



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

REGIANE VIEIRA LOURENÇO

**ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA E SUA NECESSÁRIA
DESCRIMINALIZAÇÃO**

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2019

REGIANE VIEIRA LOURENÇO

**ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA E SUA NECESSÁRIA
DESCRIMINALIZAÇÃO**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Almir Fraga Lugon

CARATINGA - MG

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela saúde e disposição que me permitiu realizar este trabalho.

Agradeço aos meus pais e meu irmão, que foram meus maiores incentivadores durante todos os anos que estive na faculdade.

Ao meu professor e orientador, Almir Fraga Lugon, que me acompanhou pontualmente, dando todo o auxílio necessário para a elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste estudo.

“Que vossos esforços desafiem as impossibilidades,
lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram
conquistadas do que parecia impossível.”

- CHAPLIN, Charles.

LISTA DE SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
ART	Artigo.
STF	Supremo Tribunal Federal.
CFM	Conselho Federal de Medicina.
OMS	Organização Mundial de Saúde.
PF	Planejamento Familiar.
FEBRASGO	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.
ONU	Organização das Nações Unidas.
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade da descriminalização do aborto e o possível enfrentamento fora do sistema penal, de modo mais eficaz e não danoso, sem que as mulheres tenham que suportar o aborto inseguro, uma vez que hoje no Brasil o aborto é considerado crime, exceto quando ocorre naturalmente ou quando praticado por médico capacitado em três situações: 1) em caso de risco de vida para a mulher causado pela gravidez; 2) quando a gestação é resultante de um estupro; 3) se o feto for anencefálico. No entanto, é grande o número de mulheres que não se encontram nessas situações acima descritas e realizam abortos inseguros. Isso traz sérias complicações, sendo por isso, um grave problema de saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Descriminalização; Saúde das Mulheres; Proteção aos Direitos da Personalidade; Planejamento Familiar;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....
CAPÍTULO I - ABORTO, UM PONTO CONSTITUCIONAL SOBRE O RESPECTIVO TEMA	10
1.1 Princípios e direitos constitucionais	10
1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	12
1.3 Proteção aos direitos da personalidade	14
1.4 Princípio da autonomia	15
1.5 Tratados e convenções internacionais	17
1.6 Neoconstitucionalismo e a interpretação conforme a constituição	18
CAPÍTULO II – O TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO NO BRASIL	22
2.1 Definição e conceito	22
2.2 O aborto sobre o direito penal	23
2.3 Classificação	25
2.4 As espécies de aborto autorizadas por nosso ordenamento jurídico	27
2.5 As questões envolvendo os fetos anencéfalos	27
2.6 As questões envolvendo o nascituro	28
CAPÍTULO III- O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA	31
3.1 Uma questão de saúde pública	31
3.2 Dos direitos sexuais e reprodutivos	33
3.3 Da lei do planejamento familiar	34
3.4 Estáticas do aborto no Brasil	37

3.5 Descriminalização e legalização do aborto	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A discussão sobre o aborto, no caso brasileiro, não é apenas uma controvérsia entre grupos religiosos, movimentos feministas, ou responsáveis pela formulação de políticas públicas relacionadas ao tema: ela toca em elementos muito mais sérios para a consolidação de uma democracia que garanta o acesso aos direitos mais fundamentais, como o direito a dispor sobre o próprio corpo, a todos os seus cidadãos. Com isso as interpretações são ambíguas entre o direito da livre escolha da mulher e a proteção da “vida do feto”, sendo, portanto, o momento em que há confronto de direitos.

Diante das principais pesquisas sobre aborto no Brasil, comprovam que a ilegalidade do aborto traz consequências negativas e perigosas para a saúde das mulheres, e pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social e de gênero.

O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para a prática do aborto seguro, portanto, não há o que se questionar que, o aborto é de fato uma questão de saúde pública.

Contudo, a criminalização do aborto não impede que as mulheres recorram à sua prática, pois sabemos da existência de milhares de clínicas clandestinas que realizam o procedimento. Há clínicas bem equipadas e com profissionais que cobram altos preços, que destinam-se às mulheres com condição econômica superior à maioria das mulheres brasileiras. As que padecem da falta de recursos financeiros recorrem a procedimentos sem a devida estrutura, tanto de equipamentos quanto de pessoal devidamente habilitado, fazendo aumentar o risco de morte de mulheres pobres.¹

Com isso, o objetivo deste trabalho é mostrar que a criminalização do aborto está sendo mantida como um enorme custo social, impedindo a implantação e efetivação de medidas realmente seguras para o enfrentamento do problema e acarretando às mulheres terríveis sequelas, ou até mesmo a morte, levando em consideração que os Estados têm o dever, bem como a obrigação ética e jurídica, de assegurar o exercício de todos esses direitos e de garantir às mulheres o direito à igualdade, à tolerância, à dignidade, à liberdade e, a autonomia e principalmente, à saúde.

Neste sentido, a pesquisa utilizada será teórico-dogmático tendo em vista a utilização de doutrinas, bem como a legislação pertinente ao tema, manuseio de jurisprudências e

¹ SANTOS et al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. [Internet]. Rev. bioét. (Impr.). 2013.;21 (3). p. 494-508. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300014 . Acesso 04/11/2019.

artigos. A natureza da presente pesquisa se revela ser transdisciplinar, devido ao cruzamento e investigações de informações em diferentes ramos do direito, tais como Direito Internacional, Direito Penal e Direito Constitucional. Também possui conteúdo interdisciplinar entre o Direito e as relações morais e religiosas no que tange a descriminalização do aborto.

A pesquisa realizada é apresentada em três capítulos. O Capítulo 1 tratarei sobre um ponto constitucional em todos seus aspectos. No Capítulo 2 tratarei sobre a definição bem como a classificação de aborto no Brasil atualmente, aborto sobre o âmbito penal, as espécies de aborto legalizados no nosso ordenamento jurídico e sobre os fetos anencéfalos. O Capítulo 3 tratarei sobre a questão da saúde pública no Brasil e a descriminalização e legalização do aborto no Brasil. E por fim, farei uma conclusão sobre a respeito do respectivo tema.

CAPÍTULO I- ABORTO, UM PONTO CONSTITUCIONAL SOBRE O RESPECTIVO TEMA

1.1 Princípios e direitos constitucionais:

Os princípios constitucionais nada mais são do que as principais normas fundamentais de condutas mediante às leis já impostas, além de exigências básicas ou fundamentos para tratar uma determinada situação e podem até ser classificados como a base do próprio Direito.

Assim, traremos para o presente, o conceito de Princípio na visão de Reale, onde assim ele discorre que “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a cada porção de realidade”.²

Não se pode deixar de dizer que a ciência é informada por princípios, não sendo diferente com o direito, que também o é. Sobre o tema, temos a precisa lição de Sundfeld a qual descrevemos que “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.”³

Já o entendimento de Canotilho, os princípios constitucionais são de natureza plúrima o qual possui entendimentos variados, é o que vemos quando ele menciona: “princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral”.⁴

Nesta esteira, é possível analisar que a Constituição Federal de 1988, logo no seu Título I, artigo 1º, demonstra a pluralidade dos princípios, quando traz alguns dos mais importantes princípios fundamentais, ou seja, quando é declarado que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ‘a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.’⁵

Os direitos e garantias fundamentais têm sido reconhecidos e inseridos no ordenamento jurídico conforme o evoluir da história. A evolução desses direitos está atrelada a acontecimentos históricos que implicaram em conquistas de direitos que reconheceram a

² REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.60.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamento do Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.133.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003, p.178.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

existência do homem como detentor de direitos inerentes a sua natureza. Dessa forma, foram estabelecidas as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, reconhecendo e estendendo em cada geração a melhoria dos mesmos.

Nesse contexto, Sidney Guerra assim assevera:

(...) os direitos se firmaram a partir de três momentos distintos, no decorrer de três séculos: os direitos civis, que podem ser expressos pela igualdade perante a lei e pelos direitos do homem, no século XVIII; os direitos políticos ganharam amplitude no século XIX, em decorrência da ampliação do direito de voto no sentido do sufrágio universal, os direitos sociais, no século XX, pela criação do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*).⁶

Desta feita, a cada necessidade de utilizar-se o direito como instrumento de transformação social para garantir condições dignas de viver para o homem, novos direitos fundamentais serão conquistados, sendo um processo dinâmico e constante.

