mulher é abalada. A primeira, em virtude das transformações, riscos e consequências da gestação. A segunda, por sua vez, é afetada em decorrência de novas obrigações, renúncias e comprometimentos que estarão por vir.

Salienta-se que a ADPF 442 (2017) afirma que a criminalização do aborto restringe os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que apesar de não estarem previstos explicitamente na Constituição Federal de 1988, decorrem do

direito à liberdade e à igualdade. Posto isto, com a limitação aos direitos sexuais e reprodutivos, Piovesan (2016) assevera que o reconhecimento dos direitos básicos de todos os casais (e, vale acrescentar, todos os indivíduos) decidirem livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaçamento entre eles e a tomada de decisões concernentes à reprodução, previstos nos tratados internacionais de Cairo, 1994 e em Pequim, 1995, tornam-se falhos.

Desta feita, diante da retenção a esses direitos, a igualdade material prevista no artigo 5º, *caput*, inciso I da Constituição Federal/88 fora suprimida, em razão de não atestar a igualdade entre homens e mulheres, de maneira plena. Destarte, Barroso (2012) elucida que o aborto deve ser considerado no plano da igualdade, uma vez que somente as mulheres carregam o ônus integral da gravidez. O direito de interrompê-la coloca as mulheres em uma posição equivalente à dos homens.

Nessas circunstâncias, em um Estado Democrático, faz-se necessária a garantia fundamental da cidadania, de maneira plena, às mulheres, incluindo os direitos sexuais e reprodutivos, como forma de bem estar social, moral e mental. Por conseguinte, para melhor compreensão do tema, será explanado de forma detalhada o paradoxo entre o aborto e os direitos sexuais e reprodutivos.

2. ABORTO E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: UM CAMPO MINADO

É inegável que a saúde - inclusive a reprodutiva - não se caracteriza apenas pela ausência de enfermidades, mas também, pelo completo bem-estar físico, social e mental. Desta feita, apesar de ser considerado um tabu na sociedade, os direitos sexuais e reprodutivos implicam em um importante tema que, segundo Carrara e Vianna (2008), começou a percorrer o movimento feminista a partir dos anos 1970. Entretanto, conforme Ávila (1994) foi no século XIX e na primeira metade do século XX, que o direito à regulação da fecundidade se torna pauta política.

Segundo Gonçalves e Clara (2017), a afirmação da legitimidade das mulheres de soberania sobre a decisão da gestação que se dá em seu corpo tem sido um argumento central no debate histórico sobre o direito ao aborto, sobretudo por parte dos movimentos feministas, mas também no campo da bioética. Nessa perspectiva, conceitos como: concepção, parto e aborto, ganham relevância, de maneira que, a impossibilidade de acesso a qualquer um deles, implicaria restrição à saúde sexual e reprodutiva da mulher. Sob a ótica internacional, consoante afirma Piovesan (2003), foi em 1979 que houve a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade.

Todavia, ainda sobre a ótica internacional, Viana e Lacerda (2004) ratificam que foi em 1994, com o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, e em 1995, com a IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim, que a temática sobre direitos sexuais e reprodutivos se tornou consolidada. Sobre tal assunto, o Fundo das Nações Unidas¹ estabelece que, através dos planos de ação de Cairo e Pequim, novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica surgiram, legitimando o conceito de direitos reprodutivos.

Imperioso ressaltar que, no que tange a tônica do aborto, os planos de ação trouxeram mudanças significativas. No Plano de Ação de Cairo² houve o reconhecimento do aborto inseguro como um problema de saúde pública. Em relação ao Plano de Ação de Pequim³, recomendou-se que os países revissem as legislações punitivas contra as mulheres que interrompessem a gravidez. Frisa-se que, nos dois planos de ação, em nenhum momento o aborto foi considerado como forma de planejamento familiar.

