

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

JULIANA BICALHO CAMPOS

DIGNIDADE HUMANA E DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

VOLTA REDONDA
2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DIGNIDADE HUMANA E DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:
Juliana Bicalho Campos

Orientadora:
Ana Paula Delgado

VOLTA REDONDA
2019



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Dignidade Humana e Descriminalização do Aborto

Elaborado por Juliana Bicalho Campos apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 16 de outubro de 2019

Banca Avaliadora:

Ana Paula Dulgado
Professor Orientador - Unifoa

Laise Baptista Scianzano Jeneich
Professor Avaliador - Unifoa

Luís Hugin
Professor Avaliador - Unifoa

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as experiências em minha vida, que me fazem evoluir como pessoa diariamente, por ter me propiciado uma família presente e que zela por meu bem estar.

À minha família, em especial meu pai, Francisco de Assis Campos e minha mãe, Ana Maria Bicalho, aos quais dedico todas as minhas conquistas, presente e futuras e por, juntamente à minha irmã Mariana Bicalho Campos Oliveira, serem meus pilares, minha fonte de amor e apreço.

À minha orientadora Ana Paula Delgado pelos incentivos e dedicação em observar todas as minhas ideias e argumentos, por todo o apoio ao longo da elaboração da presente monografia.

À amiga Sueli Paiva e meu namorado Delano Santos Furtado por terem me incentivado na elaboração do meu projeto de pesquisa.

RESUMO

O trabalho apresentará argumentos relacionados ao marco do início da vida humana em busca de um consenso entre os direitos fundamentais do nascituro e da mulher, tendo em vista que busca-se enfatizar a necessidade da descriminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Coloca em pauta a não recepção dos art. 124 a 126 do Código Penal de 1940 pela Constituição Federal de 1988. Serão abordados os conceitos de morte para delimitar, também, o início da vida e sua interferência nos recentes entendimentos acerca do feto anencéfalo e do embrião fecundado *in vitro*, consequência das técnicas de reprodução assistida. Seu regulamento se deu pela Lei de Biossegurança, a qual foi objeto de controle de constitucionalidade e decidido pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional. Tal entendimento serviu como argumento para debater a questão do aborto, que deve ser analisado como uma questão de saúde pública, bem como, de discriminação.

Palavras-chave: direitos fundamentais; conceito de vida; conceito de morte; descriminalização do aborto.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	11
2.1 Direito à vida	11
2.2 Teorias sobre início da vida humana.....	13
2.2.1 Perspectiva Concepcional	13
2.2.2 Perspectiva Evolutiva.....	15
2.2.3 Perspectiva Científica	16
3 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
3.1 Histórico do aborto	19
3.1.1 Histórico do aborto no Brasil: interferências no processo legislativo.....	23
3.2 Aborto no ordenamento pátrio.....	27
3.3 Casos legais de aborto	31
3.3.1 Interrupção da gravidez por anencefalia	33
3.4 Conceito de morte	38
3.4.1 Morte encefálica comparada ao primeiro trimestre do embrião	
39	
3.5 A proteção jurídico-legislativa do embrião fecundado por reprodução assistida.....	42
4 DESCRIÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO ABORTO.....	47
4.1 Saúde da mulher - OMS	49
4.2 Mulheres processadas.....	51
4.3 Consenso entre vida – escolha	55
5 CONCLUSÃO	62
6 REFERÊNCIAS	64

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Tabela 1: Formas de aborto por países	21
Imagem 1: Bebê normal e anencéfalo.....	33
Imagem 2 – Bebês com anencefalia.....	33
Imagem 3 – Feto anencéfalo.....	34
Imagem 4 – Recém-nascido com anencefalia.....	34

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – artigo

arts. – artigos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

OMS – Organização Mundial da Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal – Decreto Lei Nº 2.848, promulgado em 7 de dezembro de 1940 tipificou o aborto nos artigos 124, 125 e 126 nos crimes contra a vida, tendo em vista a proteção desta, assegurada como cláusula pétrea na Constituição Federal. Contudo, sua prática data desde as civilizações mais antigas e não deixou de ocorrer com o advento de sua criminalização.

Na atualidade muito se suscita a descriminalização, uma vez que também é garantia fundamental a autonomia da vontade, a privacidade e inocuidade física, como dignidade da gestante, enquanto os adeptos da corrente pró-vida contrapõem-se à ideia. A solução é delimitar onde se inicia a vida, para que, desta forma, haja um consenso.

O primeiro capítulo é devotado à análise da ponderação de interesses e as teorias sobre o início da vida humana, demonstrando que não existe uma ideia absolutamente correta, mas relacionada com as perspectivas de cada indivíduo.

O segundo capítulo contextualiza o momento historicamente vivido em que foi elaborado o Código Penal, demonstrando que os interesses do país prescindiam da criminalização de direitos concernentes à vida privada, sendo característico do governo autoritário da época. Apresenta, ainda, as interferências religiosas no âmbito da moral, que se contrapõe à laicidade estatal, analisando-se ainda a tipificação do aborto no ordenamento jurídico brasileiro.

Por oportuno, são abordados os casos de aborto legal e do anencéfalo, atualmente aceito por jurisprudência consolidada no STF e, ADPF 54 que pacificou a questão sobre sua constitucionalidade, entendo que neste caso não há vida.

Seguindo esta lógica, faz-se uma comparação ao conceito de morte, que tem como marco o fim da atividade cerebral ao conceito de vida, que no presente trabalho se sugere seja adotado o mesmo marco, quando das primeiras atividade cerebrais embrionárias, ocorridas no terceiro mês de gestação. É levantada a controvérsia a respeito do tratamento jurídico-penal do embrião proveniente da fertilização in vitro,

que não é portador dos direitos da personalidade da mesma maneira que se dá no caso do embrião concebido por meios naturais.

O terceiro capítulo trata das consequências atuais que traz a criminalização do aborto pela perspectiva da Organização Mundial da Saúde, que classifica o aborto ilegal causa de mortalidade materna que pode ser evitada adotando políticas públicas que garantam o abortamento seguro. É abordado, ainda, o perfil das mulheres processadas pelo aborto, utilizando pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para enfatizar a discriminação recorrente nas mulheres de baixa renda, moradoras de locais periféricos.

2 INÍCIO DA VIDA HUMANA

2.1 Direito à vida

A promulgação da Constituição Federal de 1988 cristalizou os atuais direitos e garantias federais, com característica de ser inviolável, consolidando a Declaração dos Direitos Humanos em âmbito nacional. É evidente que tais direitos, como a vida, sempre foram inerentes ao ser humano e jamais olvidou-se desta garantia. Por oportuno, cabe ressaltar a extensa controvérsia acerca da proteção à vida, uma vez que o legislador não elucidou o momento em que reconhece a presença de vida humana. Correntes defendem a exclusividade de tal direito à pessoa que já nasceu; em contraste há outra, a favor de conferi-lo à vida em processo de formação.

Em seu artigo 5º, a Carta Magna teceu os demais direitos oriundos da dignidade da pessoa humana, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Ao incluir o direito à vida entre outros direitos fundamentais, o legislador constituinte não realizou nenhuma valoração axiológica. Cada um e todos **esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar**, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro (FRANCO, 2006, p.4) (grifo nosso).

Ante o exposto, fica evidenciado que nenhum destes direitos é absoluto ou detém qualquer nível hierárquico. Há que se falar na proteção de todos, e na hipótese de sua colisão, mister faz-se avaliar delicadamente os fatos, em um caso concreto, que merecem preponderar.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012), leciona que não há predominância entre direitos fundamentais e cita, ainda, que o artigo 5º da Constituição Federal não é taxativo. Segundo o autor, há que se falar em direito fundamental formal e material. O primeiro, foi elencado pelo Legislador no referido artigo. Contudo, existem outros direitos que são equiparados ao fundamentais, dadas suas relevâncias. Portanto, os direitos fundamentais materiais provêm de uma construção política e social, de acordo com o avanço no desenvolvimento de uma sociedade.

É relevante citar que, mesmo aqueles que são considerados direitos fundamentais materiais, possuem mesmo valor que aqueles descritos pelo Legislador, não havendo entre eles, qualquer hierarquia. A razão de serem equiparados é que tem como referencial o mais importante dos princípios, qual seja, da Dignidade da Pessoa Humana.

Evidente que este princípio resguarda não apenas o direito à vida, como tudo que faz-se necessário à concretizar a “ideia de que todos os homens, no que tange à sua natureza humana, são iguais em dignidade” (SARLET, 2012, p. 76). Portanto, o direito à privacidade e à liberdade, seja de locomoção, pensamento, expressão e, inclusive, de escolha, deve ter atribuição de direitos fundamentais, posto que a dignidade representa a autonomia da pessoa humana, bem como sua proteção por parte do Estado.

Entretanto, é nítido que por vezes, tais valores entram em colisão e, portanto, com respeito ao Princípio da Proporcionalidade, “deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 262). Há que se fazer uma ponderação para encontrar um meio que permita a justa evidenciação de um dos princípios. No ordenamento jurídico brasileiro não há uma valoração entre um e outro, mas, ao aplica-los deve haver uma avaliação para estipular qual princípio deve prevalecer. “Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada” (BARROSO, 2001, p. 36).

Eis que o assunto em pauta coloca as correntes “pró vida” e “pró escolha” (SAGAN, 2015) em confronto, uma demonstração de colisões de direitos fundamentais. Na atual legislação, verifica-se a precedência lógica do direito à vida, uma vez que a criminalização do aborto confere menor relevância à liberdade e à privacidade da mulher.

As discussões teleológicas, morais, filosóficas e, inclusive, sociológicas sobre o aborto pressupõem que as pessoas divergem sobre essa questão porque divergem quanto a se o feto é uma pessoa com direito à vida desde o momento de sua concepção, ou se se torna uma pessoa ou em algum

momento da gravidez, ou se não se tornará uma criança enquanto não nascer (DWORKIN, 2003, p. 41)

Este trabalho não tem o intuito, de qualquer forma, conferir superioridade valorativa a corrente pró vida ou pró escolha, eis que ambos provém do mais importante de todos os princípios. Contudo, há que se delimitar seus conceitos para melhor compreendê-los. Afinal, quando tem início a vida de um ser humano?

2.2 Teorias sobre início da vida humana

Cada indivíduo carrega consigo a ideia desta origem, influenciados pelo modo de vida ao qual foi submetido. Fatores como ciência, relações sociais, política e religião estão associados a formação de opiniões nesse aspecto.

O aspecto concretamente controvertido não é em que momento se inicia o processo vital, pois não é difícil admitir que este ocorre, nas formas de reprodução sexuada, no momento da união dos gametas, cuja consolidação ocorre com a implantação ou nidificação uterina. A questão de fundo é determinar se os processos do início da vida são paralelos e idênticos ao aparecimento da vida humana, inclusive, para alguns, da vida pessoal (KOTTOW, 2005, p. 22).

Vale dizer que existem inúmeras teorias que supõem um momento específico que origina a vida e “todas elas são passíveis de questionamentos, traduzindo-se, não raras vezes, num debate apaixonado baseado mais num ato de fé do que na razão” (TESSARO, 2006, p. 15). Dito isto, não há um conceito que traduza a verdade absoluta, sendo todos válidos e consideráveis, portanto passíveis de tolerância.

Visto que não há hierarquia entre as teorias, são citadas aquelas que detém maior receptividade.

2.2.1 Perspectiva Concepcional

Através desta ótica, a vida pessoal tem início no momento da fecundação, isto é, mediante a união do óvulo com o espermatozoide onde há uma mistura de

cromossomos e posteriormente a origem do zigoto, um embrião unicelular que “por ter uma dotação genética completa e definitiva, é uma pessoa humana” (KOTTOW, 2005, p. 23). O principal argumento à esta posição está inserido no fato de ter o embrião identidade genética.

Tal perspectiva analisa o processo de formação da vida como uma mágica, instantânea, que ignora o fato de que a “maioria dos óvulos fertilizados abortam espontaneamente. O desenvolvimento de um bebê não é de modo algum garantido [...] um óvulo fertilizado não é mais do que um bebê em potencial” (SAGAN, 2015, p. 200). Existem discretas possibilidades e nada além. Potencialidades são baseadas em eventos futuros, as quais não são passíveis de garantias.

O atributo da potencialidade deve ser entendido em um sentido mais específico do que uma mera possibilidade vislumbrada ou suspeitada. Toda criança de seis a sete anos de idade que tenha aprendido a ler e escrever é, potencialmente, o(a) futuro(a) presidente de seu país, mas as probabilidades de que isso ocorra são tão ínfimas, fazendo com que o termo ‘potencialidade’ passe a carecer de qualquer força argumentativa (KOTTOW, 2005, p. 22).

Uma célula que contém o genoma humano é a exígua possibilidade de sua transformação em um ser humano, que depende de fatores externos à sua identidade genética, como fixação no útero e nutrição da mãe, normalidade na formação de cromossomos, etc.

Conceder ao embrião um status moral equivalente ao da pessoa, com base numa potencialidade hipotética, não-detectável e sujeita a inúmeras contingências, situa o argumento no plano metafísico de Whitehead, que corresponde à realidade platônica das ideias e só diz respeito aos que compartilham essas crenças, sem conseguir estabelecer-se como uma afirmação que possa ter um caráter normativo universal (KOTTOW, 2005, p. 24).

Outrossim, impor a criminalidade de um ato à toda sociedade baseado em uma crença difundida por instituições religiosas, que, em verdade, conferir tratamento de lei aos dogmas e probabilidade abre margens à outras probabilidades. Ora, se uma célula, ser tão básico em termos de evolução, pode ser considerada um ser humano, aceita-se um subgrupo de seres humanos que ainda não evoluíram e, em consequência, não seria o *Homo sapiens sapiens* o único ser com conceito de pessoa.