No que tange as garantias fundamentais, estas seriam os enunciados de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos, para a proteção, reparação ou reingresso em eventual direito fundamental violado.

No que se entende pela concretização das garantias dos direitos fundamentais também assevera o doutrinador George Sarmento:

A concretização dos direitos fundamentais também exige uma forma: a democracia. A efetividade está condicionada a uma ambiência democrática em que o Estado de Direito assegure a prevalência do princípio da legalidade, a independência dos três poderes, a eficiência do controle de constitucionalidade e a normalidade das instituições republicanas. Além disso, a efetividade está ligada à constitucionalização das *garantias processuais* (como o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito a não autoincriminação, o duplo grau de jurisdição etc.) e dos *remédios jurídicos processuais* (como o *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, *habeas data*, ação civil pública etc.).⁷

Desse modo, as garantias dos direitos fundamentais tratam da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, mediante as quais a própria Constituição tutela a observância ou a reintegração dos direitos fundamentais.

Talvez a maior dificuldade que se encontre ao analisar a questão do aborto no âmbito constitucional seja o fato de que a própria Carta Magna não foi explícita ao tratar do assunto, cabendo a tarefa de dispor sobre o assunto à legislação infraconstitucional. José Afonso da Silva ao tratar do assunto, dispõe que:

⁶ GUERRA, Sidney. Direitos humanos curso elementar. / Sidney Guerra – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 56.

⁷ SARMENTO, George. Direitos humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais / George Sarmento. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

A Constituição não enfrentou (o tema aborto) diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com a vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida.⁸

Neste mesmo sentido Ricardo Cunha Chimenti salienta que,

O Constituinte de 1988, não esclareceu se garante o direito à vida desde a concepção ou somente após o nascimento com vida. Não tendo optado por nenhuma das duas hipóteses, significa que a questão pode ser tratada pela legislação infraconstitucional. Foi o que ocorreu quando o art. 4º do CC/1916 (art. 2º do novo CC) assegurou, desde a concepção, os direitos do nascituro. Reconheceu-se, portanto, a existência da vida intra-uterina.⁹

A omissão do constituinte dá margem a ampla discussão doutrinária e social, uma vez que coube à legislação infraconstitucional decidir pela proteção da vida intra-uterina. A hierarquia de normas leva ao questionamento da sobreposição ou não dos direitos fundamentais, tais quais o direito à liberdade, dignidade da pessoa humana e a auto-determinação.

1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana:

O Princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se recepcionado no art.1º, inciso III, da CF/88, pois vem a ser um valor supremo de ordem jurídica, considerado uns dos princípios mais importantes por englobar todos os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 1º, inc. III, está escrito que:

Título I. Dos Princípios Fundamentais. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direto e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido posiciona-se Pelegrini “o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa

⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

⁹CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008

humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão freqüentes à sua dignidade”.¹⁰

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, o alicerce, estatuto jurídico dos indivíduos que confere sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais garantindo assim, direitos que são necessários a todos os seres humanos.¹¹

A dignidade da pessoa humana se correlaciona diretamente ao conceito de mínimo existencial, ou seja, deve ser visto como a base e o alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental e essencial, sem o qual não conseguiríamos viver, sendo ele um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, exigindo que o Estado ofereça condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade destes direitos.

Para Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.¹²

Os direitos abrangidos pelo mínimo existencial são os que estão relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição Federal devendo o Estado desenvolver programas para que esses direitos alcancem o indivíduo.

Nesse mesmo contexto preleciona José Afonso da Silva:

Nota-se que o ser humano tem o direito, e o Estado o dever, a preservação da vida. Mas não é a vida pura e simplesmente no sentido de existência. É a preservação da vida como um direito fundamental, é a garantia a uma vida digna. Isso porque o ser humano “reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social.”¹³

Este princípio acarreta garantias de condições mínimas de existência, sendo a existência digna, a vida digna, fim da ordem econômica, aonde não se tolera desigualdade entre os componentes de uma sociedade, buscando sempre o razoável para se ter uma vida digna.

¹⁰ PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Revista BoniJuris., Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abril 2004, p 05.

¹¹ ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001, p.132.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, p. 32 e 33.

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 85.

1.3 Proteção aos direitos da personalidade:

O direito da personalidade é o que direito que a pessoa tem de defender os direitos de sua própria existência. Eles não são direitos patrimoniais, mas sim aqueles que dizem respeito aos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa.

Os direitos da personalidade são normalmente definidos como o direito irrenunciável e intransmissível de todo indivíduo, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, de acordo com o artigo 11 do Código Civil de 2002.¹⁴

Desta feita, os direitos da personalidade são absolutos porque possuem eficácia contra todos, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los.

George Sarmiento, também nessa linha, assevera que:

Os direitos da personalidade são atribuídos indissociáveis do ser humano, visto em sua dimensão individual. São posições subjetivas que impõem a terceiros o dever de não intervenção sobre a esfera física, intelectual e moral de cada pessoa. Nesse sentido, são considerados direitos negativos, pois impedem ingerências indevidas de terceiros, sob pena de responsabilização penal e civil.¹⁵

Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma de direitos por tutelarem bens da personalidade humana e reunirem características próprias. Características estas que lhes garantem uma proteção necessariamente mais eficaz, pois possuem como objeto os bens mais elevados do ser humano.

Assim classifica os direitos da personalidade o doutrinador George Sarmiento:

(...) a) *direitos a integridade física* – direito à vida, direito às partes do corpo, direito à liberdade, direito à incolumidade corporal, direito à segurança alimentar etc. b) *direitos à integridade intelectual* – liberdade de expressão, liberdade de consciência, liberdade de informação e comunicação, direitos autorais etc. c) *direito à integridade moral* – direito à intimidade, direito à vida privada, direito à hora e direito à imagem, bom nome, reputação.¹⁶

Os direitos da personalidade são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e estes são inerentes ao próprio homem, quando passam a integrar a legislação de um Estado – seja em nível constitucional, seja em nível infraconstitucional – recebem todo o sistema de proteção próprio, com proteção específica e mais eficaz.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 03/11/2019.

¹⁵ SARMENTO, George. Direitos humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais / George Sarmiento. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

¹⁶ SARMENTO, George. Direitos humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais / George Sarmiento. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72

No ordenamento jurídico, nota-se a opção pelo direito geral da personalidade no preâmbulo da Constituição Federal, que anuncia a liberdade, a segurança, o bem-estar social, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Ademais, a dignidade humana é fundamento da República e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesta linha assevera Carlos Roberto Gonçalves:

O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (CF, art. 1º, III). Segue-se a especificação dos considerados de maior relevância — intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas —, com a proclamação de que é “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X).¹⁷

Dessa forma, podemos identificar os direitos já assegurados de todos os seres humanos, inclusive o da mulher, de ter seus direitos individuais respeitados, sem intervenção de terceiros em sua vida privada, cabendo apenas a si mesma a tomada de decisões e a gerencia de sua vida.

Sendo assim, corolário da condição humana, é o poder de exigir que o Estado, a sociedade e os cidadãos não se imiscuem no universo particular do indivíduo, pois a criminalização do aborto, viola a autonomia da mulher, ou seja, o direito que as mesmas possuem em realizar suas livres escolhas, principalmente em relação ao seu próprio corpo, não podendo o Estado interferir nesse tipo de escolha.

1.4 Princípio da autonomia:

O princípio da autonomia da vontade nada mais é do que o sujeito de direito poder decidir e escolher livremente, praticar ou deixar de praticar determinados atos. É o direito é traçar suas próprias condutas, sem que seja submetido a imposições de outrem.

Assim preleciona José Lourenço:

A autonomia da vontade é a manifestação da liberdade jurídica individual, que, do ponto de vista dinâmico, traduz-se em um poder particular, que garante ao indivíduo a possibilidade de agir, ou deixar de agir, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir relações.¹⁸

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves – São Paulo: Saraiva 2011, p.156.

¹⁸ LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

A autonomia da vontade passou a ser chamada autonomia privada, revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão desta mesma lei, representando um poder conferido pelo Estado aos indivíduos.