Desta forma, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos permitiu que os movimentos feministas colocassem em pauta o aborto como centro de discussão sobre o direito de escolha das mulheres de agir conforme seu projeto de vida individual. Projeto este, leia-se: ter direito à maternidade, assim como o poder de decidir o momento e as condições em que esta pode ou não ocorrer.

Dworkin (2009) ressalta que a partir do momento em que uma mulher é forçada a ter uma criança, a qual não deseja, porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado, não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Assim, o corpo da mulher passa a ser patrimônio social, o que implica a perda de sua individualidade (VERARDO, 1987).

¹ O Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) é o organismo da ONU responsável por questões populacionais. Trata-se de uma agência de cooperação internacional para o desenvolvimento que promove o direito de cada mulher, homem, jovem e criança a viver uma vida saudável, com igualdade de oportunidades para todos. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/sobre-o-unfpa>. Acesso em: 27 out. 2018.

² 8.25 Em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar. Todos os governos e organizações intergovernamentais e não governamentais são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher; a considerar o impacto de um aborto inseguro na saúde como uma preocupação de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento família [...]. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/publicacoes/onu/413-declaracao-e-plataforma-de-acao-da-iv-conferencia-mundial-sobre-a-mulher>. Acesso em: 27 out. 2018.

³ §106 , j) reconhecer que as consequências, para a saúde, dos abortos feitos em más condições constituem um grande problema de saúde pública e, conforme acordado no parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, buscar remediar esse problema. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/cipd>. Acesso em: 27 out. 2018.

E no momento em que o corpo se transforma em patrimônio social, ele pode ser legislado. É nessa ótica que o útero é visto, como uma parte destacada. Uma parte autônoma a qual não integraria o corpo feminino. E, valendo-se dessa interpretação, ele poderia ser objeto das instituições religiosas, legislativas e executivas.

A imputação do aborto, ainda, impede os preceitos estabelecidos pelos próprios planos de ação internacional de Cairo e Pequim, consoante Buglioni (2012), tais quais: o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência, decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos, assim como o direito de ter acesso a informações de métodos contraceptivos que sejam disponíveis e acessíveis.

Nesse sentido, Pereira (2015) ratifica que os direitos à reprodutividade e à saúde sexual são inerentes ao ser humano, cabendo ao Estado, investir e procurar meios para assegurar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, como forma de garantia plena e satisfatória ao bem-estar físico, mental e social da mulher.

É nessa perspectiva que o tratamento dado pelo tema, no Brasil, no Código Penal de 1940, atinge a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, que diante da sua inobservância, suprime o conteúdo essencial mínimo, que será analisado para a devida compreensão do estudo.

3. A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ÓTICA DO ABORTO

Conforme Giovanetti e Silva (2016), foi na Constituição Federal de 1988 que a matéria dos direitos fundamentais foi tratada com o status jurídico que lhe é devido, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio. Desta feita, a dignidade da pessoa humana constituiu um requisito crucial da ordem jurídica estabelecida na Constituição Federal de 1988. Segundo Barroso (2012), o preceito fundamental denominado dignidade humana é caracterizado pelo conteúdo essencial mínimo que se divide em: valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo e valor comunitário.

Barroso (2012) pontua que o valor intrínseco, é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Desta feita, independe até mesmo da própria razão, presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental. Percebe-se que, no plano jurídico, os principais direitos fundamentais estariam representados pelo

valor intrínseco, isto é: direito à vida, à igualdade e o direito à integridade física, psíquica e mental.

Nessas circunstâncias, Pereira (2015) explicita que o tema aborto encontra-se em grande tensão, visto que, de um lado, movimentos pró-vida argumentam que a vida é um preceito fundamental, considerado soberano, não sendo disponível em relação aos outros direitos e princípios. Lado outro, a vedação ao direito de interromper a gravidez, traz violações aos valores intrínsecos, como a integridade física e psíquica da mulher.

