

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

NATANAEL DE SOUZA REIS

**A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO ATÉ À 12ª
SEMANA: Uma Análise na Perspectiva dos Direitos Humanos e
Reprodutivos da Mulher**

Aracaju/SE

2018.2

NATANAEL DE SOUZA REIS

**A INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO ATÉ À 12ª
SEMANA: Uma Análise na Perspectiva dos Direitos Humanos e
Reprodutivos da Mulher**

**Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
como um dos pré-requisitos para obtenção de
grau de bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Me. Anderson Clei Santos

Aracaju/SE

2018.2

Aos meus pais, minha esposa e a todos aqueles que me apoiaram de forma direta ou indireta no meu projeto.

R375i REIS, Natanael de Souza.

A Interrupção Voluntária Da Gestação Até À 12ª Semana: uma análise na perspectiva dos direitos humanos e reprodutivos da mulher / Natanael de Souza Reis; Aracaju, 2018. 50 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Anderson Clei Santos

1. Aborto 2. Legalização 3. Direitos Humanos
4. Saúde Pública I. Título

CDU347.135.226(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

NATANAEL DE SOUZA REIS

**A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO ATÉ À 12ª
SEMANA: Uma Análise na Perspectiva dos Direitos Humanos e
Reprodutivos da Mulher**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovado em 03/12/2018

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Anderson Clei Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Esp. Marcos Fellipe Gomes de Carvalho

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Nesse período tive que sacrificar e abrir mão de muitas coisas que gosto, tais como sair com a esposa, passar fins de semana com a família, sair com amigos, assistir filmes entre outras. Tudo isso em pró de um sonho e um projeto de vida que finaliza agora mais uma fase, porque estou me formando. Ao longo dessa jornada fiz muitos amigos e colegas, os quais me ajudaram direta e indiretamente para a minha formação, para agradecer a cada um deles seriam necessárias muitas paginas e ainda assim injustiças seriam cometidas por não mencionar todos. Por isso, escrevo aqui meu humilde agradecimento.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus porque ele é a causa de minha existência, por ser minha companhia constante e meu protetor incansável, por ter me protegido em todas as viagens de idas e vindas de Lagarto para a FANESE, guiando e protegendo o ônibus de todos os perigos que as viagens ofereciam, como acidentes e assaltos. A minha amada Mãe, a Sra. Edivania Maria de Souza Reis, que sempre foi para mim fonte de inspiração e motivação, por ser não só trabalhadora, mas também uma excelente cuidadora do lar. Obrigado, mãe.

Agradeço também ao meu amado pai, o Sr. José Raimundo Matos dos Reis, minha fortaleza e meu refugio, a quem devo a formação do meu caráter através dos seus incontáveis exemplos de honestidade e honradez no seu cotidiano. Foi ele que me ensinou a ser um homem honesto integro e trabalhador, sendo um pai presente e paciente em todas as fases da minha vida até hoje. Obrigado, pai.

Jamais poderia deixar de agradecer a minha muito amada esposa, a jovem Rayane Gama da Cruz, a mulher que escolhi para juntos construirmos um belo futuro. Ela me apoiou muito nesses últimos períodos da faculdade, me incentivou a dar o meu melhor e não desistir diante das dificuldades. Muito abrigado, meu amor.

A meus amigos de faculdade e colegas de trabalho que fizeram parte dessa jornada, são eles: Gladson Guimarães, Alex Reis, Marcelo Oliveira e Joseval Souza. Obrigado.

Um agradecimento especial. Ao meu orientador, Prof. Andeson Clei Santos, pela sua sábia orientação. Agradeço a todos os mestres que ministraram aulas de forma maravilhosa. Em especial ao Professor Afonso Oliva, Luiz Anderson, Lucas Cardinali, Antonina Galotti.

Deixo aqui meu agradecimento sincero a todos que me ajudaram de forma direta e indireta a concluir mais essa fase do meu projeto de vida.

O que eu penso, não muda nada além do meu pensamento, o que eu faço a partir disso, muda tudo!

Leandro Karnal

RESUMO

A interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre da gravidez divide opiniões, uma vez que envolve questões de Direitos Humanos, Direito a vida, entre outras. No Brasil, o aborto passou a ser considerado como um problema de saúde pública, em função do elevado índice de mortalidade materna. A interrupção voluntária da gestação por ser considerado crime no Brasil tem impelido milhares de mulheres a interromperem suas gestações de forma clandestina e insegura, pondo assim em risco a sua saúde e a vida. O presente trabalho tem como finalidade discutir a interrupção voluntária da gestação no Brasil até o primeiro trimestre da gravidez e as implicações da criminalização do aborto na vida das mulheres, tudo isso sob a perspectiva dos Direitos Humanos, bem como do direito à saúde, liberdade, autodeterminação e dos direitos reprodutivos. Além de tudo isso, esta monografia também analisa o papel de grupos religiosos e políticos no debate do tema no congresso nacional, assim como a papel do Supremo Tribunal Federal (STF) no que concerne a temática da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana. Trata-se de uma revisão bibliográfica realizada na base de dados SciELO, Google Acadêmico, bem como nas legislações federais e jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF).