2.2.2 Perspectiva Evolutiva

Esta teoria está inserida sob diversos ângulos, de acordo com a fase evolutiva do embrião/feto. Diversos autores descrevem sua ótica fundamentada em um evento ocorrido durante a gravidez, tais como o processo de nidação, desenvolvimento dos órgãos, nascimento, entre outros. Todavia “[...] todos são momentos arbitrariamente escolhidos e não gozam de reconhecimento generalizado” (FRANCO, 2006, p. 26). Citam-se os aspectos mais aceitos atualmente.

Como descreve Moore (2013) estima-se que no 14^o dia de gestação o zigoto penetre no interior do endométrio, isto é, ocorre sua fixação no útero. Este processo é conhecido por nidação e, para alguns autores, este é o momento em que inicia-se a vida, posto que se estabelece em ambiente propício ao seu desenvolvimento, local onde ocorre a individualização do ser humano. “Para tal, é mister, no entanto, que se deem duas propriedades: a unicidade – qualidade de ser único – e a unidade – realidade positiva que se distingue de toda outra; quer dizer, ser um só” (FRANCO, 2006, p. 26).

Existe argumento em sentido contrário, com entendimento de que o simples fato da nidação não confere tal individualização ao ser humano, sendo certo, que a partir desta ocorrência, o embrião se desenvolve através dos nutrientes gerados pela mãe.

[...] a moderna ciência mostra, porém, que é possível que esta unidade não exista porque, além de uma célula, estão as moléculas, além destas, os átomos, os elétrons, aquém dos quais está uma quantidade aparentemente contínua e não quantificada, a energia (MINAHIM, 2004, p. 58).

Sem o evento da nidação, o zigoto não passaria de um amontoado de células e seria abortado espontaneamente, já que o contato com o corpo da mãe é imprescindível ao desenvolvimento embrionário. Ocorre a implementação dos vasos endometriais que estabelecem ligação entre o sangue materno e permitem a circulação uteroplacentária. Isto comprova que a habilidade de continuidade faz-se necessário ao procedimento de instauração da vida, isto é, caso não dê prosseguimento ao desenvolvimento embrionário, este não tem autonomia para sobreviver fora do corpo materno. Portanto, é uma teoria que rompe com os

fundamentos da concepcionista, posto que a nidação é processo essencial na gestação, sem a qual, o embrião sofrerá expulsão espontânea do útero.

“A nidação é apenas um estágio do processo paulatino de corporização e hominização; a comprovação do caráter gradual e não instantâneo de formação do ser humano; é uma fase obrigatória, mas não suficiente” (GARCÍA-VELASCO, *apud* FRANCO, 2006, p. 27).

Além deste, existem outros eventos no processo de desenvolvimento embrionário e fetal que são escolhidos por diversas correntes como marco ao início da vida. Cita-se a formação do tubo neural, onde a este tempo há um delineamento dos principais órgãos, levando-se em consideração a fase em que há os primeiros traços similares de um ser humano.

A teoria natalista, resguardada pelo Código Civil Brasileiro, confere direitos da personalidade no nascimento com vida. Isto é, segundo este aspecto, a vida tem início a partir do nascimento seguido do primeiro momento de respiração pelos pulmões da criança.

Há grande discussão acerca desta perspectiva, uma vez que desconsidera como vivo o embrião formado ainda abrigado no útero materno. Ignora o fato de que, alguns meses antes de nascer, já reage a estímulos sonoros e promove estímulos físicos. Como explica Carl Sagan (2015, p. 197), “Um bebê recém-nascido é certamente o mesmo ser que era pouco antes do nascimento.” Desta forma, como não se comparar o aborto de um bebê já formado ao homicídio de um bebê?

2.2.3 Perspectiva Científica

Ainda segundo a ótica evolutiva, existe uma vertente muito aceita atualmente. Dentre todos os eventos da gravidez e desenvolvimento embrionário, existe um momento, que para muitos autores, é o marco do início da vida humana.

Trata-se das primeiras atividades cerebrais, que têm início ao final da segunda semana de gestação. Até este momento, o feto ainda é nutrido e desenvolve-se a partir do corpo da mãe. Seu sistema cardiovascular é alimentado pelo sistema materno e seu desenvolvimento prossegue por esta razão. (FRANCO, 2006)

Contudo, a partir do terceiro mês, o embrião começa a ter atividades cerebrais, sendo o ponto de partida para desenvolver as funcionalidades e autonomia de seus órgãos.

O início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, com a constituição dos hemisférios cerebrais (a denominada telencefalização), no terceiro mês de gravidez, permitirá **distinguir o organismo vivo humano do organismo dos demais primatas** e só então poderá cogitar-se de um processo biológico convocado a converter-se numa vida humana, isto é, **uma vida com características próprias e atributos da espécie humana** (GARCÍA-VELASCO, *apud* FRANCO, 2006) (grifo nosso).

Sabe-se que a característica que distingue o ser humano dos demais animais é a capacidade de raciocinar. Esta, só é possível mediante a formação do sistema nervoso central. As demais características que um indivíduo possui, como locomover-se, comunicar-se, respirar e reagir a estímulos não são únicas e exclusivas de humanos. Portanto, esta teoria deve ser analisada pelo fato de que o feto só teria proteção quanto ao homicídio, quando lhe for conferida a principal característica que tipifica o crime: matar alguém, humano.

Ademais, ressalte-se que matar pressupõe tirar a vida. “Assim, se apenas a pessoa pode ser assassinada, quando é que o feto adquire a condição de pessoa?” (SAGAN, 2015, p. 209). Segundo a perspectiva em pauta, esta condição tem como marco o momento em que há formação completa, permitindo que o cérebro emita ondas cerebrais.

Esta teoria sustenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade dos sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência” (SOUSA, 2009, p.75 *apud* SILVA, 2010, p. 33).

Importante salientar que há divergências entre os defensores desta teoria. Como salienta Fernanda Matos (2011), a constatação de ondas cerebrais, fator determinante para delimitar a atividade cerebral, marca o início da vida. Em contraposto, existe

doutrina que entende que basta a delimitação da formação do cérebro, na 12ª semana de gravidez.

Sob tal enfoque, nota-se a influência de fatos científicos, baseados em pesquisas e comprovações. Deste modo, este aspecto trata a delimitação do início da vida por conceitos objetivos, fundamentados e constituídos com o avanço da tecnologia.

Entretanto, é fato notório que esta perspectiva não está inserida no pensamento das maiorias. Isto é, existe grande resistência quanto ao tema, consequência de antigos conceitos impostos sobre a vida, já superados na área científica, mas ainda um tabu a ser debatido.

3 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal respalda o direito à vida, bem como os demais ligados à dignidade da pessoa humana. Quando promulgada em 1988, teve como base a Declaração Universal do Direitos Humanos, posteriormente ao atual Código Penal, introduzido em 1940. Por oportuno, nota-se que sendo anterior à Carta Magna, houveram tipificações penais que não foram recepcionadas e, portanto, revogadas.

O crime de aborto refere-se ao tipo provocado, seja pela gestante ou por terceiro. Elencado na seção de crimes contra a vida, conclui-se que atualmente a teoria sobre início da vida utilizada no ordenamento jurídico é a concepcionista, já tratada no capítulo anterior.

Entretanto, a Lei Maior é omissa quanto ao momento exato em que se tem início a vida humana. Este é um conceito que não detém unanimidade em doutrinas e ciência, mesmo assim há sua proibição legal, impondo penalidade aos indivíduos que o cometem, ainda que possuam valores díspares àquele que lhe impõe a lei.

Esta relativização do conceito de vida ocasionou diferentes tratamentos acerca do aborto por povos e culturas ao longo do tempo, onde diversas vezes sequer houve tipificação penal.

Ante o exposto, nota-se que o tema é apresentado conforme os interesses políticos, sociais e econômicos, razão pela qual sofreu variações quanto a seu tratamento e ainda está em constante mudança no mundo.

3.1 Histórico do aborto

Inúmeras são as diferenciações acerca do conceito de aborto pelo mundo, que sofre mutações de acordo com a cultura e interferências que sofrem cada nação, seja econômica, política, religiosa e social.

O aborto é a expulsão do útero, de forma espontânea ou provocada, do embrião ou feto antes do momento em que ele se torna viável. [...] A palavra aborto tem origem no termo latino *abortus*, derivado de *aboriri* (perecer), *ab* significando distanciamento e *oriri* nascer (KOOGAN; HOUAISS, 1999 *apud* REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 419).

As divergências mais fortes estão relacionadas quanto a moralidade do ato, desde os tempos em que se tem conhecimento de sua prática. Para alguns, trata-se de cultura, crença; para outros, uma questão de autonomia da vontade; e, em muitos casos, um ato imoral.

Há de se observar que a prática de aborto jamais foi estranha ao ser humano. É mencionado em registros tão antigos quanto a história das civilizações, as quais demonstram em cada época, percepções distintas.

A escrita foi o marco que possibilitou o registro das antigas legislações, que já continham normatização acerca do tema. Para grande parte dos povos a consequência punitiva esteve atrelada a terceiro que o provocasse, uma vez que na Antiguidade era visto como um método contraceptivo e uma escolha privada, exclusiva da mulher. Esta só seria penalizada em caso de ofensa a direito do marido, já que o sistema patriarcal era base dos ordenamentos.

Sob este enfoque, Khammu-rabi, rei da Babilônia no séc. XVIII a.C., mandou escrever o Código Hamurábi, que “menciona o aborto como uma realidade e o tipifica como um crime contra os interesses do pai e marido e também como lesão contra a mulher” (MATOS, 2011, p. 9). A punição a quem o provocasse correspondia a perda da vida do próprio filho em alguns casos e, em outros, a punição pecuniária. (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 420). O mesmo tratamento é registrado no Código Hitita, séc. XIV a.c.

A Grécia Antiga passou por diversas mudanças acerca do tema no decorrer do tempo, de acordo com interesses que se buscava atender. Aristóteles e Platão estiveram presentes na defesa da prática do aborto, por motivos de controle de natalidade (SCHOR; ALVARENGA, 1994, p. 19). O aborto era considerado crime quando o pai que almejava herdeiro, tivesse seu direito violado, uma vez que era uma civilização com moldes patriarcais (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 420).

Elucida Giulia Galeotti (*apud* JACOBSEN, 2009) que houve um marco entre esta liberdade e sua proibição. O século XVIII trouxe consigo a Revolução Francesa, momento em que o ser humano passou a ser analisado como um contribuinte à sociedade e a questão passou a ter alcance público.

Para Galeotti, a linha divisória fundamental da história do aborto encontra-se no século XVIII [...] após a Revolução Francesa, começou-se a privilegiar a vida do feto, futuro trabalhador e soldado. Antes desse marco, o aborto era fundamentalmente uma questão da mulher, a única que podia testemunhar acerca de sua gravidez. O feto, em geral, era considerado simples apêndice do corpo da mãe (JACOBSEN, 2009, p. 102).

O século seguinte, tão bem conhecido pela aura de desumanidade gerada com o crescimento do industrialismo, serviu de cenário de difusão à aversão ao aborto, ocasionado pela diminuição da população. Diante do êxodo rural, era vasto o número de abortos praticados em famílias que lutavam contra a falta de recursos. Obviamente era um fato contrário aos interesses da classe dominante, posto que, cada filho nascido era um potencial trabalhador com mão de obra barata (SCHOR; ALVARENGA, 1994, p. 20). Sendo pois, a classe alta detentora do poder e controle da sociedade, a criminalização ao aborto era um fato que ia em direção às suas necessidades. “Pode-se perceber que o aborto, ao longo da história, foi permitido ou proibido conforme os interesses econômicos e políticos de cada época” (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 420).

Com a ascensão do fascismo, o aborto foi considerado crime contra a nação, tendo em vista a necessidade de crescimento vegetativo, a ideologia de criar uma raça pura no nazismo, e repúdio aos direitos individuais, característica de governos autoritários. Em contrapartida, em 1920 a União Soviética rompe com essa regra, uma vez que a prática havia se difundido em diversas localidades no mundo, ante as incertezas e os temores que marcaram a época. O tema passou a ser visto por esta nação como uma questão de saúde pública, e então passou a tratar do aborto como direito da mulher. Norma esta que não foi seguida por alguns países que tiveram o número de habitantes afetado com a Primeira Guerra Mundial (SCHOR; ALVARENGA, 1994; REBOUÇAS; DUTRA, 2011).

O feminismo, movimento que teve início na década de 60, difundiu-se nas décadas de 70 e 80 e foi responsável pela reivindicação dos direitos das mulheres,

dentre eles, o de dispor sobre o próprio corpo. Este movimento teve grande influência na conquista das garantias fundamentais, de forma isonômica, as quais atualmente gozam de proteção pela Constituição.

Dworkin (2003) cita o caso Roe contra Wade, processado em 1973 como uma mudança radical na legislação dos Estados Unidos. O Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade do crime de aborto, com o fundamento de que sua tipicidade feria o direito à privacidade, colocado em pauta na época, principalmente, pelo movimento feminista.

[...] o Tribunal declarou (por uma votação de sete a dois) que a legislação do Texas, que criminalizava o aborto a não ser quando praticado para salvar a vida da mãe, era inconstitucional. Foi mais adiante: afirmou, de fato, que *qualquer* lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez – antes do sétimo mês – era inconstitucional (DWORKIN, 2003, p. 6 p.7).

Após esse caso, a suprema corte americana chegou à conclusão de que leis contra o aborto violam um direito constitucional à privacidade, considerando que privacidade é o direito à livre disposição do próprio corpo (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 421).

A partir de então, reivindicações do feminismo e, conseqüentemente a descriminalização do aborto tem se propagado por diversos países do mundo. Dentre alguns, há resistência quanto ao tema, o que não é um indicador de diminuição da prática. Em estimativa, compreendem-se os países onde:

Tabela 1: formas de aborto por países

Países onde aborto é realizado por:	Porcentagem
meio de simples solicitação	35%
razões de ordem social	24%
razões de ordem médica, eugênica ou humanitária	20%
para salvar a vida da mãe	13%
é totalmente proibido	4%
situação desconhecida	4%

Fonte: SCHOR; ALVARENGA, 1994, p. 20.