Essa permissão dada ao indivíduo torna-se princípio fundamental, umas das bases do ordenamento, mas, para se evitar os abusos, o mesmo Estado que concede uma faculdade é obrigado a limitá-la, em relação a que se deve estar sempre atento para que, de abusos individuais não passemos à opressão estatal.

Nessa linha também leciona José Lourenço:

A autonomia privada já existe em momento anterior ao ato jurídico em geral, antes da pactuação do negócio jurídico, pois às partes é dada a prerrogativa (autonomia privada) de firmar ou não aquele ato. O indivíduo não tem liberdade quanto às consequências do ato jurídico stricto sensu, entretanto, “com a prévia ciência da inexistência dessa autonomia, há a liberdade de deixar de praticar o ato em razão de suas consequências”.¹⁹

A autonomia privada atua no campo dos interesses privados, os quais são determinados por via de exclusão, ou seja, são todos aqueles interesses cuja tutela o Estado não assume por si, nem impõe a outros.

Neste sentido assevera Daniel Sarmento:

[...] a autonomia privada, entendida como a capacidade do sujeito de autodeterminação da vontade para a produção de efeitos jurídicos representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno.²⁰

No sistema jurídico brasileiro a tutela constitucional da autonomia privada pode ser diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana. A liberdade da pessoa é o requisito indispensável para as decisões responsáveis e para a própria possibilidade de decidir.

1.5 Tratados e convenções internacionais:

Inicialmente, conceituam-se os institutos. Tratado é o acordo formal entre os sujeitos de Direito Internacional Público – Estados, organismos internacionais e outras coletividades – proposto a gerar efeitos jurídicos em caráter internacional. As convenções, por sua vez, são um tratado multilateral que prevê normas gerais aos seus partícipes.

¹⁹ LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 12

²⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 154.

A Convenção de Viena define tratado internacional como um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica.²¹

A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 em Viena, reconheceu no artigo 18 de sua Declaração que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher.²²

A Carta das Nações Unidas reafirmam a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher.²³

Os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, de acordo com o artigo 3º do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos.²⁴

Adentrando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, está é o principal marco da internacionalização da igualdade de gêneros com o direito fundamental.

Senão, vejamos o artigo 1º da referida Convenção:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e

²¹ BRASIL. Decreto nº7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 14 de dezembro de 2009; 188o da Independência e 121o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em: 05/11/2019.

²² DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de Junho de 1993.

²³ BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Vide Decretos nºs 1.384, 1.516, 1.517 e 1.518, de 1995. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Acesso em: 05/11/2019.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 05/11/2019.

da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.²⁵

A reconvenção relembra que discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade.

Ao ratificar a Convenção. O Brasil assumiu o compromisso de adotar medidas para a eliminação da discriminação de gênero não somente no espaço público, mas também na esfera privada. Assim, o Estado comprometeu-se a não praticar qualquer ato que importe em discriminação contra a mulher, bem como a tomar medidas apropriadas para eliminar a discriminação praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa.²⁶

Nesse contexto assevera o doutrinador Sidney Guerra:

Referida Convenção objetivou o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a mulher, ou seja, não se trata apenas de buscar mecanismos para que ela não seja discriminada, mas também viabilizar condições para que possa ter maiores oportunidades numa sociedade tradicionalmente machista, buscando, com isso, a materialização da igualdade entre os sexos. Significa dizer que as mulheres, a partir do entendimento da Convenção, devem ser titulares de seus direitos e de suas vontades no mesmo nível que os homens.²⁷

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado.

1.6 Neoconstitucionalismo e a interpretação conforme a constituição:

Neoconstitucionalismo é uma corrente que preve uma nova forma de utilizar e operar todo o sistema jurídico conforme a Constituição. Ele tem como objetivo refundar o direito constitucional com base na teoria dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Walber de Moura Agra assevera:

²⁵BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 13 de setembro de 2002; 181o da Independência e 114o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm Acesso em: 05/11/2019.

²⁶ Artigo 2º, alíneas “d” e “e” da Convenção.

²⁷ GUERRA, Sidney. Direitos humanos curso elementar./Sidney Guerra–São Paulo : Saraiva, 2013, p 229.

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça tributiva.²⁸

Ensina Luís Roberto Barroso que o novo direito constitucional foi o constitucionalismo do segundo pós-guerra. Após esse período ficou demonstrado o fracasso do Positivismo (uma corrente teórica inspirada no ideal de progresso contínuo da humanidade), cuja principal característica era o caráter avalorativo na interpretação constitucional, o que permitiu o surgimento de concepções jurídicas despreocupadas com os direitos humanos.²⁹

O Positivismo trata-se da aplicação da filosofia positivista no Direito, a qual retira dele a ideia de justiça, ao mesmo tempo em que se retira da filosofia a ligação que se faz com a ideia de valores. Em outros termos, o Direito somente é aquele posto pelo Estado (por meio das autoridades competentes para tanto), ou seja, válida o direito positivo a ponto de não abrir margem à interpretação da norma legal.³⁰

O pós-positivismo é aquele que é definido por Barroso como:

Designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.³¹

Sarmiento alerta para o fato de que o neoconstitucionalismo não é um instituto em si, mas algo que envolve vários fenômenos diferentes, senão vejamos:

Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo e aplicação do Direito; rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre Direito e Moral; judicialização da política e das relações sociais, com deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.³²

²⁸ AGRA, Walber de Moura, Curso de Direito Constitucional, 4. Ed., p.31.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br> Acesso em 11/11/2019.

³⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> . Acesso em: 11/11/2019.

³² SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233.

Quando uma Constituição incorpora certos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade, liberdade e igualdade) ao direito positivo estabelece-se uma relação necessária entre Direito e moral. Devido a inclusão de diversos direitos fundamentais e inúmeros princípios, demandou a CF/88 a necessidade de criação de uma categoria para melhor operacionalizar a aplicação efetiva dessas novas normas positivadas.

Neste sentido, assevera Sarmiento:

Como boa parcela das normais destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação, sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios colidentes, frequentes em constituições marcadas pelo pluralismo axiológico, deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial.³³

Ao juntar ideias de constitucionalismo e de democracia, surgiu uma nova forma de governança e de organização político-jurídica, também como "Estado Democrático de Direito", onde a dignidade da pessoa humana passou a ser o seu fundamento maior.

De acordo com Luiz Roberto Barroso, houve uma grande mudança a respeito da interpretação jurídica com este avanço do Direito Constitucional, pois verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no texto normativo disponível e ao juiz já não lhe cabe apenas a função de conhecimento técnico. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.³⁴

As principais características do neoconstitucionalismo de acordo com Emílio Gutierrez Sobrinho são a supremacia do texto constitucional; garantia, promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional.³⁵

É através do movimento pós-positivista e do neoconstitucionalismo que o STF tem defrontado com novos temas impregnados de conteúdo moral com base nos princípios são resolvidos, formando precedentes para que a cada dia possam vir a buscar soluções para determinados casos complexos.

³³ SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.119.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> . Acesso em: 11/11/2019.

³⁵SOBRINHO, Emílio Gutierrez. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional>Acesso em: 11/11/2019.

CAPÍTULO II – O TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO NO BRASIL

2.1 Definição e conceito:

A palavra aborto vem do latim ab-ortus que significa privação do nascimento a interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, tendo como resultado a destruição do produto da concepção, assim também conceitua Pierandeli.³⁶

Sob o ponto de vista médico legal, considera-se aborto: “a interrupção da gravidez até a 20a ou 22a semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm (...) Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina e é mundialmente aceito pela literatura médica”³⁷

Capez conceitua aborto da seguinte forma:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.³⁸

O aborto é caracterizado pela morte do feto, podendo ser de causas naturais, acidentais ou criminosas. E só é considerado como crime quando não respeitadas às normas dos artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro.

O que se pode perceber é que as leis punitivas relativas ao aborto estão em desuso, uma vez que quase não são constatadas no meio judicial, embora sua prática seja constante.

Neste mesmo sentido preleciona Rogério Greco:

A todo tempo são travadas discussões que ora giram em torno da sua revogação, ora da sua manutenção no nosso Código Penal. [...] embora proibido pela lei penal, sua realização é frequentemente constante, o que é pior, em clínicas clandestinas que colocam em risco também a vida da gestante.³⁹

Neste contexto, pode-se perceber que um dos principais motivos da prática do aborto

³⁶PIRANDELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

³⁷CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Fundada no dia de 30 de setembro de 1957. Consulta nº 24.292/00. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/> Acesso em: 04/11/2019.