Em relação à autonomia, Kant⁴ (2007) define como sendo o conceito segundo o qual todo o ser racional deve reputar-se como legislador universal considerando todas as máximas da sua vontade para, deste modo, julgar-se a si mesmo e as suas ações. Destarte, a autonomia é considerada como um livre arbítrio dos seres humanos, permitindo-os buscar, de acordo com suas próprias convicções, o seu ideal de viver.

Em decorrência do princípio da autonomia, a principal fundamentação para a descriminalização do aborto teria como pilar o reconhecimento ao direito à liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Autonomia sobre seu próprio corpo, leia-se: autonomia sobre seu próprio útero.

Verardo (1987) assevera que sobre o útero as instituições religiosas aplicam seus conceitos, o Estado legisla e os homens se apoderam. Um ser humano dotado de braços, pernas, tronco, órgãos, cérebro, emoções, alegrias, tristezas, sentimentos, lágrimas, risos, amores e paixões, a mulher, parece não existir nessa visão institucional e masculina.

Biroli (2014) afirma que o direito de decidir sobre manter ou não uma gravidez faz parte do direito a decidir sobre o próprio corpo, que por sua vez faz parte dos direitos individuais básicos. Em relação ao valor comunitário, Valle (2014) afirma que se caracteriza pela possibilidade de limitação da autonomia por algumas restrições que são impostas em nome de valores ou interesses sociais.

Ressalta-se que essa limitação advinda de preceitos externos deve levar em consideração três elementos, de acordo com Barroso (2012): proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais e compartilhados. Nessa seara, a análise do valor comunitário seria uma forma de restringir a autonomia, em face do valor intrínseco, posto que este estaria ligado à natureza do ser, possuindo assim, maior proteção do seu bem jurídico.

⁴ Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão, fundador da "Filosofia Crítica" - sistema que procurou determinar os limites da razão humana. Sua obra é considerada a pedra angular da filosofia moderna.

Barroso (2012) preceitua que, em relação ao primeiro objetivo – proteção dos direitos e da dignidade de terceiros –, qualquer sociedade deve impor sanções, sejam cíveis ou criminais, para resguardar valores, crenças, costumes e interesses. Nesse diapasão, não se paira dúvida que a autonomia pessoal poderá ser limitada, ainda que de forma parcial, para impedir comportamentos nocivos, em razão do princípio do dano e da ofensa.

Diante do exposto, fica nítido o controle do poder punitivo estatal, em face de violações aos valores intrínsecos dos indivíduos. Entretanto, o que se busca analisar é se há razoabilidade constitucional para restringir a autonomia do próprio corpo, em razão da vida em potencial do feto, em razão da existência de dois direitos fundamentais serem atingidos, razão pela qual será utilizado o método hermenêutico da proporcionalidade.

4. A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO HERMENÊUTICO DA PROPORCIONALIDADE NA REGULAÇÃO DO ABORTO

A questão do aborto defronta princípios fundamentais, visto que de um lado encontra-se o direito à vida do feto e, lado outro, os direitos constitucionais da mulher, o direito à liberdade, incluindo o direito à maternidade, bem como o direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação.

À vista disso, nas palavras de Franco (2006) todos estes direitos estariam remetidos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nessas circunstâncias, a indagação que nos surge é: como solucionar o um impasse entre direitos fundamentais em uma situação de aparente colisão entre eles?

Sob essa ótica, Alexy (2008) afirma que a distinção entre regras e princípios é de extrema importância para a teoria dos direitos fundamentais, pois que constitui a chave para a solução de problemas centrais, como os problemas relacionados à restrição a direitos fundamentais, à colisão entre esses direitos fundamentais e ao papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Segundo Silva (2019) as regras seriam razões definitivas para agir, ou seja, possuiriam as condições necessárias e suficientes para desencadear as consequências jurídicas por elas previstas, o que só não ocorreria em caso de invalidade. Os princípios, por sua vez, seriam meras razões *prima facie*, razões que indicam uma ou outra decisão, mas que podem não prevalecer em função da precedência de outro princípio.