3.1.1 Histórico do aborto no Brasil: interferências no processo legislativo

No Brasil, o aborto era prática comum entre os nativos anteriormente à Colonização, bem como por um período após seu início. Esta fase na história brasileira trouxe consigo cultura e religião estranhas aos habitantes, impondo o dever da maternidade como uma forma de ser redimir do pecado. A Igreja Católica, que repudiava a prática, caracterizada como imoral e que deveria, a todo custo, ser evitada. O entendimento de que o aborto se equiparava ao homicídio foi disseminado. No entanto, ainda havia resistência e o aborto continuou a ser praticado, por motivos como a violência e miséria da época, que ocasionaram grande número de mulheres grávidas sem pai. Em outros casos, o filho era fruto de relacionamentos ilegítimos, entre portugueses e habitantes. Sendo estes casos um afronto à moralidade da época, com graves consequências, o aborto era a via recorrida pelas gestantes (SCHOR; ALVARENGA, 1994).

Não bastasse a controvérsia existente no âmbito jurídico, a sociedade brasileira como um todo, devido à herança católica advinda desde o período da colonização, se depara com diversas questões morais no que concerne o enfrentamento da questão do aborto (BASTOS, 2018, p. 55).

A condição feminina no Brasil Colônia, estava associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia (EMMERICK, 2007, p. 67).

Com o crescente número de sua prática, houve a necessidade de uma legislação que refletisse os interesses da classe dominante e da Igreja Católica, que à época passou a adotar o entendimento de que o feto já teria alma e, portanto, a prática do aborto não condizia com os valores impostos. Consequentemente, em 1830 houve a criminalização de terceiro que, sem o consentimento da gestante, ocasionasse aborto e, em 1890, acrescentou-se atenuantes para casos específicos, como quando realizado com a “intenção de ocultar a própria desonra” (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 422), isto é, crianças geradas de relacionamentos de adultérios ou outros casos que apresentassem imoralidade.

Podemos observar que o código criminal brasileiro teve forte influência dos ideais católicos, no sentido de que as leis sempre prezavam a conduta moral

e os bons costumes da família e dos cidadãos, principalmente no que se refere à conduta da mãe, considerada na época a base da família cristã (Predebon, 2007 *apud* REBOUÇAS; DUTRA, 2011, p. 422).

Para a Igreja Católica, detentora de poder e persuasão, o aborto era uma forma de ocultar as relações entre colonizadores e indígenas ou extraconjugais, e ainda, contrariava os interesses do Estado, qual seja, de aumento demográfico, principalmente da população explorada, que significaria mão de obra barata e maximização dos lucros.

A condição feminina no Brasil Colônia, estava associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia (EMMERICK, 2007, p. 68).

Desde então, a imoralidade do ato foi imputada à mulher. Isto é, em um tempo anterior à difusão dos direitos humanos, o papel da mulher era de reprodutora, que dava seguimento à linhagem da família, distanciando-se do homem branco, detentor de direitos na sociedade.

Na verdade, a perseguição ao aborto se devia muito mais a uma questão de normatização da sexualidade e de interesses políticos e econômicos do que em prol da vida de uma criança, pelo fato de nessa época ainda não haver uma preocupação e proteção para com ela como nos dias atuais. O aborto no Brasil Colonial feria a condição feminina, na verdade sua natureza, qual seja, a maternidade (REBOUÇAS; DUTRA, 2010, p. 422).

A partir desta lógica, a maternidade era a função da mulher e a maneira de redimir-se de seus pecados, sendo que aquela que não pudesse ou não a escolhesse não seria digna do reino dos céus, o que influenciava muito na reputação feminina, isto é, aquela que estivesse em oposição aos mandamentos da Igreja era marginalizada.

A forma de explicar o repúdio à prática abortiva encontrou respaldo na teoria concepcionista, difundida pela Igreja, já elucidada no presente trabalho. Com este conceito, a prática abortiva vista como ato comum para os colonizados, tornou-se um crime não só contra as leis do homem, mas contra as leis de Deus. Apesar disso, não há citação bíblica acerca do tema.

Fernanda P. Lopes de Matos (2011) relata que o final da década de 1930 foi marcada pelos intensos conflitos de ordem mundial e interna, com cunho político-

econômico, ocasionado da Crise de 1929 que interferiu nas exigências políticas demandadas pela população, a qual sofria com incertezas acerca do sistema econômico que vigoraria no País. Valendo-se do medo que acometia a classe média sobre a possível aderência do Brasil ao comunismo, Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, deu o golpe de Estado com apoio da classe dominante e instaurou a ditadura militar no Brasil, consolidando o autoritarismo do então Presidente. “[...] a ideologia das classes dominantes transforma-se em discursos estimulantes do medo, justificando, assim, as mais diferentes formas de controle social e disciplinamento” (EMMERICK, 2007, p. 21).

Neste mesmo dia, Vargas outorgou a Constituição Brasileira de 1937, que lhe conferia a centralização do Poder. Suas prerrogativas, baseadas na Constituição da Polônia, incluíam nomeação de autoridades, pena de morte, retirada de direitos como a greve, concentração dos poderes executivo e legislativo nas mãos do Chefe do Estado, entre outros.

Seu governo teve como foco a abertura da economia nacional no âmbito mundial, inserir o Brasil na globalização, reduzir a inflação, que só seria possível com uma rígida interferência Estatal. Isto culminou na regulamentação legislativa na esfera constitucional e penal, principais meios de formar contornos na sociedade. Ora, se o intuito era envolver-se com grandes potências internacionais, o ordenamento interno deveria atender a seus interesses, que só seria possível com a imposição de normas focadas no intuito de desenvolvimento econômico. “É no contexto histórico da chegada dos ideais liberais ao Brasil, às portas do século XX, e ao mesmo tempo, a permanência dos ideais machistas, patriarcais e conservadores, que nasceu o Código Penal da República” (EMMERICK, 2007, p. 70).

Por oportuno, é importante salientar que anteriormente já havia legislação acerca do aborto, que o tornava crime apenas quando um terceiro o causasse, não havendo imputação à mãe. Claramente, não era uma norma que atendia aos interesses da época. Como anteriormente citado, a industrialização e, principalmente a globalização, trouxeram à tona a necessidade de expandir a população, porquanto cada criança nascida é um possível trabalhador e consumidor (JACOBSEN, 2009).

No bojo deste autoritarismo característico de sistema ditatorial, instaurou-se o Código Penal de 1940, através do decreto-lei nº 2.848, vigorando desde 1º de janeiro de 1942, até os dias atuais. Fato este que exemplifica o procedimento de implementação do sistema penal colocado por Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, onde elucidou que a submissão disciplina a sociedade, a qual corresponde às expectativas e interesses da classe dominante, “[...]o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso” (FOUCAULT, 1987, p. 29).

A tipificação da prática foi inserida no capítulo que trata dos crimes contra a vida. Neste momento a mulher também passou a ser vista como possível vítima nos casos de aborto causado por terceiro. A tipificação penal passou a ser mais específica, relacionando cada caso com as respectivas penas, que podem ser agravadas e atenuadas.

Observa-se que, em oposição aos ordenamentos que entendem o ato abortivo como exercício do direito de privacidade, a atual legislação penal brasileira induz à ideia de que este ato reflete na vida de alguém, resquícios de dogmas apresentados pelo cristianismo.

Fato contraditório é que a Constituição de 1988, promulgada posteriormente, proíbe a privação de direitos por motivos de crenças religiosas.

Art. 5º. VIII. Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Contradizendo esta garantia constitucional, a mulher é privada do direito de dispor do próprio corpo com base em uma ideologia político-religiosa, instaurada em séculos passados pela ideologia cristã que impõe o conceito de vida a partir da fecundação.

Com a ascensão do movimento feminista no Brasil, que ganhou força após a década de 1970 e 1980, a mulher vem ganhando espaço em meio a sociedade e tenta ser vista como ser humano detentor de direitos como liberdade e privacidade, sem contudo ter respaldo no Código Penal, que provém de uma época com forte influência religiosa.

Atualmente, os direitos da personalidade têm início do nascimento com vida, o que evidencia a teoria natalista adotada pelo Código Civil, mitigada, uma vez que resguarda os direitos do nascituro. O Código Penal, por outro lado, institui crime o ato de interromper, voluntariamente à qualquer tempo, a gravidez, o que significa dizer que protege o embrião desde concepção, ressalvadas as exceções que serão esclarecidas adiante. Esta lógica demonstra que a teoria concepcionista, amplamente defendida pelo cristianismo, é adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, esta teoria não encontra respaldo em comprovações, mas apenas crenças. Se não há certeza quanto à este momento, como há de se proibir determinada prática? Isto evidencia a forte influência religiosa na legislação, sendo certo que a corrente que repudia a descriminalização do aborto, em sua maioria é composta por religiosos.

A legislação brasileira, todavia, não deveria sofrer influências de dogmas impostos, uma vez que a Constituição Federal estabelece um Estado laico, sem discriminações quanto às crenças de todos os tipos. Ora, se a crença de uma pessoa é na perspectiva científica, deveria esta ser compelida a adotar a teoria concepcionista sem se falar em infringir a laicidade do Estado? Criminalizar um ato é torna-lo regra ao povo. Não deve o povo ser compelido a acolher normas estabelecidas em fundamentos religiosos, típicos de um século passado que não condiz com a realidade instaurada pela Carta Magna.

3.2 Aborto no ordenamento pátrio

Rulian Emerick (2007) ressalta que controle do corpo e da sexualidade é um dos meios mais eficazes de controle social, concretiza o poder disciplinar e o biopoder, objetivos do sistema ditatorial implementado. O primeiro, associado ao controle exercido pelas instituições, tais como fábrica, escolas, hospitais, manicômios, e em última instância, a prisão.

A época marcada pela grave crise econômica que acometia as nações, precisava de melhorias na forma de economia, alcançadas através mão de obra barata, aumento de consumo e conseqüente maximização de lucros. O aborto então era contrário às essas intenções, visto que, se cometido em larga escala, seria causa de diminuição da classe dominada.

Um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos, constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica. (...) O poder, no século XIX, tomou posse da vida, dizer pelo menos que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra (FOUCAULT, 1999, p. 290).

Neste sentido, a lei instaurada que tipifica o aborto, no capítulo dos crimes contra a vida, no Título I, foi criada sob o enfoque dos interesses econômicos do século passado, através das prerrogativas instituídas por uma Constituição que, ignorando completamente garantias fundamentais oriundas da dignidade da pessoa humana, estabeleceu direitos e obrigações concernentes ao período ditatorial. No que diz respeito ao texto do aborto, ainda não sofreu qualquer alteração até os dias atuais.

Segundo Rulian Emmerick, o sistema penal dos países em desenvolvimento tem como foco punir àqueles que estão à margem da sociedade, dando enfoque ao crimes comumente cometidos nas classes mais pobres, “considerados indesejáveis e perigosos”, e seu conseqüente encarceramento com sanções mais severas do que aqueles cometidos pela classe dominante, como os ditos de colarinho branco, dotados de punições brandas e, quase nunca levados à tona (EMMERICK, 2007).

Acreditamos, assim, que as transformações ocorridas nas esferas da produção e do consumo e, conseqüentemente, nas políticas de segurança têm efeitos sobre a democracia, a cidadania, a criminalidade e os direitos humanos, uma vez que o novo ponto referencial para a tomada de decisões políticas não é mais a pessoa humana, mas os interesses do mercado e, respectivamente, do lucro (EMMERICK, 2007, p. 38).

Apesar de ser praticado em todas as classes sociais, o crime de aborto é causa de encarceramento apenas na classe de baixa renda. Afinal, não é manchete de jornal quando uma figura pública ou da classe alta pratica esse crime. O que não quer dizer que não ocorra, afinal a criminalização do ato não é óbice para sua prática.

[...] em relação ao aborto, tal sistema [penal] tem apenas um poder simbólico que justifica o controle do corpo do feminino, através de irrisória criminalização de mulheres já penalizadas pela exclusão e segregação inerente ao modelo de acumulação de capital da sociedade contemporânea (EMMERICK, 2007, p. 52).

Estabelece o Código Penal, as classificações de aborto, como sendo o auto aborto, consentido, não consentido, necessário ou terapêutico e sentimental (TESSARO, 2006), em seus artigos 124 ao 128:

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:

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.

Cumprido relatar que o aborto, como ora elucidado, é a expulsão do material resultante da concepção, podendo ser provocado ou espontâneo. Este último, decorrente de um processo fisiológico natural, sem qualquer intervenção humana, farmacológica ou instrumental. Para que haja a caracterização do delito, portanto, é relevante apenas o aborto do tipo provocado, uma vez que um dos elementos essenciais do crime é a conduta. "Já o objeto material do crime pode ser o óvulo

germinado (até dois meses de gestação), o embrião (de dois a quatro meses) ou o feto (a partir dos cinco meses até o final da gravidez)” (MATOS, 2011, p. 21).

Verifica-se que o texto literal da lei é omissivo quanto ao tempo em que recai sua proteção, mas há entendimento pacificado que se dá desde a concepção. Isto é, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria concepcionista para determinar o início da vida, ainda que não haja comprovação científica a respeito e conflito de entendimentos teóricos acerca do marco inicial, conferindo proteção ao nascituro em todas as fases da gestação. “Na prática isto significa dizer que ‘para a sociedade brasileira, em última instância, o direito à vida deve ser protegido desde a concepção” (DALLARI *apud* MATOS, 2011, p. 20).