³⁸ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte especial. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

³⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 11 ed. Niterói, 2015. p. 234.

está relativamente condicionado à situação de pobreza da gestante ou da família, evidenciando que o Estado não cria mecanismo político, social e econômico para que possa atender o indivíduo em situação de pobreza.

2.2 O aborto sobre o direito penal:

A prática do aborto nem sempre foi considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Pereira e Silva, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal o aborto era condenado e repudiado pelos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, buscando sempre atender os preceitos da Igreja Católica.⁴⁰

Como o crime do aborto não era positivado naquela época, não havia um tipo penal punitivo para a sua prática. “Na época associava-se a prática à maternidade e ao casamento, de forma que quem o praticava sofria punições morais e religiosas severas por parte da Igreja, associando à mulher uma vida sexual desregrada e ilegítima”, aponta Pereira e Silva.⁴¹

O Crime do aborto apareceu, pela primeira vez, na legislação brasileira no Código Criminal do Império em 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, na seção de infanticídio, nos artigos 199 e 200. Acontece que, diferente de como ocorre hoje, nesse código criminal, a prática do auto-aborto não era criminalizada, ou seja, apenas punia-se o aborto praticado por terceiro, independente do consentimento da gestante, observe-se:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
Penas - dobradas..⁴²

⁴⁰ PEREIRA, Thiago Soares; SILVA, Matheus Passos. O princípio da dignidade da pessoa humana: a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto ilegal. Brasília: Vestnik, 2015, p.18. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2014/02/dignidade-aborto.pdf>. Acesso em: 03/11/2019.

⁴¹ PEREIRA, Thiago Soares; SILVA, Matheus Passos. O princípio da dignidade da pessoa humana: a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto ilegal. Brasília: Vestnik, 2015, p.19-20. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2014/02/dignidade-aborto.pdf>. Acesso em: 03/11/2019.

⁴² BRASIL. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça aos 8 dias do mez de Janeiro de 1831. No impedimento do Official Maior, Antonio Alvares de Miranda Varejão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm Acesso em: 02/10/2019

Já no Código Penal de 1890, considerou-se crime pela primeira vez o aborto feito pela própria gestante, intencional ou não.

Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria."

"Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.⁴³

Atualmente, o crime do aborto, no Brasil, está tipificado no Código Penal de 1940 na parte especial, no Capítulo I – Crimes contra a vida, nos artigos 124 à 128, vejamos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

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:

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.⁴⁴

No Código Penal atual, ressalta-se, o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina e o direito ao nascimento com vida, logo, percebe-se que é esse o objetivo da criação da lei, conseqüentemente, é um crime de dano, que necessita da sua consumação, ou seja, a interrupção da gravidez com a expulsão do feto do útero para sua configuração, sendo

⁴³ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisório, 11 de outubro de 1890, 2º da República. REVOGADO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm Acesso em: 02/10/2019.

⁴⁴ BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 02/10/2019.

criminalizada a forma tentada.

Dessa forma, pode-se perceber que as modificações ainda continuam ocorrendo, e que mais tarde será novamente voltada ao primórdio Código Penal, onde não havia criminalização do aborto. Todas as tendências estão voltadas para esse fim, uma vez que já não são eficazes as medidas punitivas, estando às mesmas em desuso, já que não se veem mais casos na justiça punindo referida prática, apesar de ainda haver milhões de casos de aborto.

Diante dos fatos, o que se percebe é que a criminalização só tem agravado a situação das mulheres, levando as mesmas a procurarem de forma clandestina uma forma de abortarem, o que tem trago um custo social maior, pois o numero de internações ocorridas pela prática do aborto em situações precárias tem se elevado cada vez mais e ocorrendo por vezes a morte dessas mulheres.

2.3 Classificação:

Podemos classificar o aborto em:

a) Aborto Terapêutico, que ocorre quando a vida da gestante está em risco, e a partir disto, o médico com o intuito de salvar a vida da genitora, realiza o aborto.

Neste sentido, afirma Néilson Hungria:

Consoante a doutrina, trata-se de uma espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. [...] basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. [...] É indispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.⁴⁵

b) Aborto Sentimental é o aborto nos casos de estupro, cujo o mesmo é permitido conforme artigo 128, II, do Código Penal.

Neste caso Capez leciona:

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p.134.

Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar.⁴⁶

c) Aborto Eugênico seria os abortos realizados nos casos de fetos defeituosos, possuidor de diversas doenças congênitas, anomalias graves. Tal aborto tem como maior objetivo impedir que nasça uma criança que não terá expectativa de sobrevivência fora do útero materno.

Para Diniz aborto eugênico é a

[...] interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físicometais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurotica etc.; o embrião não pertencer ao sexo almejado. É o praticado, portanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos. Está vedado legalmente, pois toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo a dignidade humana. Além disso, não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a transmissibilidade de deficiências físico-mentais, e ninguém poderia prever quais os caracteres mais úteis para humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico.⁴⁷

d) Aborto Social é o aborto feito por falta de recursos financeiros (quando a mãe não possui condições de sustentar o filho). Infelizmente, tal modalidade de aborto é a que mais ocorre, uma vez que os casos mais constantes de aborto são de mulheres que vivem em condição de vida precárias então possuem conhecimento de utilização de métodos contraceptivos, por falha do Estado.

Nas palavras de Rogerio Greco, este define como:

A gestante que se encontra grávida por mais de uma vez, dada sua falta de conhecimento na utilização de meios contraceptivos, ou mesmo diante de sua impossibilidade de adquiri-los, não podendo arcar com a manutenção de mais um filho em decorrência de sua condição de miserabilidade, resolve interromper a gravidez, eliminando o produto da concepção, causando a sua morte.⁴⁸

e) Aborto por motivo de honra mais conhecido como Aborto Honoris Causa, é o aborto provocado para esconder motivos que possam a vir a denigrir a imagem da mulher perante a sociedade em geral.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte especial. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001. 792 p.

⁴⁸ GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 11 ed. Niteroi, 2015. p. 256.

2.4 As espécies de aborto autorizadas por nosso ordenamento jurídico:

São permitidos no nosso ordenamento jurídico: o aborto sentimental (resultante de estupro) e o aborto terapêutico (necessário), previstos no artigo 128 do Código Penal, em seu inciso I e II, vejamos:

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.⁴⁹

E em caso de anencefalia fetal, toda interrupção da gestação está aturozida, de acordo com a liminar do STF, conforme será explanado mais afundo.

2.5 As questões envolvendo os fetos anencéfalos:

Anencefalia é uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto.

A gravidez do feto anencéfalo resulta em inúmeros problemas maternos durante a gestação. A FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia⁵⁰enumera tais complicações maternas, dentre elas: eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico e até a morte materna.

E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral.

Segundo o CFM, em sua Resolução Nº 1.752/04, os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. Sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não

⁴⁹ BRASIL. Decreto Lei nº2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 02/10/2019

⁵⁰ FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Tem o objetivo de promover, apoiar e zelar pelo aperfeiçoamento técnico, científico e pelos aspectos éticos do exercício profissional de ginecologistas e obstetras, pautados pelo total respeito à saúde e bem-estar da mulher. Fundada em 1959. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/> Acesso em: 03/11/2019.

possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral.⁵¹

Em 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº54, na qual foi discutida a possibilidade de interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo.⁵² O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu somente em 2012 e terminou com a aprovação de tal medida, com um placar de 8 votos a 2. A tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral.

A decisão não descriminalizou o aborto, entendendo, entretanto, que a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo não deve ser considerada como aborto.