Posto isto, Barroso (2001) determina que no caso de colisão de regras, aplica-se a forma de tudo ou nada (“*all or nothing*”). No que tange a colisão de princípios, deve-se reconhecer uma dimensão de peso ou importância. Destarte, em decorrên-

cia da colisão entre os princípios do direito à vida do feto e o direito à autonomia da mulher, deve-se aplicar o método hermenêutico da proporcionalidade.

Imperioso ressaltar que a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outros direitos fundamentais.

No voto de vistas do HC 124.306, Barroso (2016) discorre sobre princípio da proporcionalidade aplicando-o no contexto do aborto. Nesta seara, o subdivide em três, sejam eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desta maneira, na sua visão, havendo correlação destes, a tipificação penal estaria evidenciada.

De igual forma, a ADPF 442 (2017), traz no bojo de sua peça inicial a aplicação dessa técnica, que certifica a análise subprincípios expostos e confirma que se a lei falhar em algum, não será preciso continuar os exames subsequentes, pois será declarada inconstitucional. No que tange ao exame da adequação, Undurraga (2016) leciona que qualquer limitação aos direitos das mulheres deve cumprir um propósito. Desta maneira, seria necessário observar se a criminalização do aborto é uma medida efetiva para proteção do feto.

Em um estudo publicado na *Guttmacher Institute* e Organização Mundial da Saúde (OMS) fora constatado que os abortos ocorrem com mais frequência nas duas categorias restritivas de países (proibidos ou permitidos apenas para salvar a vida da mulher) do que na categoria menos restritiva (permitido sem restrição quanto à razão), com um quantitativo de 37 e 34 abortos por 1.000 mulheres, respectivamente. (GANATRA; GERDTS; ROSSIER et al., 2017).

Estima-se que ocorram 36 abortos por ano para cada 1.000 mulheres entre 15 e 44 anos em regiões em desenvolvimento, em comparação com 27 abortos em regiões desenvolvidas. A taxa de aborto diminuiu significativamente nas regiões desenvolvidas entre 1990 e 1994. No entanto, nenhuma mudança significativa ocorreu em regiões em desenvolvimento (GANATRA; GERDTS; ROSSIER et al., 2017).

Desta forma, analisando o primeiro requisito, percebe-se que o exame da adequação se tornou falho. O direito Penal aplicado como forma de criminalização do aborto não cumpriu com sua função. Assim, a medida torna-se desproporcional, devendo ser declarada inconstitucional.

No que concerne o exame da necessidade, Silva (2002), estabelece que um ato estatal que restringe um direito fundamental somente será necessário caso o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Desta forma, na referida análise, deve-se denotar se a criminalização do aborto é um meio necessário para tal fim. Nessa seara, necessário investigar se existem outros meios alternativos à criminalização, que protejam de uma maneira equilibrada o direito à vida do feto, assim como os direitos fundamentais da mulher, leia-se: direito à liberdade, à autonomia e direitos sexuais e reprodutivos.

Nessas situações, Barroso (2016) discorre sobre a importância de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Destaca-se que parcela das gestações não programadas está relacionada com a falta de informações e de acesso a métodos contraceptivos. Destarte, o problema do abortamento poderia ser amenizado com programas do planejamento familiar, como a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual.

Uma política alternativa implantada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo, conforme leciona Barroso (2016), seria a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre). Contudo, necessário cumprir alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida, como o procedimento de aconselhamento e um período de reflexão prévia.

A França é um exemplo dessa mudança na taxa de aborto. Um estudo do *Institut National D'Etudes Démographiques* demonstra que em 1976 o número absoluto de abortos declarados foi de 134.173 e o número médio de aborto por mulher chegou a 0,66. Em contrapartida, em 2014 houve uma redução do número absoluto de abortos, totalizando 126.464, sendo o número médio de 0,51 (INSTITUT NATIONAL D'ETUDES DÉMOGRAPHIQUES, 2016).