Concernente ao aborto, existem sistemas penais que podem ser classificados em três tipos. O primeiro, é rígido e o classifica como crime nas hipóteses do auto aborto ou consentido, como no atual Código Penal. Em ordenamentos diversos, existe um sistema penal que permite o aborto de acordo com as necessidades do caso concreto, como na hipótese de idade avançada da mulher, o fato de não ser casada, número excessivo de filhos, deformação do concebido e incapacidade da mulher. Por outro lado, há ainda o sistema liberal, que vê o ato como prática da vida privada e confere à mulher a autonomia da decisão. Tais sistemas serão melhor analisados e exemplificados em momento oportuno, no que tange a legislação comparada.

No ordenamento jurídico brasileiro o auto aborto é crime próprio, que só pode ser cometido pela própria gestante, sem auxílio de terceiro nos atos executórios. Se, por outro lado, conta com a ajuda de terceiro para executar a ação, fala-se em aborto consentido. Ambos contam com tutela penal no artigo 124.

A legislação prevê, ainda a responsabilidade de terceiro que seja responsável pela execução, seja com consentimento da gestante ou não, tratados nos artigos 125 e 126.

O artigo 127 trata da forma qualificada, causa de aumento de pena de um terço caso a gestante venha a sofrer lesão corporal grave e dobradas se resulta morte, ocasionados pelo ato do abortamento ou dos meios executórios.

Importante salientar que a criminalização destes tipos de aborto nunca na história impediu de fato ocorrer. Em todas as classes sociais é praticado, das maneiras mais variadas e isto é fato notório. Corresponde dizer que não há eficácia na proibição pelo sistema penal. Ainda que tipificado na lei, não inibe a mulher que, em condições de não poder ou não querer ter um filho, muitas vezes optará pelo abortamento através de meios clandestinos, passíveis de lhe causar graves danos à saúde ou até a morte.

Entretanto, há casos em que, ainda que haja conduta típica que culmine no resultado, este não será classificado como delito. O legislador entendeu que havendo conflito de direitos do nascituro e da mãe, deve haver uma ponderação e, portanto, estabeleceu os casos em que o aborto será admitido.

3.3 Casos legais de aborto

A maternidade é costumeiramente apontada pelo senso comum sendo um ato prestigiado e transformador na vida da mulher. Entretanto, sendo uma fase íntima da vida feminina, apresenta características específicas em cada indivíduo. Neste diapasão, há que se falar nos casos em que a concepção fora indesejada ou que prosseguir com a gravidez possa gerar graves resultados na vida da mãe, sejam eles físicos ou psicológicos.

Com base no princípio da proporcionalidade o Código Penal inseriu ressalvas ao tipo penal, descrevendo o aborto legal. Será admitida sua prática nos moldes do artigo 128, quando não será classificado como ato ilícito se praticado por médico e nas hipóteses que a lei trata. Exclui a antijuridicidade nos casos em que houver conflito entre a vida do feto e da mãe, resolvendo-se pela vida desta, o chamado aborto necessário ou terapêutico; ou quando a gravidez for proveniente de violência sexual, conhecido como aborto sentimental.

A norma penal prevê que, na conjectura em que a gravidez seja causa de risco certo e inevitável à vida da gestante, de acordo com avaliação e indicação médica, será justificativa para o abortamento, ainda que sem consentimento da gestante ou da família. Esta ressalva se fundamenta no estado de necessidade, quando o agente

comete o fato visando afastar perigo atual de direito próprio ou alheio – sua vida e saúde. Há que se falar, portanto, em causa de excludente de ilicitude.

E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina: a pena do homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos (art. 121, caput, CP), enquanto a pena do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP). Não há, portanto, conflito entre bens iguais (TESSARO, 2006, p. 51).

Além desta hipótese, existe a ressalva para gravidez proveniente de estupro. Há que se observar que a violência sexual infere no âmbito psicológico da vítima; um trauma que diz respeito à intimidade de um indivíduo, acometem sua privacidade e liberdade, fere sua honra e que, na maioria dos casos, acarretam consequências psicológicas que jamais serão completamente superadas.

Se de um ato tão reprovável gera a consequência de um filho, é fato incontroverso que ele seria uma forma de reviver um trauma, ante a lembrança de que foi gerado mediante violência. Seria uma ofensa à intimidade e até mesmo uma tortura que uma mulher fosse, neste caso, obrigada a gerar o fruto de agressão ou penalizada por decidir interromper a gravidez.

Neste caso, existe divergência doutrinária a respeito da natureza jurídico-penal do aborto sentimental. Para uma corrente é caso de excludente de ilicitude, uma vez que é causa de justificação do ato. Oposta à esta, existe doutrina que assinala ser o fato típico e ilícito, mas uma causa de exclusão de culpabilidade, baseado na inexigibilidade de conduta diversa (FRANCO, 2006).

Apesar de divergência acerca da natureza, é certo que independe de risco à vida da gestante para que se afaste antijuridicidade. No entanto, se em decorrência do estupro culminou risco à vida, aplica-se o caso anteriormente elencado (aborto necessário), onde o médico, por decisão própria poderá optar pelo abortamento em vistas à proteção da vida extra uterina, qual seja, da mulher.

O Código Penal não exigiu qualquer formalidade ou condição para assegurar este direito. Entretanto, somente em 2005, após o Ministério da Saúde reeditar norma técnica a despeito do procedimento de aborto terapêutico é que foi assegurada esta capacidade sem a necessidade de um registro de ocorrência (TESSARO, 2006).

O registro, para os médicos, seria uma forma de se respaldar e evitar que fosse acusado pelo crime de aborto. Entretanto, a norma penal inclui o aborto legal como forma de garantir direitos fundamentais da gestante, que não pode ficar condicionado à mero ato procedimental para autorização.

Cumprе salientar que, em muitos casos, a mulher opta por não registrar o crime, o que é compreensível em razão do abalo psíquico que a acomete e que, em razão disto, muitas preferem evitar o constrangimento de notificar publicamente a violação que sofreu. Sendo a ação penal condicionada a representação, somente a vítima pode oferecer a queixa crime, o que não pode ser condição para ser tutelada pelo serviço de saúde.

Desta forma, a palavra da mulher tem presunção de veracidade, bastando que alegue o fato à equipe hospitalar para que tenha amparo na legislação. Esta afirmação gerou discussão acerca da possível responsabilidade médica em caso de alegação falsa de violência sexual. Neste caso, configura erro de tipo apresentado pelo Código Penal em seu artigo 20, §1º, o que isenta de pena o médico responsável pelo procedimento.

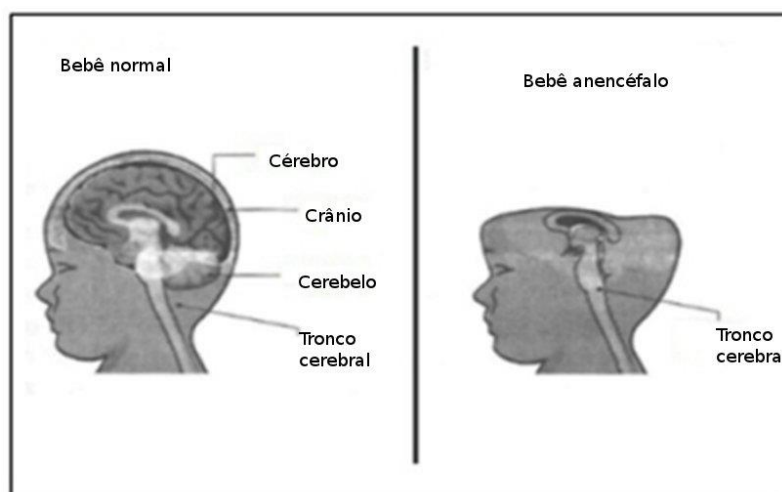
3.3.1 Interrupção da gravidez por anencefalia

Os avanços tecnológicos da atualidade permitiram a descoberta de patologias que acometem o feto desde os primeiros meses, demonstram as condições de saúde, sua formação e possíveis anomalias. Este progresso é recente se comparado à legislação penal, que à época em que fora instaurada, não conhecia esta possibilidade. Por esta razão, o texto legislativo não faz menção ao feto com graves anomalias, como o feto ou embrião anencéfalo, dito aquele que não tem atividade cortical. A patologia compromete a vida do feto ou embrião e da gestante, portanto a partir da sua melhor compreensão houve a necessidade de ser regulamentada.

Em linguagem científica, define-se anencefalia como uma malformação decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. [...] Não existe cérebro bem constituído no anencéfalo. [...] Na

maioria das vezes, a anencefalia inviabiliza a possibilidade de vida extra-uterina, podendo apresentar grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto.[...] Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Um feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. O tronco cerebral (coloquei diferente) está presente no fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do útero materno (TERRUUEL, 2010).

Imagem 1 - Bebê normal e anencéfalo



Fonte: (SANTOS, 2013)

Imagem 2 – Bebês com anencefalia



Fonte: (SAÚDEMAIS, 2019)

Imagem 3 – Feto anencéfalo



Fonte: (SAÚDEMAIS, 2019)

Imagem 4 – Recém nascido com anencefalia



Fonte: (RABELLO, 2012)

Ainda não se sabe a causa certa da anencefalia, que ainda é estudada mundialmente. Entretanto, suas consequências são detectadas ainda na fase de gestação, através de exames que constataam a patologia que pode ser branda até mais grave. Neste último caso, não há chances de sobrevivência fora do útero materno por mais de alguns dias, além de ser uma gestação problemática, que pode provocar complicações na saúde e vida da gestante, podendo leva-la à morte.

Hodiernamente, o caso do anencéfalo encontra regulação através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado causa de assentir a interrupção da gravidez, ante a previsão de impossibilidade de sobrevivência da criança fora do útero materno. Infere-se que é

demasiado sofrido para uma mãe carregar um filho por nove meses, tendo certeza, do ponto de vista científico, que não sobreviverá.

Neste sentido, já entendeu o STF na ADPF 54 pela antecipação terapêutica do parto, com base no pressupostos do alto índice de anencefalia que acomete os recém nascidos no Brasil e ausência de expectativa para o feto. Em audiência pública, a partir da conceituação de especialistas possibilitou a melhor compreensão a respeito da patologia e tornaram explícitas suas consequências, bem como a impossibilidade de sobrevivência fora do útero materno.

[...] **o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos.** Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. [...] O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. A afirmação categórica de que **a anencefalia é uma malformação letal** funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública. **Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, inexistente presunção de vida extrauterina** (MELLO, 2012, p. 31-32, p.48-49) (grifo nosso).

No caso em pauta a sociedade quer resguardar os direitos do nascituro partindo do pressuposto de que a legalização do ato descriminaliza o aborto, contrapondo-se aos direitos da gestante, que vê seus direitos à saúde, autonomia da vontade, liberdade sexual e privacidade violados.

Dessa forma, os Ministros questionaram se deveria uma mulher que carrega um feto, que nestas condições, sem chances de sobrevivência, ser penalizada em razão da antecipação do parto. Afinal, a morte de um filho por si só já é causa de angústia, dor e sofrimento à mãe. Deve a gestante ser penalizada por optar em não conduzir essa dor por nove meses? Deve a incolumidade física do feto anencéfalo ser preservada a qualquer custo?

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que **60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e**

insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação (BENUTE *apud* MELLO, 2012, p. 72) (grifo nosso).

O Supremo entendeu que não, devendo o caso ser analisado com “empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres [...], calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso” (MELLO, 2012, p. 80). A partir deste entendimento, asseguraram-se os direitos da gestante e portanto, atualmente, basta diagnóstico médico que ateste o nível total de anencefalia para que proceda à interrupção terapêutica da gravidez, sem necessidade de autorização judicial.

Tendo em vista a atual conjuntura da sociedade no que diz respeito à Ciência, fica nítido que, os novos conceitos adquiridos através de pesquisa refletem na sociedade como um todo e, dessa forma, no âmbito jurídico e legislativo. Entretanto, a tecnologia evolui em progressão mais acelerada do que a normatização de um tema. Sob esta ótica e em razão da data a qual provém a norma penal, há uma necessidade de atualização desta, respeitando os novos conceitos científicos adquiridos.

Neste sentido, o caso em pauta discutia o conflito entre princípios que resguardavam os direitos da mãe e do nascituro. Por um lado, o direito à privacidade, liberdade de reprodução e até mesmo de inviolabilidade de sua integridade física, contraposto ao direito à vida discutido, que mais tarde ficou evidenciado ser inviável do caso do anencéfalo. A decisão em voga tratou-se de um caso de aplicação do princípio da ponderação de interesses, onde prevaleceu o direito da mãe, posto que se a decisão o contrário fosse, seria o caso de conferir valoração do direito à vida a todo custo, ainda que lhe gerasse uma onerosidade excessiva.

[...] no direito brasileiro a determinação do óbito se dá pela morte encefálica. E como o feto anencefálico não chega a ter vida cerebral, não há vida a proteger, em sentido jurídico. Em favor do direito à interrupção da gestação neste caso, pode-se invocar, ainda, o direito à integridade física e psicológica da mulher. Com efeito, ela se sujeitará a todas as transformações físicas e psíquicas pelas quais passa uma gestante preparando-se, neste caso, todavia, para receber o filho que não irá ter. Um imenso sofrimento inútil (BARROSO, Luís Roberto Barroso, 2010).

Neste caso, sequer deve haver ponderação dos interesses, posto não há não há vida intrauterina, logo, não existe direito do nascituro.

3.4 Conceito de morte

Não há dúvidas que a personalidade civil termina com a morte, nos moldes no Código Civil, em seu artigo 6º: “A existência da pessoa natural termina com a morte[...]”. Apesar disso, alguns direitos e obrigações do *de cuius* permanecem pleiteáveis, como a indenização por lesão à honra ou imagem pretendida pelos sucessores ou créditos deixados em vida, suscetíveis de cobrança pelo credor no limite da herança deixada.