A ADPF apresentada ao STF também se amparou nesse giro argumentativo, comum às ações de cortes locais. O objetivo não foi instituir um novo permissivo legal no Código Penal, mas demonstrar que a situação clínica da anencefalia não se enquadraria na determinação penal do crime de aborto. Para que se sustente o argumento de aborto como crime contra a vida em potencial do feto, é preciso que haja expectativa de vida extra-uterina, algo inexistente para o feto com anencefalia.⁵³

É preciso entender, no entanto, que conceder autorização para o aborto de fetos anencéfalos não é o mesmo que exigir tal conduta de todas as mães acometidas por esse tipo de problema em sua gestação. Não se poderia, à exceção da hipótese de risco de morte, ordenar que agissem dessa maneira. O que se coloca em questão é tão somente a possibilidade de abortamento diante de uma circunstância que certamente gerará inúmeros transtornos psíquicos à mãe do feto em questão.⁵⁴ De modo a evitar transtornos como esse parece admissível também o art. 5º, III, da Constituição Federal, que diz: "Ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante".⁵⁵

2.6 As questões envolvendo o nascituro:

⁵¹ CFM. Conselho Federal de Medicina. Criado em 1951. Resolução Nº 1.752/04. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3:po Acesso em: 03/11/2019.

⁵² ADPF nº54. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/anexo/adpf54.pdf> Acesso em: 03/11/2019.

⁵³ BARROSO. LR. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres; 2004, p. 69-119.

⁵⁴ TORRES, José Henrique Rodrigues. Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 08, out/dez, 2003, p. 239-246.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

Inicialmente, necessário se faz ressaltar que nascituro é o ser já concebido, mas que ainda está no ventre materno.

Maria Helena Diniz conceitua nascituro como sendo:

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.⁵⁶

No tocante ao nascituro a regra está literalmente esculpida no art. 2º do Código Civil Brasileiro. Reza o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁵⁷

Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando que tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos, com vida orgânica própria.⁵⁸

De acordo com o sistema adotado, tem-se, pois, o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser.

Segundo a definição de Silvio Rodrigues, que acrescenta ao nascituro: “A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”.⁵⁹

Três grandes teorias procuram definir a situação jurídica do nascituro:

- a) Teoria Natalista.
- b) Teoria da Personalidade Condicional.
- c) Teoria Concepcionista.

Para a teoria natalista, a personalidade da pessoa física tem início a partir do momento do nascimento com vida e antes disto, haverá apenas uma expectativa do direito da personalidade.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v., p.334.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 03/11/2019.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições, cit., v. 1, p. 146, n. 43

⁵⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil, ed. São Paulo: Saraiva, cit., v. 1, p. 36.

Carolina Alves de Souza Lima, conceituando a teoria natalista, diz:

A personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida. Por isso, antes do nascimento, o nascituro não é considerado pessoa e não goza de personalidade jurídica. O que há é a expectativa de que venha a adquirir personalidade, caso nasça com vida. O nascituro não é titular dos direitos da personalidade.⁶⁰

A teoria da Personalidade Condicional sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, uma vez que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.⁶¹

Por fim, adentrando para a doutrina concepcionista, esta entende que desde a concepção o nascituro tem personalidade, independentemente do nascimento com vida.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves assegura:

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.⁶²

Com isso, entende-se portanto que desde a concepção, os interesses do nascituro são resguardados, e partir disto, o mesmo possui personalidade.

⁶⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão. São Paulo: Juruá, 2012, p.49.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves. – São Paulo : Saraiva, 2011. 1. Direito civil 2. Direito civil – Brasil I. Título., p.103.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, v. IV. HILDEBRAND, Antônio Roberto. Dicionário Jurídico. 4º ed. São Paulo: JH Mizuno, 2007. v. IV, p. 81.

CAPÍTULO III- O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

3.1 Uma questão de saúde pública:

A criminalização do aborto não tem sido medida eficaz, uma vez que não se tem evitado sua prática. Portanto, deve-se enfrentar o problema como questão de saúde pública e de direitos humanos e não criminal, já que as mulheres continuam se submetendo a abortos inseguros e clínicas clandestinas.

A prática do aborto no Brasil é algo bastante comum, mesmo havendo punição nos casos não autorizados em lei. Na verdade, as mulheres são punidas não somente pela legislação, mas também com as sequelas e a própria vida devido a procedimentos inadequados, sendo que estes poderiam ser feitos de maneira mais segura com toda assistência em hospitais públicos se ocorre a descriminalização do aborto. Com isso, não o que se se questionar que o governo tem que enxergar o aborto como uma questão de saúde pública.

Neste sentido, defende Dráuzio Varella:

Não há princípios morais ou filosóficos que justifiquem o sofrimento e morte de tantas meninas e mães de famílias de baixa renda no Brasil. É fácil proibir o abortamento, enquanto esperamos o consenso de todos os brasileiros a respeito do instante em que a alma se instala num agrupamento de células embrionárias, quando quem está morrendo são as filhas dos outros. Os legisladores precisam abandonar a imobilidade e encarar o aborto como um problema grave de saúde pública, que exige solução urgente.⁶³

No que tange a cerca do assunto o CFM (Conselho Federal de Medicina) se pronuncia:

[...] o abortamento é uma importante causa de mortalidade materna no país, sendo evitável em 92% dos casos. Além disso, as complicações causadas por este tipo de procedimento realizado de forma insegura representam a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos no Brasil. Em 2001, houve 243 mil internações na rede do Sistema Único de Saúde (SUS) por curetagens pós-abortamento. Elas são ainda maiores devido à dificuldade de acesso à assistência adequada, especialmente da parcela menos favorecida da população. Na avaliação dos conselhos, esse aspecto agrega a dimensão social ao problema, que lança no limbo um segmento importante de mulheres que acabam perdendo a vida ou comprometendo sua saúde por conta de práticas sem o menor cuidado.⁶⁴

Contudo, os perigos de se submeter ao aborto inseguro não parecem intimidar as mulheres, que continuam abortando, à margem da lei. Muitas alegam impossibilidades emocionais e psicológicas de gerar e criar um filho. Outras relatam a carência de condições

⁶³Revista Quebrando Tabus - Disponível em: <https://qbrandotabus.wordpress.com/2011/09/28/a-questao-do-aborto-dr-drauzio-varella/>. Acesso em 23/10/2019.

⁶⁴CFM. Conselho Federal de Medicina. Criado em 1951. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100417503/conselho-federal-de-medicina-e-favoravel-ao-aborto-ate-o-3-mes-de-gestacao> Acesso em 23/10/2019.

materiais como motivo determinante para a opção pelo aborto. De outro lado, há mulheres que abortam simplesmente porque não desejam ter filhos. Contudo, há um grande ponto de convergência entre as narrativas de mulheres que já abortaram: quase sempre se trata de uma decisão difícil e dolorosa.⁶⁵

A saúde pública, da mesma forma que é um direito assegurado constitucionalmente a todos, é também um dever do Estado. Esta é a máxima do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que assevera, ainda, o compromisso do Estado com a tomada de medidas políticas, sociais e econômicas no sentido de promover, proteger e recuperar a saúde da população, de modo a reduzir os agravos que causam um mal à coletividade.

Assim dispõe o artigo 196 da Constituição Federal do Brasil de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶⁶

Quando ocorre uma das hipóteses previstas no dispositivo ora mencionado, emerge para o Estado a responsabilidade para lidar com estes infortúnios e proceder de maneira melhor e mais eficiente para cuidá-los.

No que tange o referido assunto José Henrique Torres discorre:

[...] garantir às mulheres os direitos à igualdade, à tolerância e à dignidade, de criar condições que assegurem a todas as mulheres a assistência médica plena, especialmente de sua saúde sexual e reprodutiva, de proteger as mulheres dos efeitos negativos à saúde causados pelo abortamento, de eliminar a discriminação contra as mulheres e adolescentes no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde, em todas as fases de seu ciclo de vida, particularmente nas áreas de planejamento familiar, gravidez, parto e pós-parto e, ainda, de assumir o aborto como uma questão de saúde pública, promovendo a exclusão de todas e quaisquer medidas punitivas imposta às mulheres que realizam a interrupção voluntária da gravidez, afastando o seu enfrentamento do âmbito do sistema penal, que, em face de seu caráter repressivo, impede que as mulheres tenham o necessário acolhimento no que diz respeito ao exercício material de seu direito à plena assistência sanitária, e, finalmente, mantendo um sistema jurídico que garanta a realização do abortamento sem restrições, com a garantia de acesso a serviços de alta qualidade para todas as mulheres, independentemente de idade, origem, estado civil ou nível de educação.⁶⁷

⁶⁵ Emmerick (2008) faz um resgate das narrativas de diversas mulheres que abortaram e foram criminalizadas, através da análise das declarações por elas prestadas durante o processo sofrido. Nesse sentido, destaca-se o relato de S.S.L. (p. 163): "(...) que já há muito tempo a declarante não deseja mais conviver em companhia de seu companheiro em virtude de bebedeira e maus-tratos contra os próprios filhos; que seu companheiro não cumpre com suas obrigações de pai e de marido, faltando tudo para a declarante e seus dois filhos, não possuindo nem uma cama para dormir; que devido à vida de sofrimento que levava em companhia de seu companheiro fez com que tomasse a decisão de abortar o terceiro filho que estava para nascer".