É nesse aspecto que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 propõe a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, além do reconhecimento do direito constitucional das mulheres interromperem a gestação nas primeiras 12 (doze) semanas. É inegável que a opção de ser ou não mãe envolve uma série de fatores econômicos e sociais. Portanto, cabe ao Estado atuar com políticas preventivas que possam prevenir a gravidez indesejada.

Nas palavras de Verardo (1987), se as condições socioeconômicas do país fossem diferentes, com fornecimentos de creches, aposentadoria decente, serviços médico-hospitalares, distribuição de renda ou serviços básicos de infraestrutura, além de oportunidades sociais para que a mulher procurasse, em primeiro lugar, sua realização pessoal através do trabalho, dos estudos, ela poderia melhorar seu padrão financeiro de vida e assim, poder escolher livremente se quer ou não ser mãe.

No que concerne ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, Undurraga (2016) determina que esse exame busca determinar se os benefícios alcançados por uma lei que afete um direito constitucional são maiores que suas desvantagens. Imprescindível analisar se a aplicação do direito penal no que tange a criminalização do aborto, que viola preceitos fundamentais das mulheres, reporta em maiores vantagens do que a supressão inicial da vida do feto.

É inegável que a criminalização do aborto torna deficiente a proteção ao direito à liberdade, autonomia, à cidadania, à proteção à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Por outro lado, percebe-se que incriminação do aborto, não faz jus, de forma efetiva, ao direito à vida do feto, pois, como demonstrado, o número de abortos é mais alto em países de categorias mais restritivas.

Sob a perspectiva de Barroso (2016), criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. Retrata-se, ainda, que o ministro Britto (2008) pronunciou-se na ADI 3.510 afirmando que vida do nascituro varia de acordo com o seu desenvolvimento biológico. Desta maneira, o grau de proteção do feto vai se expandindo na medida em que ocorre a progressão na gestação.

Nesta seara, diante de tudo o que fora exposto, é de se arrematar que, através do método hermenêutico da proporcionalidade, no que tange aos princípios do direito à vida do feto e à liberdade, autonomia, cidadania e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, fica notório em que os últimos devem prevalecer.

Assim, a ADPF 442 (2017) demonstra, na sua peça inicial, que a tipificação do aborto é desproporcional e ilegítima. Ressalta-se que a ação em comento não se reporta apenas à análise da proporcionalidade para a demonstração da ilegitimidade do aborto, mas também, utiliza-se a visão da Suprema Corte, ao considerar o nascituro como pessoa não constitucional, o qual será abordado a seguir.

5. O NASCITURO COMO PESSOA (NÃO) CONSTITUCIONAL NA VISÃO DA SUPREMA CORTE

Segundo Dworkin (2009), o caso Roe contra Wade é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos. De acordo com Morais (2009), a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1973, declarou inconstitucional qualquer lei que proibisse a interrupção voluntária da gravidez até o segundo trimestre de gestação.

Dworkin (2009) descreve que o fundamento proferido pelo juiz Blackmun, no caso em tela, fora da autonomia reprodutiva da mulher, no aspecto ao direito

à privacidade, amparada como garantia fundamental. O juiz Blackmun decidiu, contudo, que o feto não é uma pessoa no sentido contemplado pela Constituição Nacional.

Nessa perspectiva, sob a ótica da Suprema Corte brasileira, em razão da propositura da ADI 3510, assim como ocorreu no caso de Roe contra Wade, surge o questionamento se o feto seria considerado uma pessoa constitucional. Proposta pelo Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo como alvo o art. 5 da Lei Federal 11.105- lei de biossegurança- que preceitua sobre a permissão de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, caso seja atendidas condições necessárias.