Entretanto, o momento que determina o fim da vida, assim como seu início, são temas discutidos desde a Antiguidade e que ao longo do tempo sofreram mudanças em seu conceito, baseado no momento de cada época, bem como das crenças adotadas no âmbito religioso.

Dessa forma, o momento fixado para determinar a morte de uma pessoa humana passou por transformações. No século passado, a data do óbito era fixada do último suspiro ou do último batimento cardíaco, isto é, “Até a década de 60, a cessação das funções do coração e dos pulmões constituía o critério aceito para indicar o fim da vida” (MINAHIM, 2004, p. 63). Em razão da falta de conhecimento, a morte estava atrelada às suas consequências, os sinais que demonstrava após sua ocorrência.

Diante de novas descobertas biológicas, descobriu-se que a doação de órgãos não seria apenas possível, com salvaria milhões de vidas que dependem de apenas órgão em condições saudáveis. Obviamente alguns são vitais e a doação de uma pessoa viva à outra lhe causaria a morte.

A solução foi simples, com o advento da lei 9.434/1997, que pacificou o entendimento de que a morte encefálica devidamente diagnosticada põe fim à vida e regulamentou a doação de órgãos no Brasil. A lei parte da assertiva que a morte deve ser considerada quando não há chances de interromper uma causa que culminará na cessação da vida. Diante disto, o ordenamento jurídico brasileiro se baseia no entendimento de que a morte cerebral significa a morte real, isto é, quando o cérebro

para de funcionar. “Tem-se entendido que o momento de cessação da atividade cerebral marca, de modo determinante – embora possa ser possível a manutenção de algumas funções vitais – o findar da vida humana, em face da irreversibilidade dessa cessação” (FRANCO, 2006, p. 28).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.173 de 23 de novembro de 2017, regulamentou a maneira de definir a morte encefálica, procedimentos que constata a falta de estímulos corticais. Após essa ocorrência, conseqüentemente todos os demais órgãos do corpo morrerão. Contudo, se retirados em tempo, antes de sua falência, poderá ser doado àquele que necessita, possibilita a continuidade à sua saúde e vida.

A partir da referida Lei, o conceito de morte foi mudado, fato interessante não apenas à Medicina, mas como à toda sociedade. Diante, disso, segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (2018), “O Brasil é o segundo país do mundo em número de transplantes”, sendo de 5.923 no ano 2018, contando transplantes de córnea, rim, fígado, pâncreas, coração, pulmão e multivisceral. Entre 2008 e 2018 este dado conta com 57.275 transplantes, o que corresponde ao número de pessoas que se beneficiaram com a manutenção de sua saúde.

A partir disto, conclui-se que os conceitos científicos sofrem mutações de acordo com as necessidades e descobertas de cada época, contribuindo com os interesses da população.

3.4.1 Morte encefálica comparada ao primeiro trimestre do embrião

Sendo o fim da atividade cerebral um marco para o fim da vida e caracterização da morte, possibilitou-se a pacificação de entendimento acerca de temas, como a doação de órgãos e a data e hora do óbito, para fins de esclarecimentos no direito de sucessões. Era uma mudança necessária à sociedade que emerge.

Da mesma forma, a atual conjuntura carece de pontuação acerca do início da vida, com vistas a delimitar onde se inicia os direitos da personalidade humana.

Atualmente, adotam-se teorias acerca de seu início, mas não há um entendimento pacificado a respeito. E, ainda que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro demonstre acolhimento pela teoria concepcionista, esta encontra respaldo em ideologias religiosas e não científicas.

Por este viés, há uma contradição quando se indaga as razões para determinar o fim e início da vida. O fim, como era demonstrado, tem base em dados de pesquisas científicas, isto é, coletas de dados que demonstrem a falta de ondas cerebrais. Por outro lado, o início tem um marco estipulado com base em crenças. Com vistas a dirimir tal contradição, a solução é utilizar o mesmo marco em ambos os casos.

Neste sentido, salienta Carl Sagan (2015) que a característica que diferencia o ser humano dos demais animais é a sua capacidade de raciocínio. Conseqüentemente, necessita que haja a formação do órgão responsável por atribuir esta peculiaridade, qual seja, o cérebro e o mínimo sinal de seu efetivo funcionamento, para que então seja verificado o vestígio de vida humana.

Até o momento, assassinato se aplica unicamente ao ato de matar seres humanos. Portanto, a questão de quando surge a pessoa (ou, se quisermos, a alma) é chave para o debate do aborto. Quando o feto se torna humano? Quando aparecem as qualidades humanas distintas e características? [...] Os outros animais levam vantagens sobre nós — no que diz respeito a velocidade, força, resistência, habilidades de escalar ou cavar, camuflagem, visão, olfato ou audição, domínio do ar ou da água. Nossa única grande vantagem, o segredo de nosso sucesso, é o pensamento — o pensamento caracteristicamente humano. Somos capazes de encontrar soluções para os problemas, imaginar acontecimentos que ainda vão ocorrer, entender a realidade. Foi assim que inventamos a agricultura e a civilização. O pensamento é a nossa bênção e a nossa maldição, faz de nós o que somos (SAGAN, 2015, pp. 205, 210).

Sagan (2015) relata que o ato de pensar decorre das ligações de neurônios que, no embrião, começam a ocorrer em grande escala por volta da vigésima quarta semana e vigésima semana de gestação. Essas atividades elétricas podem ser medidas através de eletrodos, sendo certo que, no caso do feto, apenas na trigésima semana emanam ondas cerebrais com padrões regulares típicos dos cérebros humanos. Em outras palavras, antes desta fase e conseqüentemente do devido desenvolvimento cerebral, não conseguem pensar. “O ponto em que devemos traçar a linha é o seguinte: quando o início do pensamento caracteristicamente humano se torna possível” (SAGAN, 2015, p. 211).

Mas este fato não deve ser um marco para constatar a vida, posto que o correto desenvolvimento cerebral não deve servir como base para caracterizar um ser humano. Se assim o fosse, indivíduos com deficiência mental ou discernimento reduzido não poderiam ser tidas como humanas, o que seria absurdo. Não é ter um cérebro bem desenvolvido e em boas condições que nos torna humano, mas sim o fato de ter atividade. Sabe-se que o sistema neural é base para que todos os demais órgãos exerçam sua função, sem os quais não há chances de sobrevivência.

Seguindo a lógica atribuída pela teoria do início da atividade humana, já elucidada em capítulo anterior, é imprescindível ilustrar o momento em que o embrião demonstra sinais de início da vida, pela perspectiva científica.

Após a fecundação do óvulo ocorrida nas trompas, forma-se o zigoto, um embrião unicelular formado pela união dos gametas feminino e masculino, o qual começa a se dividir aritmeticamente. A partir do sexto dia, prossegue para o útero e ali se estabelece, de onde extrai as substâncias necessárias para seu desenvolvimento. Nesta fase, chamada nidificação comumente ocorrem abortos espontâneos, dado que o zigoto necessita de condições ideais do útero para sua implantação (MOORE; PERSAUD; TORCHIA, 2013, p. 66).

Adiante, entre a segunda e terceira semana começa a delimitação da placa neural, que dará origem ao sistema nervoso, bem como dos principais órgãos e, no final da quarta semana o coração em forma de tubo começa a bater. Entre a terceira e quarta semana ocorre o fechamento do tubo neural, e após cinco semanas, ocorrem as grandes divisões do cérebro, e formação dos olhos que, como na maioria dos animais, começa a se delimitar no lado da cabeça. Na sexta semana suas cavidades desenvolvem-se, como boca e nariz. Na oitava semana começa a demonstrar características físicas parecidas com um primata e ao seu final a anatomia do cérebro está desenvolvida, revelando reflexos delicados à estímulos (SAGAN, 2015).

Seguindo seu desenvolvimento, o embrião, em meados dos três meses de gestação, apresenta a característica que lhe atribui vida, qual seja, a atividade cerebral. Adiante, surge ainda o sistema esquelético e, no quarto mês, tem face

humana. O quinto mês marca seus primeiros movimentos, sendo que começa a desenvolver bronquíolos dos pulmões a partir do sexto (SAGAN, 2015).

[...] no terceiro mês de gravidez, permitirá distinguir o organismo vivo humano do organismo dos demais primatas e só então poderá cogitar-se de um processo biológico convocado a converter-se numa vida humana, isto é, uma vida com características próprias e atributos da espécie humana”⁷¹. A atividade elétrica do encéfalo provoca uma mudança qualitativa no processo puramente biológico da vida e estabelece os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa humana. O registro desses sinais, detectáveis por meio de eletroencefalograma, revelaria o aparecimento da pessoa (FRANCO, 2006, p. 28).

Pela lógica apresentada, o embrião passa a demonstrar sinais efetivos de vida a partir do terceiro mês. Por conseguinte, os meses anteriores não devem ser passíveis de proteção do Estado, uma vez que a interrupção da gravidez até o terceiro mês não se trata da interrupção de uma vida, mas de uma vida em potencial. Se esta ainda não existe ou já deixou de existir, não há direito a ser amparado, ante o fato de que os direitos da personalidade se inicia com a vida.

3.5 A proteção jurídico-legislativa do embrião fecundado por reprodução assistida

No século XX os avanços de pesquisas genéticas possibilitaram o desenvolvimento da reprodução assistida, que tinha a intenção de sanar problemas de esterilidade. Casais que encontravam dificuldades de conceber um filho, encontraram a solução na inseminação artificial e fertilização in vitro, principais técnicas utilizadas, que deram suporte a outras.

O primeiro método consiste na introdução do material germinativo masculino no útero da mulher, com a fecundação do óvulo dentro do corpo humano. Posteriormente foi desenvolvida a fertilização in vitro, procedimento que consiste na união dos gametas masculinos e feminino em uma proveta (espécie de tubo de ensaio utilizado em laboratórios), onde podem gerar o zigotos (FERRAZ, 2008).

Ainda neste instrumento clínico, caso as células fecundadas iniciem sua divisão celular em alguns dias, constata-se então a formação de embriões, podendo

passar por um diagnóstico de pré-implantação, processo que possibilita averiguação de doenças genéticas ou cromossômicas severas, que podem ou não ser implantados (FERRAZ, 2008).

Os embriões saudáveis são implantados no útero materno, outros congelados para uma nova tentativa, caso a primeira reste infrutífera. O filho gerado por esta técnica é chamado de bebê de proveta, remetendo ao instrumento onde foi concebido, fora do corpo humano. A primeira criança proveniente desta técnica nasceu em 1978, na Inglaterra, teve repercussão mundial e “causou espanto na sociedade com a ideia de que a vida humana pudesse ser criada em laboratório” (FERRAZ, 2008, p. 37).

Precipuamente, deve-se relatar que, nas técnicas de reprodução assistida, continua o embrião formado sendo uma pequena possibilidade de vir a se tornar de fato uma pessoa. Assim como os embriões naturalmente formados, aqueles advindos da fertilização *in vitro*, após sua implantação no útero materno, necessitam de condições favoráveis para que ocorra o processo de nidação – isto é, sua fixação. Entretanto, as chances de nidação são pequenas, porém grandes a de aborto espontâneo. Por esta razão, na fertilização *in vitro*, são colhidos os materiais do genitores, fecundam-se e implantam-se três ou quatro embriões. Caso não ocorra a gravidez em quatorze dias, são utilizados os embriões congelados para uma nova tentativa (FERRAZ, 2008).

Há mais de quarenta anos atrás, quando este recurso fora apresentado à sociedade, causou repercussão e discussão quanto às suas consequências. Isto é, faz-se necessário a implantação de diversos embriões para que haja maior chances de gravidez. Sendo positivo o processo de nidação de um deles, os demais são retirados a fim de proporcionar um ambiente mais favorável para que o mesmo se desenvolva. Todavia, qual seria a correta destinação daqueles excedentários, que não resultaram em uma gravidez ou que demonstraram enfermidade hereditária severa?

A escolha de embriões por suas características é vista como uma nova eugenia, que não tem cunho de exterminar uma raça ou cultura, como ocorrido no

século passado, mas auxiliar na seleção natural¹ tão bem elucidada por Charles Darwin. Para os adeptos da teoria concepcionista, trata-se de um insulto aos direitos humanos, com o argumento de que todos têm direito à vida, iniciada na concepção e independente de suas condições ou deformidades.

Por outro lado, deve-se levar em conta o direito de nascer saudável e, caso não o seja possível, as consequências para a gestante e, ulteriormente, na vida da criança e da família. Há casos em que as consequências da deficiência são perpétuas e impedem o nascido de ter uma vida digna. Indaga-se aqui, se permitir o nascimento nessas condições, consistiria uma violação à dignidade da criança e da própria família, por se submeterem a tamanho sofrimento.

Dos avanços sobre reprodução humana assistida *in vitro* gerou-se, ainda, a possibilidade de clonagem para fins terapêuticos para obtenção de células tronco embrionárias, o que representa uma grande evolução na medicina. Estas células detêm poder de regeneração amplo, o que pode ser um meio de solução para doenças ainda sem cura.

Para alguns, trata-se de um insulto à vida. Para outros, uma evolução biotecnológica. As discussões acerca do tema são acirradas, e o advento da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) regulamentou o tratamento dos embriões excedentes. Segundo esta, fica permitida a pesquisa com clonagem terapêutica de células-tronco de embriões decorrentes da fertilização *in vitro* e veda seu descarte no meio ambiente, bem como a clonagem humana.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei,

¹ A ação da seleção natural consiste em selecionar indivíduos mais adaptados a determinada condição ecológica, eliminando aqueles desvantajosos para essa mesma condição. A expressão mais adaptado refere-se à maior probabilidade de determinado indivíduo sobreviver e deixar descendentes em determinado ambiente. A seleção natural atua permanentemente sobre todas as populações. Mesmo em ambientes estáveis e constantes, a seleção natural age de modo estabilizador, está presente, eliminando os fenótipos desviantes. Disponível em: <https://www.sobiologia.com.br/conteudos/Evolucao/evolucao17.php>. Acesso em 05 out. 2019.

depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento (Lei 11.105/2005).