⁶⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

⁶⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. Revista Ciência e Cultura. Vol. 64. Nº2. São Paulo. Aborto e Constituição Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext. Acesso em 23/10/2019.

Com a descriminalização, os estabelecimentos públicos de saúde e as clínicas particulares estariam autorizados a realizar o abortamento sem o risco de adentrarem no âmbito penal. Dessa forma, essa autorização atenderia às mulheres de baixa renda, já que são as que mais sofrem pela lei punitiva e as mulheres que não possuem possibilidades emocionais para ter um filho, e assim, poderiam recorrer ao abortamento seguro e sem despesas, dando a elas autonomia de sua vontade, o direito à saúde que é devido pelo Estado e assegurando-lhes o bem estar físico e psicológico.

3.2 Dos direitos sexuais e reprodutivos:

A natureza dos Direitos Reprodutivos envolve assegurar direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas, que correspondem às liberdades e aos direitos individuais, que têm como finalidade proporcionar as condições e os meios necessários para a prática livre, saudável e segura das funções reprodutivas e da sexualidade.

Neste sentido, assegura Mirian Ventura:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.⁶⁸

O conceito sobre saúde reprodutiva vem sendo construído coletivamente através de encontros internacionais, com destaque para a Conferência da População e Desenvolvimento do Cairo, em 1994 e reafirmada posteriormente na IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim, 1995. As conferências resultaram na elaboração da conceituação dos direitos reprodutivos, utilizados na atualidade, e na instituição de novos moldes de intervenção na saúde reprodutiva, tendo em vista o comprometimento com os princípios dos direitos humanos, que tem como principal característica a universalidade e a indivisibilidade.⁶⁹

O conceito de saúde reprodutiva adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), e sustentada pelas conferências internacionais do Cairo, em 1994 e de Pequim, 1995, define

⁶⁸ VENTURA, Mirian. Direitos Reprodutivos no Brasil. 3. Ed. Brasília, UNFPA, 2010.

⁶⁹ Conforme Correa, Alves, Jannuzzi (2006), entre os legados da Conferência de Viena a indivisibilidade dos direitos humanos (superação da dicotomia entre direitos civis, políticos e direitos econômicos e sociais), da própria legitimação da idéia de direitos humanos das mulheres, assim como reconhecer a existência do abuso de direitos humanos na esfera privada, como é o caso da violência doméstica e sexual e o estupro sistemático em situação de conflito.

que:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo, suas funções e processos, e não à simples ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação da fecundidade a sua escolha e que não contrariem a lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar com segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio.⁷⁰

Portanto, a concepção dos Direitos Reprodutivos não se limita à simples proteção da procriação humana, mas envolve também uma realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos, por meio de leis e políticas públicas que estabeleçam a equidade nas relações pessoais e sociais neste âmbito.

A conceituação dos direitos sexuais de maneira independente dos direitos reprodutivos ainda é um desafio, visto que a temática esbarra com questões culturais presente na sociedade. Dessa forma:

O conceito de direitos reprodutivos, apesar das oposições existentes, encontra-se legitimado. Já o conceito de direitos sexuais, que nos documentos internacionais está incluído nos direitos reprodutivos, ainda não tem reconhecimento na extensão ideal, em função das dificuldades da sociedade em compartilhar moralidades diferentes no exercício da sexualidade humana.⁷¹

Com isso, podemos dizer que a definição dos direitos reprodutivos é muito recente, e que a definição dos direitos sexuais é um desafio posto na sociedade contemporânea e que sua inserção aos direitos sociais de forma independente ainda segue na pauta de longos debates.

3.3 Da lei do planejamento familiar:

Para uma melhor compreensão quanto à importância do planejamento familiar tanto para o núcleo familiar em si como para a sociedade, primeiramente torna-se necessário conceituar família e fazer menção à sua potestade jurídica que está baseada em princípios, como os da dignidade da pessoa humana.

Roberto Senise Lisboa afirma que "Família é a união de pessoas: a) constituída

⁷⁰ CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE A POPULAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO, 1994, Cairo. Unfra. Anais.. Cairo, Egito.p.137 Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> acessado em:28/10/2019

⁷¹ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil 2 ed. Brasília: UNFPA, 2004

formalmente, pelo casamento civil; b) constituída informalmente, pela união estável; e c) constituída pela relação monoparental."⁷²

Paulo Nader traz uma definição mais ampla ao afirmar que família é:

(...) uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum (...).⁷³

Roberto Senise Lisboa ensina que o planejamento familiar é a liberdade de escolha de um casal acerca da formação de sua família com relação aos filhos e também da "limitação e aumento da prole", mormente, "a adoção dos meios lícitos necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual dos integrantes da sua família".⁷⁴

Conforme a Lei Federal 9.263/96, o Planejamento Familiar (PF) é direito de todo o cidadão e se caracteriza pelo conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Em outras palavras, planejamento familiar é dar à família o direito de ter quantos filhos quiser, no momento que lhe for mais conveniente, com toda a assistência necessária para garantir isso integralmente.⁷⁵

Desta forma, Canotilho assevera:

O direito ao planejamento familiar, assim, é um direito a ser livremente exercido, mas apenas no sentido de não admitir qualquer ingerência de outrem, estatal ou privada, com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo, uma vez que a decisão sobre ter ou não prole, seu aumento ou redução vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos.⁷⁶

Para o exercício do direito ao planejamento familiar, devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção.

Neste sentido, o artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988 diz o seguinte:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado

⁷² LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 05, p.36.

⁷³ NADER, Paulo. Direito Civil: direito de família. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v. 05, p.03.

⁷⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 05, p.40.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº9.263, de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 03/11/2019.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes [et al] (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013, p.2122.

propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁷⁷

E mais, o artigo 1565, §2º, do Código Civil de 2002 diz que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.⁷⁸

Acerca do tema em questão, o professor Arnaldo Rizzardo assevera o seguinte:

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros". (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: "O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas."⁷⁹

O planejamento familiar serve para que os progenitores optem em formar sua prole de maneira consciente, dentro dos limites de suas possibilidades econômicas e sociais, a fim de que eles próprios sejam capazes de proporcionar aos filhos o pleno desenvolvimento físico, mental e intelectual, garantindo-lhes que cresçam com dignidade e se tornem pessoas úteis à sociedade.

Como bem disciplina o artigo 1.565, do Código Civil, é vedado qualquer tipo de interferência na comunhão de vida instituída pela família, bem como de coerção de instituições públicas ou privadas sobre a decisão do casal quanto ao planejamento familiar.⁸⁰

Essa escolha está intimamente ligada a diversos princípios de direito regulamentados pela Constituição Federal, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade, ou da não intervenção, o da autonomia da vontade, o da solidariedade, e o exercício da maternidade/paternidade responsável.

⁷⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 03/11/2019.

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 03/11/2019.

3.4 Estáticas do aborto no Brasil:

De acordo com o Ministério da Saúde, a carga do aborto induzido no Brasil é muito alta, estando entre 800 mil a 1 milhão de abortos por ano, na população de mulheres de 10 a 49 anos. Mais de 200 mil mulheres foram hospitalizadas, em 2017, por complicações do aborto e os casos graves foram de mais de 5 mil. E mais, ocorreram 2 mortes por aborto a cada dois dias em 2016, afetando principalmente mulheres jovens, negras e com baixa escolaridade.⁸¹

De acordo com Maria de Fátima Marinho de Souza, diretora do Departamento de Vigilância e Agravos Transmissíveis e Promoção da Saúde, a estimativa do Ministério da Saúde é de cerca de 1 milhão de abortos induzidos, portanto, uma carga extremamente alta que independe da classe social. Quem mais morre por aborto no Brasil são mulheres negras, jovens, solteiras e com até o Ensino Fundamental.⁸²

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde, os procedimentos inseguros de interrupção voluntária da gravidez levam à hospitalização de mais de 250 mil mulheres por ano, cerca de 15 mil complicações e 5 mil internações de muita gravidade. O aborto inseguro causou a morte de 203 mulheres em 2016, o que representa uma morte a cada 2 dias. Nos últimos 10 anos, foram duas mil mortes maternas por esse motivo.⁸³

3.5 Descriminalização e legalização do aborto:

A partir do momento em que o Estado se coloca a frente dos direitos das mulheres, não as permitindo tomar gerencia de sua vida e as impedindo de fazer escolhas cabíveis apenas a elas mesmas, este não atentou para o fato de que, ao fazê-lo, estaria violando o texto constitucional, bem como tratados internacionais já recepcionados, visto que, desrespeita diretamente seus preceitos fundamentais.