Ademais, Fonteles (2008), argumentou que os dispositivos impugnados contrariavam a inviolabilidade do direito à vida, tendo em vista que o embrião seria considerado vida humana, e, desta maneira, faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, sobre tal temática, o Ministro Ayres Britto discordou dessa posição, proferindo seu voto no sentido de que:

O embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (BRITTO, 2008, p. 4).

Diante desse posicionamento, e através da análise constitucional, fica claro que não há nenhuma disposição específica sobre quando se consideraria surgida à vida, nem sobre a partir de quando o direito à vida seria protegido. Britto (2008) afirma que, quando a Constituição dispõe sobre “dignidade da pessoa humana”, intitulada no art. 1º, inciso III, ou, ainda, quando se refere aos “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34) e de “direitos e garantias individuais”, estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa.

Desta forma, seja de nacionalidade brasileira ou estrangeira, somente um ser humano já nascido adquire a garantia dos direitos fundamentais da vida, à igualdade e à liberdade. Conforme explana Britto (2008), em uma primeira análise, conclui-se que a Constituição Federal não protege todo e qualquer estágio da vida humana, como um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, dotada de compostura física ou natural.

Assim, fica claro que não há uma negação ao direito à vida do nascituro. Entretanto, existe certo grau de proteção constitucional do feto. É nessa seara que Barroso (2016) explicita no seu voto vencedor do HC 124.306 que seria necessário reconhecer o peso concreto do direito à vida do nascituro e, o grau de proteção constitucional do feto, pois este é ampliado na medida em que a gestação avança, adquirindo, assim, maior peso concreto.

Os entendimentos respectivos (do ministro Ayres Britto e do ministro Barroso) se materializam em perfeita consonância com os dispositivos internacionais, que, segundo Castro (2018), não especificam quando se consideraria surgida à vida, quais sejam: A Declaração Universal de Direitos Humanos que dispõe que todo ser humano, tem direito à vida, liberdade e segurança, bem como, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o qual prevê que o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece no seu artigo 4.1, que toda pessoa teria direito à vida. Porém, esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ademais, ninguém poderia ser privado da vida arbitrariamente. Nessa ótica, como inexistem dispositivos que determinem o início da vida, não há como estender o conceito “toda pessoa tem direito à vida” ao nascituro em qualquer estágio do desenvolvimento.

Castro (2018) ratifica que à expressão: “em geral” foi incluída para evitar que a previsão de proteção da vida obstasse as leis internas de cada país que autorizassem a realização do aborto. Nessas circunstâncias, fica perceptível que o direito à vida do nascituro não seria absoluto, admitindo exceções em caso de conflitos com preceitos fundamentais em que estes deveriam prevalecer.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, evidenciou-se que não há razoabilidade constitucional para a tipificação do aborto. Denota-se a afronta aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como à igualdade, à autonomia e à integridade física e psíquica da mulher.

É inegável que há grandes discussões acerca da existência de direitos fundamentais do nascituro, como o direito à vida. Nota-se que, no presente estudo, não foram negadas essas garantias constitucionais. Pelo contrário, o que fora demonstrado é que, na análise hermenêutica da proporcionalidade, essas garantias do feto, nas primeiras 12 (doze) semanas, poderiam ser relativizadas em face das garantias constitucionais das mulheres.

Ademais, fora demonstrado a visão da Suprema Corte, na análise da Ação de Descumprimento de Preceito fundamental nº 442, que o feto não é possuidor do status de pessoa constitucional. Desta feita, seria legítima a sua proteção infra-constitucional de maneira gradual. Porém, essa proteção não poderia ultrapassar os limites constitucionais reservados as mulheres.

É de se notar que o aborto ainda é considerado um grande tabu na sociedade brasileira. E, em decorrência disso, o tema é alvo de grandes controvérsias e discussões. De um lado, movimentos pró-vida argumentam que a vida é soberana. Lado outro, movimentos pró-escolhas, formado por feministas, buscam colocar em pé de igualdade os seus direitos com os dos homens e assim, garantir na sua totalidade o princípio da dignidade humana.