Notoriamente, o tema ainda carece de regulamentação específica, uma vez que é objeto de várias questões. Neste sentido, o Projeto de Lei nº90/99 tramita no Congresso há vinte anos mas ainda não trata com especificidade os direitos do embrião. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/1992 regulamenta os procedimentos das técnica de reprodução assistida, bem como a manipulação e pesquisar dos embriões excedentes provenientes da fertilização *in vitro*.

Em 2008, passou pelo crivo do STF a questão da constitucionalidade da Lei de Biossegurança e das pesquisas com células-tronco embrionárias. A ADI 3510, pugnava pela inconstitucionalidade com fundamento no direito da personalidade, incluindo à vida. Destacou brilhantemente o relator Ministro Carlos Ayres Britto:

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional [...] A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. [...] **O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa** (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional") (BRITTO, 2008, p.135) (grifo nosso).

Não há dúvidas que as pesquisas com células-tronco embrionários detêm importância para toda a sociedade, com vistas a desenvolver melhorias na saúde do povo. A significância sobre o tema levou o Legislativo e Judiciário a adotarem teoria diversa da concepcionista como marco para início da vida humana, garantindo que os embriões fertilizados *in vitro* não se tratam de vidas humanas, mas sim de possibilidade que, caso não seja utilizada com a finalidade pela qual foi produzida, poderia o ser para finalidade de interesse público. Da mesma maneira que o conceito de morte foi atualizado com base no interesses medicinais, assim o foi no caso em pauta.

Entretanto, a única diferença entre o embrião proveniente de fertilização *in vitro* e o embrião gerado de uma relação sexual é que neste não há assistência de um

terceiro, apenas atuação dos pais. Ambos passam pelo mesmo processo de fertilização, mas em ambientes diferentes.

No entanto, o entendimento jurídico acerca de cada um é controverso. O embrião proveniente da relação sexual é detentor de proteção jurídica à vida. Isto é, a fecundação natural de um óvulo, gera um embrião que, caso seja eliminado voluntariamente, configura crime. Conquanto, se tratando de um embrião proveniente de reprodução assistida, há entendimento pacificado de que este não se trata, ainda, de uma vida humana. Não há razão para tal distinção, posto que tratam-se de mesmo material, apenas fecundados em ambientes diferentes.

4 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O Poder Legislativo tem função de assegurar um padrão de conduta que deve ser adotada no país, através da imposição de leis, tendo em vista o dever do Estado de garantir o mínimo de bem estar social, e ainda a supremacia do interesse público. Neste sentido, estabelecer que determinada prática configura um delito tem condão de estabelecer no cidadão uma reflexão sobre a prática.

A sanção penal tem função preventiva e repressiva. Se a punição prepondera em relação aos lucros que aquele ato que lhe concede, então poderá desestimular e inibir sua prática. No entanto, se o agente vier a realizar a execução do ato, indica que o método preventivo falhou, devendo portanto, recorrer ao repressivo, qual seja, aplicação da pena de acordo com a cominação legal, podendo ser aplicadas penas privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.

No processo legislativo, o principal critério para incriminação de uma conduta é sua adequação ao Princípio da Lesividade ou Ofensividade. Isto é, que seus efeitos transcendam à pessoa do autor, que enseja lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico alheio. Se isto não ocorre, é ato lesivo próprio que não é objeto de normatização penal, uma vez que a auto lesão não pode ser considerada crime. Este fato deve, ainda, ser prática recorrente na sociedade. Dessa forma, um fato isolado, ainda que cause lesão à outrem, que não seja reiterado, não há razão para a tipificação dessa conduta.

[...] a criminologia vê o crime como um problema social, um verdadeiro fenômeno comunitário, abrangendo quatro elementos constitutivos, a saber: incidência massiva na população (não se pode tipificar como crime um fato isolado); incidência aflitiva do fato praticado (o crime deve causar dor à vítima e à comunidade); persistência espaço-temporal do fato delituoso (é preciso que o delito ocorra reiteradamente por um período significativo de tempo no mesmo território); e consenso inequívoco acerca de sua etiologia e técnicas de intervenção eficazes (a criminalização de condutas depende de uma análise minuciosa desses elementos e sua repercussão na sociedade) (PENTEADO, 2019).

Impende ressaltar que a sociedade está em constante evolução e transformação da análise de um determinado fato. Isto é, atos que no passado foram considerados abusivos ao ponto de sua repressão serem garantidas com a sua tipificação, ao longo da evolução dos conceitos podem se tornar irrelevantes ao Direito Penal, como o foi

no caso do adultério, fato que detém repúdio moral para a cultura brasileira mas não há sanção penal. Ainda pelo Princípio da Lesividade ou Ofensividade deve-se compreender que uma conduta considerada meramente imoral não pode ser caracterizada como crime, desde que da conduta não cause lesão ou ameaça de lesão a outrem. Por conseguinte, se um fato típico deixa de ser lesivo ao bem jurídico alheio, ou em caso de se tratar de uma questão de imoralidade, não há razão para a punição da prática.

Raúl Cervini (1995) leciona que a descriminalização pode se manifestar na forma *strictu sensu*, substitutiva ou de fato. A primeira se trata de um reconhecimento de determinada prática delitiva como um comportamento comum, reconhecido pela sociedade. Neste caso, poderá se tratar de um fato dito como imoral para alguns, principalmente sob a ótica religiosa, no entanto, não passa dos limites desta imoralidade, deixando o Estado à escolha do cidadão por fazê-lo não, nos moldes de suas perspectivas morais.

A descriminalização substitutiva se dá pela compreensão de que aquela prática, embora reprovável e que gere lesão, não tem elevado grau de ofensividade, portanto sua penalização seria desproporcional. Especificamente nestes casos, poderá ser atribuída um outro tipo de pena, como a de multa, o que pode ser controverso, uma vez que a partir de então não seria o ato considerado crime, sem contudo restar legalizado, uma vez que ainda há sanções ainda que mais brandas. Por último, também conhecida pela despenalização, o autor cita a descriminalização de fato, que ocorre pela falta de eficácia do sistema penal. Isto é, a prática não deixa de ser fato antijurídico, contudo, o agente que o comete não sofre penas em razão da ineficácia de controle Estatal (CERVINI, 1995).

Após os relatos, há que se considerar que sua criminalização não é eficaz para inibir sua prática e basta que olhemos para a sociedade ao redor. Todos conhecem alguém que praticou aborto.

4.1 Saúde da mulher - OMS

Ficou evidenciado que o aborto é uma prática antiga, com registros das primeiras civilizações, as quais utilizavam de técnicas inseguras e geravam grande impacto na saúde da mulher. Com os avanços tecnológicos, esses riscos foram atenuados. Mesmo após a sua criminalização, este procedimento jamais deixou de ser realizado. Contudo, pela imoralidade imposta ao ato, principalmente nos moldes da ideologia cristã que influencia na ideia de sua reprovabilidade, as mulheres que decidem pelo abortamento recorrem à procedimentos que colocam em risco sua saúde e vida, como verdadeiro retrocesso à época em que não havia tecnologia que garantisse sua segurança.

O abortamento, seja como for a técnica utilizada, necessita de supervisão médica para assegurar um resultado sem riscos. Entretanto, a tipificação penal, como já observado, acentua a pena ao crime de aborto praticado por médico. Sem o apoio de profissional adequado, a mulher que decide pela finalização da gravidez recorre ao aborto inseguro, isto é, “realizado por indivíduos sem as habilidades necessárias e/ou em ambiente abaixo dos padrões médicos exigidos” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013, p. 18).

Segundo dados coletados pela Organização Mundial da Saúde (2013), na maioria dos países desenvolvidos os métodos para aborto seguro já são comuns, bastando que a mulher opte por fazê-lo para ter acesso ao procedimento. Já em países em desenvolvimento, o aborto seguro será realizado em casos que são cumpridos os requisitos estipulados por lei. No Brasil, por exemplo, nos casos de gravidez resultante de estupro, quando a gestação implique risco à sua saúde ou atestado de feto anencéfalo é que está autorizada a realizar o aborto com acompanhamento médico.

No entanto, estas não são as únicas razões que levam à mulher optar pelo abortamento. A “cada ano estima-se que 208 milhões de mulheres ficam grávidas. Entre elas, 59 % (ou 123 milhões) têm uma gravidez planejada (ou desejada) [...], 41% restante (ou 85 milhões) das gravidezes não são desejadas” (ORGANIZAÇÃO

MUNDIAL DA SAÚDE, 2013, p. 19). Estima-se que a gravidez acidental acomete aproximadamente 33 milhões de mulheres por ano no mundo enquanto usam um método anticoncepcional, uma vez que não existe método contraceptivo completamente eficaz.

Existem outras causas de gravidez indesejada, como a relação sexual forçada, falta de planejamento familiar e, no menor dos casos, a falta de orientação contraceptiva. De todo modo, a gravidez indesejada, leva a mulher a ter um filho indesejado ou optar pelo aborto, mesmo em países com restrição legal, fato que não é eficaz para inibir a prática. Dessa forma, ocorre um acesso desigual ao aborto seguro, garantido à mulheres com alto poder econômico que, muitas vezes, recorrem à países onde sua prática seja permitida. Em contrapartida, mulheres de baixa renda recorrem à práticas de procedência duvidosa, meios cruéis que podem lhe causar lesão leve à gravíssima, e até sua morte (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

Em razão de recorrerem a procedimentos clandestinos e sem regulamentação, existe dificuldade em estipularem estatísticas precisas acerca da incidência, no entanto a OMS estimou que “a cada ano continuam sendo realizados 22 milhões de abortamentos inseguros, provocando a morte de cerca de 47.000 mulheres” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013). As consequências são inúmeras, a depender do método utilizado para o aborto ilegal, que pode utilizar medicamentos, inserção de objeto no útero, métodos cirúrgicos feitos incorretamente por profissional não habilitado, que podem ocasionar hemorragia, infecções no trato reprodutivo e complicações no útero e órgãos abdominais.

Na hipótese da ocorrência dessas complicações após o procedimento, muitas mulheres sequer procuram ajuda hospital, ante o conhecido estigma social que acometem as equipes médicas e o medo de sofrer represália neste ambiente, vindo ainda a serem denunciadas pela prática do crime. Consequentemente as complicações se agravam e podem gerar danos irreversíveis à sua saúde e seu óbito. Sob este fato, há entendimento da referida Organização Internacional de que a taxa de mortalidade materna decorrente de abortos inseguros acima citada pode e deve ser evitada por meios simples, como a educação sexual, expansão do planejamento

reprodutivo, acesso amplo aos métodos contraceptivos, prevenindo a gravidez indesejada, e o acesso ao aborto seguro, uma vez que deve ser analisado como uma questão de saúde pública, independentemente da imoralidade que culturalmente é atribuída à conduta. Por oportuno, cumpre frisar que a saúde é garantia fundamental instituída na Constituição Federal Brasileira e deve ser assegurada pelo Estado, portanto, urge que seja o aborto seguro objeto de políticas públicas no Brasil.

Em contrapartida, em países onde o aborto é permitido e assegurada a sua prática por profissionais capacitados que se utilizam dos procedimentos e instrumentos adequados, o índice de mortalidade é extraordinariamente baixo, como no caso do Estados Unidos, que apresenta taxa de 0,7 mortes para cada 100.000 abortamentos legais. Por esta razão, especialistas da ONU e OMS prezam pelo fim da criminalização do aborto, com a finalidade de extinguir o estigma criado e inverter a atual situação mundial do aborto como causa massiva de mortalidade (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013).

4.2 Mulheres processadas

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, visando o enfrentamento da criminalização do aborto, recorreu à figura processual do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, ajuizada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), onde alega a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. Para tal, o órgão realizou uma pesquisa com 55 processos referentes à ações penais ativas sobre aborto, distribuídas entre 2005 e 2017, analisando nos casos concretos quem são as mulheres processadas e a consequência em suas vidas.

O relatório sobre as características das mulheres processadas as dividiram em quatro grupos. O primeiro, quando a conduta foi realizada individualmente ou com assistência de parente, amigo, cônjuge ou companheiro. Entre as 20 mulheres que compõem este grupo, doze se consideram negras ou pardas e oito brancas. Dentre essas, “[...]cinco têm o 1º grau de escolaridade (completo ou incompleto), duas, o 2º

grau (completo ou incompleto), uma é analfabeta, uma tem o 3º grau e em 11 casos não foi possível obter essa informação” (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 30). A maioria solteira, apenas cinco casadas ou viviam em união estável, treze já possuíam filhos e com idade na data dos fatos entre 18 e 36 anos. Houve grande variação sobre o tempo da gestação, com 16% do casos abaixo de 3 meses. Todas apresentaram baixa renda. Os métodos mais utilizados foram o medicamento Citotec e chás abortivos, tendo a finalização do aborto ocorrido na maioria das vezes em hospitais ou em casa. O fato denunciado, quase sempre, por hospital/posto médico ou por familiares, incluindo o companheiro/cônjuge. **“Nenhuma mulher possuía antecedentes criminais na data dos fatos”** (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 32) (grifo do autor).