Defender o direito de a mulher escolher sobre o prosseguimento ou não de uma gravidez é uma decisão que somente ela poderá vir a tomar, sem nenhuma intervenção de

⁸¹Ministério da Saúde diz que a ilegalidade não impede a prática do aborto. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/ministerio-saude-ilegalidade-nao-impede-pratica-aborto-03082018> Acesso em: 11/11/2019.

⁸²COFEN. Conselho Federal de Enfermagem., criado em 12 de julho de 1973, por meio da Lei 5.905. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html Acesso em: 11/11/2019.

⁸³COFEN. Conselho Federal de Enfermagem., criado em 12 de julho de 1973, por meio da Lei 5.905. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-cao-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html Acesso em: 11/11/2019.

terceiros. É direito fundamental e da dignidade humana a defesa da saúde mental e física da mulher.

Neste sentido, vejamos o diz Ronald Dworkin, no livro *Domínio da Vida*:

Gostaria muito de convencer essas pessoas (defensoras da criminalização do aborto), caso estejam dispostas a ouvir-me, de que elas compreenderam mal o fundamento de suas próprias convicções. Ou, de qualquer modo, de que existe um enfoque convincente da controvérsia moral que lhes permitiria continuar a acreditar, com plena convicção, que o aborto é moralmente condenável, mas também a acreditar, com igual fervor, que as mulheres grávidas devem ser livres para tomar uma decisão diferente se suas próprias convicções assim o permitirem ou exigirem.⁸⁴

A criminalização do aborto é a total incompatibilidade da previsão contida no Código Penal com o Princípio do Direito ao Livre Planejamento Familiar. De acordo com a Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁸⁵

Neste sentido José Henrique Torres disserta sobre o assunto em questão:

[...] não podemos nos olvidar que o sistema de direitos humanos, positivado no ambiente normativo internacional pelas conferências mundiais, pelos pactos, convenções, planos e tratados aprovados e ratificados pelo Brasil, bem como pelas recomendações dos comitês da ONU, já reconheceu que as mulheres têm o direito de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos, de decidir sobre o próprio corpo e quanto à maternidade opcional, à plena assistência à saúde sexual e reprodutiva e a uma vida livre da morte materna evitável, à liberdade de autodeterminação, ao controle sobre a sua sexualidade e à livre decisão sobre o exercício da maternidade, sem coerção, discriminação ou violência, e à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas, enquanto os Estados têm o dever, bem como a obrigação ética e jurídica, de assegurar o exercício de todos esses direitos.⁸⁶

O Estado não possui autoridade do sentido de criminalizar uma conduta que esteja inserida no tema do planejamento familiar, visto que no texto constitucional é assegurado à mulher gestante o direito de formar a sua família do jeito que achar mais viável e aí está garantido o direito ao abortamento, vedando qualquer forma coercitiva, no sentido de impedir o gozo dessa garantia, por parte das instituições oficiais.

Assim defende Marina Toth para a *Revista Consultor Jurídico*:

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

⁸⁶ Revista Ciência e Cultura: Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext. Acesso em: 11/11/2019.

[...] deve-se entender, porém, que os direitos sexuais e reprodutivos, incluindo o acesso ao aborto legal, são garantias exigíveis que geram obrigações concretas e específicas, são, portanto, responsabilidades Estatais. A falta de cumprimento destas obrigações caracteriza uma violação aos compromissos juridicamente vinculantes assumidos por meio de tratados internacionais devidamente incorporados ao direito interno.⁸⁷

E mais, para Marina Toth ainda afirma na Revista Consultor Jurídico que:

Questões atinentes à religiosidade e moralidade devem ser realocadas e relegadas à esfera privada de cada mulher, que considerará suas eventuais crenças e convicções pessoais, de forma íntima, na privacidade de seu lar, ao tomar a decisão de realizar ou não a interrupção da gravidez, arcando com as consequências físicas e psíquicas dessa escolha.⁸⁸

Os especialistas da ONU denunciaram que os enquadramentos legais sobre aborto “foram tipicamente concebidos para controlar a tomada de decisão das mulheres, por meio do uso do direito penal”. O comunicado aponta que “dados da Organização Mundial da Saúde demonstram que criminalizar a interrupção da gravidez não reduz o número de mulheres que recorrem a procedimentos de aborto”.⁸⁹

Enfatizam ainda os especialistas da ONU que:

Preocupações com o aborto inseguro devem ser resolvidas por meio da saúde pública, (do combate) à negligência médica e de leis civis. Portanto, é crucial que países demonstrem seu compromisso com a eliminação da discriminação contra as mulheres em sua legislação e com o avanço dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e adolescentes, em consonância com os padrões internacionais de direitos humanos.⁹⁰

Somente com uma atitude do legislativo brasileiro é que poderão assegurar as mulheres meios seguros de realizarem tais procedimentos, porém, a não descriminalização e a não legalização do aborto nos dias atuais tem trazido um alto custo para o Estado, pois o número de internações em decorrência do abortamento inseguro é exorbitante.

Neste sentido Fabiana Dal’Mas discorre no que tange aos abortamentos inseguros em entrevista dada a Revista Consultor Jurídico:

[...] é preciso ter coragem para dar a visibilidade e a dimensão necessárias ao aborto legal. Conforme Pesquisa Nacional sobre o aborto, uma em cada cinco

⁸⁷Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 11/11/2016.

⁸⁸ Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 11/11/2016.

⁸⁹ ONU. A Organização das Nações Unidas. Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo. Publicado em 28/09/2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/> Acesso em: 11/11/2019.

⁹⁰ ONU. A Organização das Nações Unidas. Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo. Publicado em 28/09/2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/> Acesso em: 11/11/2019

mulheres brasileiras entre 18 e 29 anos já realizou aborto no Brasil. A questão precisa ser tratada sob a ótica do direito à saúde. Sabemos que o aborto inseguro gera perigo à vida das gestantes, em especial àquelas mulheres em situação de vulnerabilidade social. A discussão sobre este tema não pode ser polarizada apenas entre aqueles que defendem a liberdade de escolha da mulher e aqueles que opinam pela criminalização desta ação, e diminuição progressiva de suas hipóteses legais. Esta discussão precisa levar em conta os dados científicos disponíveis, as estatísticas de mortalidade materna, bem como a tendência mundial dos países que conseguiram reduzir estes índices, com preservação da saúde das mulheres e economia de recursos. Também deve ser levado em conta a legislação nacional e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.⁹¹

Por isso, é necessário que o Estado assuma sua função de preservar a vida e a dignidade dessas mulheres, pois a clandestinidade em que o abortamento é realizado, transformando mulheres e adolescentes em criminosas, com certeza não tem tido o efeito esperado, de coibir ou impedir que sejam realizados.

Neste sentido, Marina Toth na revista *Consultor Jurídico* alega que a criminalização do aborto como é hoje prevista, não apenas é uma farsa em sua eficácia diante da aplicabilidade seletiva, uma violência imposta à toda mulher diante do determinismo biológico, como também é evidentemente inconstitucional.⁹²

De acordo com IBDFAM o preceito constitucional, bem como os tratados recepcionados constitucionalmente pelo Brasil, atribuiu ao Estado o dever de assegurar os meios necessários para que a família possa estabelecer livremente sua dimensão e desatacando que aos direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias. Portanto, além de não poder proibir a interrupção da gravidez, o Estado tem o dever de proporcionar recursos para sua prática, assegurando os meios para sua realização de forma segura.⁹³

Por fim, necessário se faz ressaltar ainda sobre a ADPF 442/2017 - proposta pelo PSOL com assessoria técnica da Anis - Instituto de Bioética. que defende a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação e que pede a exclusão do Código Penal dos artigos 124 e 126, que definem como crime a interrupção da gravidez tanto para a mulher, quanto para quem a ajuda a abortar. Ela trás consigo o fundamento de que a proibição do aborto afronta preceitos fundamentais da Constituição Federal, como o direito das mulheres à vida, à dignidade, à cidadania, à não-discriminação, à liberdade, à igualdade, à saúde e ao

⁹¹ Revista *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-12/mp-debate-questao-aborto-tratada-otica-direito-saude>. Acesso em 11/11/2019.