Além do que, no decorrer da tese, deu-se mais enfoque ao direito à autonomia, dignidade humana e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois, esses três princípios servem como tripé para a descriminalização do aborto. Evidente que na visão dos diversos autores mencionados, ficou perceptível que a autonomia da mulher é suprimida, assim como, sua sexualidade em face das instituições religiosas, legislativas e executivas.

Na verdade, o Estado legisla o útero como parte autônoma do corpo humano. A maternidade torna-se compulsória e suas escolhas de planejamento familiar desaparecem. Desta maneira, diante dessa efervescência para asseverar a igualdade material prevista na Constituição, surge a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 como proposta de não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, garantindo às mulheres o direito ao aborto nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação.

Logo, faz-se necessário analisar o aborto do ponto de vista jurídico, considerando a laicidade do Estado, para uma possível resolução desse conflito entre bens jurídicos tutelados. Destarte, é preciso procurar outras alternativas como políticas adequadas de educação sexual e reprodutiva, concessão de licença a maternidade e acesso a creches públicas seriam exemplos mais eficazes do que a tipificação do aborto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Aqui, Lá e em Todo lugar. A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional. Separata da. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 08 set. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Voto-vista HC 124.306*. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.
- BIROLI, Flávia. Autonomia e Justiça no debate sobre o aborto: Implicações Teóricas e Políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, set./dez. 2014.
- BUGLIONI, Samatha. Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça. *E-gov UFSC* - Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, Florianópolis, 26 mar. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-e-sexualidade-uma-quest%C3%A3o-de-justi%C3%A7a> Acesso: 17 set. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/203510> Acesso em: 09 set. 2018.
- CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. *Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da Constituição Cidadã*. p. 334-359. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/924_511_direitossexuaisereprodutivosnaconstituicao.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.
- DEFENSORIA PÚBLICA GERAL. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro* / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa de Mulher dos Direitos Humanos, CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista do ICP* (Instituto de Ciências Criminais), Belo Horizonte, v. 1, p. 5-86, 2006. Acesso em: 08 de ago. 2018.
- GANATRA, Bela; GERDTS, Caitlin; ROSSIER, Clémentine et al. Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model. *The Lancet*, [s. l.], v. 390, nov. 2017.
- GIOVANETTI, Lais; SILVA, Juliana Giovanetti Pereira da. Os delineamentos de uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1988. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 2, n. 1, 2017.
- GONÇALVES, Letícia; DIAS, Clara. O debate sobre aborto no Brasil: bioética, biopolítica e a Perspectiva dos Funcionamentos como horizonte de justiça. *METAXY* - Revista do Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos do NEPP-DH/ UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2017.

GRAZIELLA, Morais. Roe contra Wade: Uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. *Universitas JUS*, Brasília, n. 18, p.1, jan./jun. 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.

PEREIRA, Thiago Soares; SILVA, Matheus Passos. *O princípio da Dignidade Humana e a autonomia da Mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto legal*. Brasília: Vestnik, 2015.

PETIÇÃO do Centro Acadêmico XI de Agosto, Coletivo Feminista Dandara, Escritório USP e Núcleo de Práticas Jurídicas em Direitos Humanos- AmicusCuriae. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 18 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Bruno Sacramento Santos. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

UNDURRAGA, Verônica. O princípio da Proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre o aborto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 15-44, 2016.

VALLE, João Paulo Lawall. *A Dignidade Humana como conteúdo essencial mínimo*. 2014. Disponível em <https://blog.ebeji.com.br/a-dignidade-humana-e-o-seu-conteudo-minimo/>. Acesso em: 22 set. 2018.

VENTURA, Miriam; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; BARSTED, Leila Linhares. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil - Fundo de População das Nações Unidas*. Brasília: UNFPA, 2004.

VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* São Paulo: Moderna, 1987.

VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e Políticas Sexuais no Brasil: o Panorama Atual*. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004.