O segundo grupo é composto por 16 casos em que o aborto ocorreu porque um terceiro obrigou uma mulher a ir à clínica ou tomar medicamento abortivo, além do caso de aborto resultante de negligência médica. Neste grupo, a idade da gestante varia entre 13 e 39 anos, e tiveram como principais causa do aborto o medicamento Citotec, agressões físicas, procedimentos em clínica e, como dito, casos de negligência médica no momento dos partos. O tempo de gestação variou entre 7 semanas e 9 meses. As denúncias, em sua maioria, se deram pela própria vítima ou em razão de seu óbito, denúncia anônima ou de familiares e por desdobramentos de procedimento para apuração de infração administrativa pelo ECA. Neste grupo puderam-se observar relatos que merecem destaque, a saber:

Em um dos processos, a vítima tinha 14 anos e veio da Bahia para estudar e ajudar sua irmã nos afazeres domésticos, morando na sua casa. Os réus são sua irmã e seu cunhado, que teria abusado sexualmente da vítima, engravidando-a. Os dois a obrigaram a tomar Citotec com sete meses de gravidez. Outro processo relata o caso de uma vítima de 17 anos que engravidou do namorado. Nas declarações prestadas na delegacia, sua sogra, que a levou ao hospital em razão de complicações decorrentes do aborto, diz que a estimulou a dar fim a gravidez porque uma criança prejudicaria a carreira de seu filho. Após um aborto mal sucedido realizado com talo de mamona e Citotec, a vítima acabou falecendo (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 34).

Os casos são exemplos da violência que acomete as gestantes, havendo casos ainda em que o aborto ocorreu porque seu companheiro a sufocou até que abrisse a

boca para engolir o medicamento abortivo, além de casos que sofre socos, chutes e pontapés diferidos pelo próprio companheiro ou familiar.

Há dois casos de aborto provocado em gestantes de 14 anos. Um pelo próprio pai, que abusava sexualmente da vítima desde que ela tinha 8 anos, e outro pelo homem com quem a vítima tinha um relacionamento amoroso, mas que não aceitou a gravidez, pois estava noivo de outra mulher, ameaçando matar a vítima se ela não fosse com ele numa clínica fazer o procedimento (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 34).

O terceiro grupo é formado por casos em que investigações policiais encontraram clínicas clandestinas de aborto, que compõem 14 processos. Todos os agentes presentes, bem como as mulheres ali encontradas que estavam realizando o procedimento ou acabaram de realizar e as pessoas que a acompanhavam. Desses processos houve desmembramentos, que configuram o quarto grupo, composto por 22 mulheres processadas decorrente desta investigação penal que tiveram suspensão condicional do processo. Neste caso, o grupo é composto por mulheres com perfis diferentes do primeiro, isto é, a maioria é branca, com tempo de gestação de até 12 semanas, “o que indica que a mulher que pode pagar pelo procedimento consegue tomar a decisão com mais rapidez” (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 40). Há, ainda, um grau de escolaridade mais elevado, com 75% cursaram até o 2º grau. A maioria das clínicas era especializada em atendimento ginecológico, com a exceção de uma, que não contava com atendimento médico e foi responsável pela morte da gestante, ante o procedimento primitivo e precário, como se observa:

Segundo a denúncia, as rés realizaram três procedimentos abortivos na vítima, com 19 semanas de gestação, mediante o pagamento de R\$ 3.500,00. No primeiro, introduziram um tubo de borracha flexível no útero da vítima e injetaram uma substância indeterminada. Diante do fracasso desse procedimento foi tentado outra em que introduziram uma agulha de tricô e acabaram perfurando o útero e a parede do intestino reto, além de ter quebrado a agulha no corpo da vítima. Isso ocorreu num sábado e as rés fizeram com que a vítima dormisse no local, sem providenciar nenhum socorro médico adequado. No domingo de manhã, a vítima expeliu o feto e apresentou intenso sangramento e hipertermia. As rés acabaram realizando um terceiro procedimento, a aspiração, provavelmente para retirar qualquer resíduo existente no útero, o que fez com que parte das vísceras da vítima fossem expelidas pelo canal vaginal. Ao invés de prestarem socorro adequado à vítima, ao verificarem que ela estava morrendo, as rés ligaram para uma terceira pessoa, também denunciada, que só chegou duas horas depois e a deixou no hospital, afirmando que teria sido abordado por traficantes que o obrigaram a levá-la até o local (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 43).

Em suma, pode-se observar que os métodos recorridos à prática estão ligados às condições econômicas da gestante, sendo certo que as clínicas são os métodos mais caros e o mais comum é o medicamento Citotec, que tem valores diferenciados em cada caso, seguido do uso da combinação de chás, utilizado por mulheres de baixa renda. Em todos os procedimentos há severos riscos de complicações e danos à saúde, o que demonstra a necessidade de redes de assistência adequadas.

Segundo Rulian Emmerick (2007) os motivos que levam estas mulheres à prática do aborto são variados, mas majoritariamente, estão relacionados com sua situação econômica instável, não possuindo trabalho ou quando o possuem, são eventuais ou pouco qualificadas. Muitas economicamente dependentes de terceiros, sejam familiares ou cônjuge/companheiro, algumas já possuem filhos e não têm condições financeiras para custear despesas com um novo filho. Há casos em que a gestação é fruto de uma relação conturbada e tóxica, onde muitas vezes o pai não deseja um filho. Neste caso, a mulher opta pelo aborto ou é obrigada a fazê-lo.

Tudo nos leva a crer que as mulheres expostas ao processo criminal já possuem uma vulnerabilidade social, pois estão excluídas do acesso aos direitos mais básicos, pressupostos para a garantia da cidadania e da dignidade da pessoa humana (EMMERICK, 2007, p. 154).

Atualmente, a mulher pobre que aborta tem sua integridade física e psíquica violados, uma vez que precisa recorrer à métodos ilegais e clandestinos, de procedência duvidosa porque não há amparo legal. Como se não bastasse essa lesão, ainda lhe é imposta pena privativa de liberdade, uma verdadeira supressão da autonomia da vontade. A imputação penal é resultado da ignorância e depreciação dos legisladores para com a realidade brasileira, onde apenas as mulheres de maior vulnerabilidade são processadas, ao passo que mulheres com alto poder aquisitivo sequer têm sua privacidade violada. Afinal, os casos de encarceramento pela prática de aborto recaem, majoritariamente, às mulheres vulneráveis. Neste diapasão, fica configurada a discriminação e violação ao princípio da isonomia, assegurados pela Constituição Federal e, na prática, desrespeitados.

Trata-se, em grande parte, de mulheres em situação de vulnerabilidade, negras, pobres, com baixa escolaridade e residentes em áreas periféricas. [...] Isso porque o segmento populacional dessas mulheres está inserido numa situação de desigualdade estrutural em que confluem inúmeros fatores (classe social, gênero, raça, área urbana em que habitam, baixo grau de instrução etc.), que as sujeitam a uma verdadeira situação de discriminação

interseccional. Consequentemente, a proibição penal da prática do aborto as atinge de forma específica e articula múltiplos níveis de subordinação em que estão inseridas (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 53).

4.3 Consenso entre vida – escolha

Há um conflito colérico entre as correntes pró vida e pró escolha porque são dois extremos. De um lado, os adeptos à corrente pró vida se negam a pensar que ela tem início em momento diverso da fecundação. Por outro, aqueles se intitulam pró escolha, em defesa da autonomia da vontade e privacidade, observam o feto como uma parte do corpo feminino e que não cabe ao Estado intervir nas decisões do indivíduo no âmbito de sua particularidade, decisão que de ser privativa do indivíduo.

É errado abortar uma gravidez? Sempre? Às vezes? Nunca? Como decidir? Não existe um meio-termo? [...] Dos muitos pontos de vista existentes, afirma-se em quase toda parte [...] que há apenas dois: o 'pró-escolha' e o 'pó-vida'. [...] O 'direito inato da mulher de controlar o próprio corpo' abrange o direito de matar o feto no final da gestação, que é, para todos os fins e propósitos, idêntico a uma criança recém-nascida? [...] Acreditamos que muitos dos que apoiam a liberdade de reprodução ficam perturbados, pelo menos de vez em quando, por essa questão. Mas eles relutam em considerá-la, porque é o início de uma rampa escorregadia. [...] Os adversários do aborto temem que, uma vez que ele seja permitido imediatamente depois da concepção, nenhum argumento vai restringir o aborto em qualquer outro momento da gestação. [...] Tanto os pró-escolha como os pró-vida (pelo menos alguns deles) são empurrados para posições absolutistas por medos que correm paralelos na mesma rampa escorregadia (SAGAN, 2015, p. 196/201).

O que deve ser observado é que o conflito só existe em razão do extremismos adotados, não há um intermédio entre as opiniões. Carl Sagan elucida que a solução é colocar as diferenças à parte e entrar em um consenso, uma vez que o embrião há pouco formado é apenas a possibilidade de uma gravidez e de uma vida, ao passo que um feto de nove meses está completamente formado e não há diferença alguma deste a um recém-nascido. A importância de se estabelecer, no âmbito legislativo, o momento que marca o início da vida é crucial para compreender quando esta deve ser protegida.

Como ora observado, este trabalho demonstrou que a teoria da atividade cerebral seria a mais adequada à delimitar onde se iniciam os direitos do nascituro.

Caso o fosse adotada, não haveria atrito entre direitos do embrião e da mulher, posto que, se não há vida não se faz necessário a ponderação de interesses.

Por este raciocínio, já houveram decisões que adotam a teoria científica da atividade cerebral para definir o momento em que se constata vida, ainda que implicitamente, como no caso da ADPF nº 54, que decidiu que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configura ilícito penal, posto que, se não há possibilidade de atividade cerebral, logo, não há vida. Pela mesma lógica, anteriormente já havia se decidido sobre o embrião fertilizado *in vitro*, sendo certo que autonomamente não é capaz de ganhar terminações nervosas, conseqüentemente não se trata de uma vida.

O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, **porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível**. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (BRITTO, 2008, p. 137) (grifo nosso).

[...] sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como **natimorto cerebral**, consoante opinião majoritária. [...]De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina (MELLO, 2012, p. 63, p. 53) (grifo nosso).

Pela lógica admitida nos referidos entendimentos do STF, a funcionalidade do cérebro é pressuposto fundamental para consolidar a existência de vida, uma vez que a atividade cerebral já é marco para a morte. Portanto, deve ser levado em consideração que, conforme estudos embrionários apresentados, ao final do primeiro trimestre de gestação têm-se comprovações das primeiras atividades cerebrais, momento que estimulo sua consideração para fixar-se o início da vida humana e, conseqüentemente, a proteção jurídica concernente ao nascituro.

Dessa forma, antes do referido marco não há que se falar em vida intrauterina, mas apenas a sua possibilidade, o que não é passível de proteção jurídica. Ora, se todos os possíveis fatos tivessem anteparo jurídico, comprar um bilhete de loteria enriqueceria milhares de brasileiros, uma vez que há apenas uma possibilidade de

ser sorteado. Sendo, pois, uma possibilidade de vida, o embrião formado até o terceiro mês de gestação não deve ser considerado como uma vida tutelada pelo ordenamento. Conseqüentemente, sob esta óptica, não deve haver ponderação de interesses entre os direitos do nascituro e da mulher, posto que apenas a pessoa humana é detentora de amparos legais, bem como de garantias fundamentais.

Além deste fato, deve ser lembrado que a criminalização do aborto, nos moldes do atual Código Penal, ocorreu em meio a um regime autoritário que vigora no ano de 1940, prezava pelo fortalecimento do poder estatal e colocava às margens os direitos e garantias individuais. Cumpre salientar, ainda, que existem entendimentos de cunho religioso acerca do aborto como um ato imoral, e reforça a falsa percepção da necessidade de vigorar a tipificação do aborto.

Raúl Cervini (1995) elucida sobre a descriminalização de fatos que se situam exclusivamente na ordem moral e de delitos sem vítima. Segundo o autor, as concepções imorais têm base em crenças, o que não é passível de tutela do Direito Penal, uma vez que seu foco é minimizar condutas que acarretem importuno à intimidade e prejudiquem bem jurídico alheio, sendo certo que “o que é imoral nem sempre é e nem sempre deve ser passível de punição” (CERVINI, 1995, p. 181). Esta confusão sobre o que é imoral e/ou ilegal está ligada à origem do Direito Penal, que tinha como influência as normas estabelecidas pela Igreja, instituição de poder e influência para disciplinar os indivíduos, adequando-os à sociedade. Contudo, na atualidade deve-se atentar que a ilegalidade de uma conduta não deve ter por base a imoralidade atribuída pelas crenças, ante a qualidade de Estado laico que conferida pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, deve ser analisada a ideia de que um fato deve ser criminalizado quando importa em lesão ou ameaça de lesão à terceiro. Não havendo vítima, não se deve configurar ilícito penal. Ainda pela análise do referido autor, a ausência de vítima pode ser analisada quando a pessoa consente em praticar ato que não enseja vítimas demandando por sua proteção, bem como não acarrete dano considerável à esta.

Como ora observado, quando se trata de embrião que ainda não obteve suas primeiras atividades cerebrais e conseqüentemente não possui vida, fica nítido a

ausência de vítima na prática do aborto, no caso de consentimento da gestante, uma vez que não há como acarretar dano à pessoa que ainda não existe. Não obstante, deve ser observado que a teoria concepcionista se trata de uma dogma que erroneamente detém proteção legal atualmente.

O que deve ser observado, ainda que não haja consenso quanto ao marco sobre o início da vida, é o Princípio da Proporcionalidade na aplicação das penas, como expõe Greco (2015). Não há dúvidas que a pena privativa de liberdade é a mais severa de todas, ante a importância que tem o tempo na vida do ser humano. Cada dia privado de sua liberdade corresponde à privação de planos, metas, de convívio interpessoal, de felicidade; atos cotidianos que jamais serão restituídos, nem indenizados.

De qualquer maneira, quando nos deparamos com uma pena de privação de liberdade, isto é, aquela em virtude da qual utilizamos o tempo de vida do condenado como forma de punição, devemos ter uma atenção maior para essa concepção tão fluida, tão abstrata, que é a Justiça. Isto porque jamais se poderá remir o tempo perdido de um ser humano. Suas expectativas, seus projetos, seus sonhos, tudo isso será frustrado se não puder gozar de sua liberdade (GRECCO, 2015, p. 50).