⁹² Revista *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional> Acesso em: 11/11/2019.

⁹³IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família criado em 25 de outubro de 1997, em Belo Horizonte (MG), durante o I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito fundamental ao aborto. 03/10/2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/583/Direito+fundamental+ao+aborto> Acesso em: 11/11/2019.

planejamento familiar, entre outros.⁹⁴

⁹⁴ADPF nº442. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>Acesso em: 11/11/2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Quando adentramos na esfera dos Direitos Fundamentais, observa-se que estes são direitos e garantias do ser humano institucionalizadas, tendo como principal finalidade o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, direitos estes também introduzidos por princípios e convenções internacionais, visando à proteção e a garantia destes.

A mulher tem o total direito de ter o controle do seu corpo e decidir livremente sobre a saúde sexual e reprodutiva, sem a intervenção de terceiros e qualquer tipo discriminação.

Não há o que se questionar que a atual criminalização do aborto não impedi a efetivação do mesmo. A criminalização só vem agravando a situação das mulheres que não veem outra alternativa a não ser se submetem aos riscos do aborto inseguro e com isso, há uma iminente necessidade em reformar-se a legislação atual visando à proteção ao direito constitucional à saúde da mulher, a dignidade, direito do livre planejamento familiar e a legalização, cabendo ao Estado à manutenção desses direitos, levando em consideração de que a mortalidade materna viola os direitos referidos direitos, principalmente o direito à vida.

A criminalização do aborto é incompatível com o sistema de proteção dos direitos humanos das mulheres, o qual foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro pela convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

A Constituição garante o direito a saúde a todos os seus cidadão, porém a criminalização do aborto fere o direito a saúde da mulher, uma vez que submete a gestante a riscos físicos e/ou psíquicos ou até mesmo a morte. A criminalização do aborto que tem trazido um elevado índice de abortos clandestinos realizados e como sua consequência a realização de um grande número de internações para realização de curetagens e outros tratamentos pós-abortamento.

Ainda pode-se verificar através dos dados apresentados que a criminalização do aborto acaba submetendo muitas mulheres no Brasil, principalmente as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança causando assim, inúmeros danos irreversíveis ou até mesmo a morte, problema este que poderia e deve ser evitado pelo Estado.

O Estado têm o dever, bem como a obrigação ética e jurídica, de assegurar às mulheres o direito à igualdade, à tolerância, à dignidade, a autonomia, direito ao livre planejamento familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADPF nº54. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf> Acesso em: 03/11/2019.

ADPF nº442. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865> Acesso em: 11/11/2019.

AGRA, Walber de Moura, Curso de Direito Constitucional, 4. Ed.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 11/11/2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf> . Acesso em: 11/11/2019.

BARROSO. LR. ADPF Anencefalia. In: CREMEB. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres; 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30/10/2019.

BRASIL. Lei de 16 de Dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça aos 8 dias do mês de Janeiro de 1831. No impedimento do Oficial Maior, Antônio Alvares de Miranda Varejão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm Acesso

em: 02/10/2019.

BRASIL. Decreto nº7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 14 de dezembro de 2009; 188o da Independência e 121o da República.

Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Decreto/D7030.htm
Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisório, 11 de outubro de 1890, 2º da República. REVOGADO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm Acesso em: 02/10/2019.

BRASIL. Decreto Lei nº2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 02/10/2019.

BRASIL. Lei nº9.263, de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL. Lei nº10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181 o da Independência e 114 o da República. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 13 de setembro de 2002; 181o da Independência e 114º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Vide Decretos nºs 1.384, 1.516, 1.517

e 1.518, de 1995. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 06 de julho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 05/11/2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al] (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol.2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Criado em 1951. Resolução Nº 1.752/04. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3: po Acesso em: 03/11/2019.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE A POPULAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO, 1994, CAIRO. UNFPA. ANAIS. Cairo, Egito.p.137 Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> acessado em:28/10/2019

CORRÊA, S.; ÁVILA, M. B. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: SEXO & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Org. E. Berquó. Unicamp, 2003.

COFEN. Conselho Federal de Enfermagem., criado em 12 de julho de 1973, por meio da Lei 5.905. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html Acesso em: 11/11/2019.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Fundada no dia de 30 de setembro de 1957. Consulta nº 24.292/00. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/> Acesso em:04/11/2019.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de Junho de 1993.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001. 1v.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMMERICK, Rulian. Aborto: Aborto: Aborto: Aborto: (des)criminaliza (des)criminaliza (des)criminaliza (des)criminalização, direitos direitos direitos direitos humanos humanos humanos humanos e democracia. democracia. democracia. democracia. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Tem o objetivo de promover, apoiar e zelar pelo aperfeiçoamento técnico, científico e pelos aspectos éticos do exercício profissional de ginecologistas e obstetras, pautados pelo total respeito à saúde e bem-estar da mulher. Fundada em 1959. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/> Acesso em: 03/11/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado, volume I / Carlos Roberto Gonçalves – São Paulo: Saraiva 2011.

GUERRA, Sidney. Direitos humanos curso elementar. / Sidney Guerra – São Paulo : Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 11 ed. Niteroi, 2015.

IBDFAM. Insituto Brasileiro de Direito de Família criado em 25 de outubro de 1997, em Belo Horizonte (MG), durante o I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Direito fundamental ao aborto. 03/10/2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/583/Direito+fundamental+ao+aborto> Acesso em:11/112019.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 05.

LOURENÇO, José. Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MUNIZ, Mariana. Ministério da Saúde diz que a ilegalidade não impede a prática do aborto. Jota, publicado em: 03 de Agosto de 2018 as 07 horas e 28 minutos. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/ministerio-saude-ilegalidade-nao-impede-pratica-aborto-03082018>. Acesso em: 11/11/2019.

NADER, Paulo. Direito Civil: direito de família. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

ONU. A Organização das Nações Unidas. Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo. Publicado em 28/09/2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/> Acesso em: 11/11/2019.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Revista BoniJuris,, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abril 2004.

PEREIRA, Thiago Soares; SILVA, Matheus Passos. O princípio da dignidade da pessoa humana: a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto ilegal. Brasília: Vestnik,2015. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2014/02/dignidade-aborto.pdf>. Acesso em:

03/11/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições, cit., v. 1, p. 146, n. 43.

PIRANDELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Fabiana. Questão do aborto legal precisa ser tratada sob a ótica do direito à saúde. Revista Consultor Jurídico . Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-12/mp-debate-questao-aborto-tratada-otica-direito-saude>. Acesso em 11/11/2019.

RODRIGUES, José Henrique. Aborto e legislação comparada. Revista Ciência e Cultura. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext. Acesso em: 11/11/2019.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil, ed. São Paulo: Saraiva ,cit., v. 1.

SANTOS et al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. [Internet]. Rev. Bioét. (Impr) 2013.;21(3) p.494-508. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300014 . Acesso 04/11/2019.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARMENTO, George. Direitos humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais / George Sarmento. – São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2007.

SOBRINHO, Emílio Gutierrez. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional> Acesso em: 11/11/2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamento do Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Revista Ciência e Cultura. Vol.64 n°2 São Paulo. Aborto e Constituição. (Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext). (acesso em 23/10/2019).

TOTH, Mariana. O aborto criminalizado como regra é inconstitucional. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/marina-toth-aborto-criminalizado-regra-inconstitucional>. Acesso em 11/11/2016.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Gravidez de alto risco. Abortamento necessário ou terapêutico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 08, out/dez, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil 2 ed. Brasília: UNFPA, 2004

VENTURA, Mirian. Direitos Reprodutivos no Brasil. 3. Ed. Brasília, UNFPA, 2010.