Como ora abordado, há casos em que ocorrem a suspensão condicional do processo de mulheres denunciadas pelo crime de aborto. Contudo não se pode ignorar que, na maioria dos casos, ao final do processo estabelecer-se-á pena privativa de liberdade. Neste sentido, deve ser analisado que o sistema carcerário tem função ressocializador, isto é, de moldar o autor do delito e, reinseri-lo na sociedade. No entanto, a realidade do sistema prisional no Brasil, como se sabe, não é propícia a ressocialização do indivíduo.

Em entrevista ao canal Nexo Jornal, o médico Dráuzio Varella relata a realidade das penitenciárias brasileiras desde o ano de 1989, informando que o aumento de prisões até o ano de 2017 foi de 700%, “o que mostra que o aprisionamento não traz segurança [...] não significa que haja uma diminuição da violência” (VARELLA, 2017) e que as penitenciárias femininas, na cidade de São Paulo são, em sua totalidade, dominadas por facções criminosas, as quais são responsáveis por seu adequado funcionamento, uma vez que o Estado não consegue cumprir seu dever de tutela dos presos. Ressalta ainda, a realidade de superlotação das celas, que impossibilita a

garantia de segurança, além da falta de condições para atendimentos médicos, ante a dificuldade de obtenção de exames.

Acerca dos presídios femininos, especificamente, relata que grande número das mulheres estão cumprindo penas exacerbadas se comparadas ao delito cometido. São retiradas do âmbito familiar, privadas de sua liberdade para viver em locais em que sequer há eficaz controle estatal; seus filhos, sem a presença materna, são separadas do seio familiar – raramente serão novamente agregados, e ficam à mercê de serem vítimas da violência, o que muitas vezes, acarreta na inserção dessas crianças na criminalidade. Um grande problema social gerado, que poderia ser evitado à medida que fossem impostas sanções alternativas à privativa de liberdade e mais brandas. As consequências da prisão perduram no tempo, ainda que após o cumprimento da pena, uma vez que a reinserção na sociedade tem obstáculos como a reinserção no mercado de trabalho, fixar domicílio digno e estabilidade.

Destaque-se que *ubi societas, ibi jus* – onde está a sociedade, estará o Direito, que tem papel fundamental na tentativa de propiciar uma sociedade mais justa. Dessa forma, frise-se que a criminalização da conduta não inibe e não reduz os danos causados por sua prática, sendo certo que as mulheres processadas pelo crime de aborto, em sua maioria esmagadora, são negras, de baixa renda, com relacionamentos complicados, mães de outros filhos e sem autonomia financeira, como ficou demonstrado na exímia pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Este fato evidencia a discriminação sofrida por essas mulheres, adverso aos moldes do Estado democrático de direito estabelecido pela Carta Maior.

Aduz Varella (2015) que “a situação do aborto no Brasil é uma hipocrisia generalizada. Porque a verdade é que nós vivemos em uma situação em que o aborto é livre para aquelas que têm dinheiro para pagar.” Segundo o médico, estas conseguem ter acesso ao abortamento razoavelmente seguro, mas mulheres de baixa renda se enquadram nas estatísticas que conferem ao aborto como sendo a quinta causa de mortalidade materna no Brasil e relata pesquisa que aponta: “20% das mulheres acima de 40 anos fizeram aborto [...], se nós fôssemos aplicar a legislação, haveria 7 a 8 milhões de brasileiras que iriam para a cadeia” (VARELLA, 2015).

Por oportuno, aconselhamos a reflexão: todos conhecemos alguém que já cometeu aborto. Seria justo que todas as mulheres que o praticaram fossem compelidas à privação de liberdade? Deve a mulher passar por todos os riscos do abortamento ilegal e ainda sofrer penalização, frequentar um sistema carcerário da realidade supracitada, estar em contato com pessoas que delinquiram e associações criminosas, ser privada de seus sonhos e de sua liberdade porque resolveu que não quer ser mãe?

Deve-se levar em conta que a interrupção da gravidez até a décima segunda semana, consentida pela gestante, não induz lesão à terceiro. Razão pela qual sugere-se que esta seja uma decisão privativa da mulher, uma vez que os arts. 124 a 126 do Código Penal de 1940 não foram recepcionados pela Constituição Federal, que instituiu garantias fundamentais, como autonomia da vontade, privacidade e liberdade sexual e reprodutiva.

A tentativa de compelir uma mulher à maternidade, bem como sua penalização, desumanizam a mulher como indivíduo passível de direitos e a colocam sob o domínio da vontade da sociedade, retrocede ao tempo em que a vontade da mulher esteve condicionada à família ou marido. Neste sentido, a criminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação não é, em verdade, pela defesa da vida, mas na privação dos direitos da mulher.

O corpo das mulheres foi controlado desde sempre e em toda parte, por ser, mais do que o corpo dos homens, o lócus da reprodução. É por isso, talvez, que, na nossa sociedade como em outras, o direito de abortar, essa autonomia de um indivíduo feminino sobre o processo de reprodução, parece simbolizar uma subversão extrema inaceitável. Quando se fala na contracepção e aborto livre como possibilidade das mulheres controlarem sua fertilidade, ou serem mãe 'se e quando quiserem'(...) abrem a perspectiva de uma mudança do status social da mulher, e portanto das relações sociais entre os sexos" (ARDAILLON, 1997 *apud* EMMERICK, 2007, p. 152).

Como destaca Luciana Boiteux (2018) a antijuridicidade da conduta "[...] não é porque estamos grávidas e decidimos abortar. Isso tem a ver com sexualidade, tem a ver com moral e tem a ver com controle. [...] É o receio da mulheres ocuparem o poder e espaços de decisão."

Destaque-se que os requerimentos pela descriminalização do aborto, assim como se trata da ADPF 442, diz respeito à interrupção da gravidez até a décima

segunda semana. Além disso, sugerimos a aplicação de sanções alternativas à pena privativa de liberdade quando o aborto o for praticado após esse tempo.

Cumpramos salientar que a descriminalização do aborto não deve, de qualquer forma, contribuir para a sua banalidade, devendo estar atrelado a políticas públicas de prevenção da gravidez indesejada, bem como de desburocratização do sistema de adoção. O que se preza com o presente trabalho é amparar os supracitados direitos da mulher, lhe conferindo autoridade para ser o único sujeito passível de decidir sobre o próprio corpo, até o ponto em que não interfira no direito do nascituro. Neste sentido, já decidiu o STF que os direitos da mulher se sobrepõem nos casos de aborto legal – terapêutico ou emocional, e nos casos de anencefalia, bem como sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. O que se almeja, é demonstrar que, na atualidade, a mulher carece de amparo legal que assegure seus direitos e lhe confira um olhar de pessoa humana, passível de direitos, indicando que a época da supressão de sua autonomia foi rompida com a Carta Magna.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ficou demonstrado que a criminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que a origem da tipicidade do fato esteve atrelada à época de um governo autoritário, que jamais zelou por garantias individuais, como a autonomia da vontade e privacidade. Recebeu, ainda, influências religiosas para determinar que o início da vida humana ocorre na fecundação do óvulo, que atualmente é debatida pelo ponto de vista científico que atribui este marco ao início da atividade cerebral, na décima segunda semana de gestação. Além disso, a Carta Magna atribuiu ao Estado sua laicidade, portanto não devem as leis amparar dogmas.

Ademais, ficou demonstrado que o aborto é um caso de saúde pública, uma vez que está atrelado às maiores causas de mortalidade materna. Sua criminalização não inibe sua prática, sendo certo que mulheres com forte poder aquisitivo o cometem livremente, recorrendo a opções que asseguram sua saúde. Por outro lado, as mulheres de baixa renda precisam recorrer a abortos inseguros que lhes causam graves consequências, quando não a morte, além de processo criminal. Estas, por sua vez, são privadas de sua liberdade de maneira a perder um bem valioso e irrepetível, qual seja, o tempo; além de serem expostas à margem da sociedade, tendo sua privacidade violada. Tal fato configura uma discriminação, que deve ser combatida pelo Estado.

Por conseguinte, o consenso entre vida e escolha apresenta como solução a proteção de ambos os direitos. Para tal, deve-se utilizar como marco para início da vida o mesmo utilizado para o fim, através da atividade cerebral, que tem início na décima segunda semana de gestação. Dessa forma, já houve decisões pelo Supremo Tribunal Federal que evidenciam a ascensão desta perspectiva, no que tange tratamento da gravidez de feto anencéfalo e do embrião fecundado *in vitro*.

O presente trabalho defende a descriminalização do aborto praticado até este marco, uma vez que, se não há vida, não há bem jurídico a ser tutelado, devendo prevalecer unicamente a vontade da mulher na tomada de decisões acerca da sua

interrupção ou não. Ademais, a atual pena atribuída mostra-se desproporcional ao delito, portanto, em se tratando de interrupção da gravidez após o referido marco, deve-se repensar a sanção atribuída.

6 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Dimensionamentos dos Transplantes no Brasil e em cada estado. In: **Registro Brasileiro de Transplantes**, ano XXIV, nº 4. São Paulo: ABTO, 2018. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=457&c=900&s=0>>. Acesso em 4 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Luís Roberto Barroso**, Rio de Janeiro, dez. 2010. Disponível em <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 21 de set. de 2019.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**, nº 4. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2001.

BASTOS, Priscila Mansur Bussade Bastos. A percepção do aborto ao longo da história e a construção do seu conceito nos dias atuais. **Revista eletrônica de Teologia e Ciência das Religiões**, nº 3. Vitória: Faculdade Unida, 2018. Acesso em 05 de agosto, disponível em <<http://revista.faculdadeunida.com.br/index.php/unitas/article/view/609>>

BOITEUX, Luciana. **Evento A Legalização do Aborto em Debate**, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GM3BprbRvfM&t=663s>>. Acesso em 05 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1940.

_____. Lei 10.406 de 11 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2002.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2005.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. **Lei de doação de órgãos**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1997.

_____. Projeto de lei nº 90, de 1999. **Projeto de lei sobre Reprodução Assistida**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Distrito Federal, Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Distrito Federal, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf. Acesso em 06 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental Nº 442**, Brasília, DF, abril de 2017.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1995.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: CEJUR, 2018. Disponível em www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c70b9c7926f145c1ab4cfa7807d4f52b.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. Os extremos da vida. A moralidade do aborto. In: **Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia**. Rio de Janeiro, 2007, 200 f. Dissertação (mestrado em direito) – Pontifícia Universidade Católica, 2007.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Recife, 2008, 221 f. Dissertação (mestrado em neoconstitucionalismo) – Universidade Federal de Pernambuco, 2008.

FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: **Em defesa da sociedade**. 1. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1999.

_____. Cap. I: O corpo dos condenados. In: **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Osasco: ICP, n. 1, p. 19-86, 2006. Acesso em: 01 de jun. de 2019, disponível em <http://www.unifio.br/files/AbortoAlbertoSilvaFranco.pdf>

GRECO, Rogerio. A justiça do tempo como pena. In: **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói: Impetus, 2015.

JACOBSEN, Eneida. História do aborto. **Revista Eletrônica do Núcleo de Estudos e Pesquisa do Protestantismo da Escola Superior de Teologia**, São Leopoldo: Protestantismo em Revista, n. 18, p. 102-104, 2009.

KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. **SCHRAM, FR., and BRAZ, M., orgs. Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?**, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, p. 19-38, 2005.

MATOS, Fernanda Patrícia. **Aborto: Liberdade de escolha ou crime?**. Barbacena, 2011, 37 f. Monografia (bacharel em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. Colisão de Direitos Fundamentais - breves considerações. In: **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Capítulo III - os conceitos jurídicos em face da transitoriedade. In: **Direito Penal e Biotecnologia**. Salvador: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOORE, Keith Leon dos *et al.* CAPÍTULO 2 Primeira Semana do Desenvolvimento Humano. In: MOORE, Embriologia Clínica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**, 2. ed. Biblioteca da OMS, 2013. Disponível em:
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/70914/9789248548437_por.pdf?sequence=7>. Acesso em: 28 de set. 2019.

PENTEADO, Nestor Sampaio Filho. Manual Esquemático De Criminologia. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RABELLO, Rodrigo Marques. **Aborto de Feto Anencéfalo**. Direcionando... Disponível em: <<http://direcionado.blogspot.com/2012/04/aborto-de-feto-anencefalo.html>>. Acesso em: 02 set. 2019.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. **Não nascer**: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. *Psicologia em Estudo*, Maringá, n. 3, p. 419-428, 2011. Disponível em <scielo.com.br/pdf/pe/v16n3/v16n3a09.pdf>. Acesso em 19 de abr. de 2019.

SAGAN, Carl. Aborto: É possível ser "pró vida" e "pró escolha"? In: **Bilhões e Bilhões**. 5. ed. São Paulo: Schwarcz S.A., 2015.

SANTOS. **Jus**. Abril de 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/24228/adpf-n-54-a-luz-do-biodireito-interruptao-da-gestacao-do-feto-anencefalo/3>>. Acesso em 02 de Out. de 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. 4. A concepção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAÚDEMAIS. (2019). **Saúde Mais**. Disponível em <<https://www.saudemais.org/anencefalia/>>. Acesso em 02 de Out. de 2019

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. O aborto: um resgate histórico e outros dados. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo: CNPq, p. 17-22, 1994.

SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Osasco, 2010, 100 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo, 2010.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. Entenda o que é anencefalia. **Agência Senado**, Brasília, nov. 2010, Senado Federal. Disponível em <www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em: 06 set. 2019.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2006, 141 f. Dissertação (mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

VARELLA, Draúzio. **Aborto | Coluna #23**, 2015. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=vkZyXISfMT0>>. Acesso em 05 out. 2019.

_____. **'Carandiru' a 'Prisioneiras': entrevista com Drauzio Varella**, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EDg6yESqKT8>>. Acesso em 05 out. 2019.