Palavras-chave: Aborto. Legalização. Direitos Humanos. Saúde Pública

ABSTRACT

La interrupción voluntaria de la gestación hasta el primer trimestre del embarazo divide opiniones en Brasil, ya que involucra cuestiones de Derechos Humanos, Derecho a la vida, entre otras. Además, pasó a ser considerada como problema de salud pública, en función del elevado índice de mortalidad materna. La interrupción voluntaria de la gestación en Brasil por ser considerado crimen ha impulsado a miles de mujeres a interrumpir las gestas no deseadas de forma clandestina, insegura y perjudicial para la salud. El presente trabajo tiene como finalidad discutir la interrupción voluntaria de la gestación en Brasil hasta el primer trimestre del embarazo y las implicaciones de la criminalización del aborto en la vida de las mujeres, todo ello desde la perspectiva de los Derechos Humanos, así como del derecho a la salud, autodeterminación y derechos reproductivos. Además de todo esto, esta monografía también analiza el papel de grupos religiosos y políticos en el debate del tema en el congreso nacional, así como el papel del Supremo Tribunal Federal (STF) en lo que concierne a la temática de la interrupción voluntaria de la gestación hasta la semana 12. Se trata de una revisión bibliográfica realizada en la base de datos SciELO, Google Académico, así como en las legislaciones federales y jurisprudencias del Supremo Tribunal Federal (STF).

Keywords: Aborto. Legalización. Derechos humanos. Salud pública.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	12
2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	14
2.1 Do Direito à Saúde	17
2.2 Dos Direitos Reprodutivos da Mulher	19
3 DA DESCRIÇÃO DO ABORTO.....	22
3.1 Do Direito Comparado.....	25
3.2 Da Laicidade do Estado Brasileiro.....	27
3.3 Da Criminalização do Aborto no Brasil e a Interrupção da Gravidez Até o Terceiro Mês.....	30
4 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CASO DO ABORTO.....	36
4.1 Do Poder Legislativo.....	37
4.2 Do Poder Judiciário e o Aborto Até o Terceiro Mês da Gravidez.....	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A interrupção voluntária da gestação é um tema que sempre dividiu opiniões na sociedade, colocando em campos opostos os defensores e os opositores de sua prática. A favor da legalização do aborto, geralmente, estão mulheres, profissionais da saúde e estudiosos do tema, os quais defende ser um direito da mulher escolher levar a termo uma gravidez indesejada. Contrário a esse entendimento, encontram-se geralmente religiosos e grupos organizados “em defesa da vida”, os quais defendem que o direito à vida do feto em desenvolvimento e inviolável.

A interrupção voluntária da gestação nos primeiros meses da gravidez é permitida em diversos países e proibida em outros. No Brasil não existe legislação que autorize ou permita o aborto, sendo sua prática tipificada no Código Penal como crime contra a vida, salvo em situações específicas e excepcionais. Nessa temática, é questionado se o direito da mulher de interromper a gestação até a 12ª semana da gravidez estaria acima do direito à vida do feto.

Nesse trabalho objetiva-se como questão principal: Analisar se o Brasil ao criminalizar a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez está ferindo os Direitos Humanos. No primeiro capítulo é analisado se a dignidade da mulher, seu direito a saúde e seus direitos reprodutivos estariam sendo violados.

O segundo capítulo busca responder se o Estado Brasileiro ao criminalizar o aborto está utilizando um meio eficaz para impedir a sua prática, comparando a nossa legislação com a de outros países e analisando o papel da religião no estado.

O terceiro capítulo busca responder se o Supremo Tribunal Federal é competente para decidir tal matéria, ou se está extrapolando os limites constitucionais colocados pela própria constituição, invadindo assim a competência do poder legislativo.

Por causa de todas essas questões acima mencionadas, no Supremo Tribunal Federal (STF) foi impetrada, pelo Partido Socialismo Liberdade (PSOL) uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, a qual tem como pretensão que o Supremo julgue inconstitucional a

incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal nos casos de interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez.

2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Barroso (2010) “o princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. No Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, há o reconhecimento de que a dignidade do homem é inerente a todos os seres humanos, sendo seus direitos iguais, inalienáveis e fundamento da liberdade, justiça e da paz no mundo. O seu desrespeito causou atos bárbaros que chocou a humanidade. Nele também há aspiração de que homens e mulheres gozem de plena liberdade (ONU, 1948).

Para Sarlet (2007) a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca do homem, por isso é irrenunciável e inalienável constituindo elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser retirado de modo que não se pode cogitar a possibilidade de se conceder ou retirar de alguém algo que já lhe é inerente pelo simples fato de ser pessoa humana. Além disso, o reconhecimento dela não depende das circunstâncias, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é de valor absoluto e de todos os seres humanos, mesmo daqueles que cometem crimes bárbaros. Por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 1º afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade” (ONU, 1948).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor supremo que não se origina nas constituições, pelo contrario ele já existia antes delas e é utilizado como um dos seus fundamentos, principalmente no que concerne a defesa dos direitos inerentes à personalidade dos indivíduos. A dignidade da pessoa humana passou a ser considerada como elemento essencial e estruturante do estado e também como elemento delimitador de todo o seu campo de atuação social e político. Além disso, majoritariamente, a doutrina reconhece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de maior amplitude e importância do ordenamento jurídico. Em função dessa relevância, ela esta presente em todo o texto constitucional da Republica Federativa do Brasil, mais intensamente na parte dos direitos e garantias

fundamentais, fazendo também parte dos seus fundamentos (BARRETO, 2016).

Art. 1º A Republica Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, Constitui-se em um Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)III- a dignidade da pessoa humana (BRASIL,1988)

Segundo Sarlet (2007) é difícil de obter um conceito claro e definitivo acerca da dignidade da pessoa humana, uma vez que ela, diferentemente do que ocorre com outras normas fundamentais, não cuida somente de proteger aspectos específicos da existência humana como integridade física, intimidade, vida, propriedade e etc., mas é uma qualidade tida para muitos como inerente a todo ser humano, de modo que ela passou a ser definida como um valor próprio que identifica o ser humano como tal. Apesar dessa dificuldade em conceitua-la, é inegável a sua existência, uma vez que não se encontra dificuldade em vê-la em situações em que há violação dela. Porém, ela não deve ser colocada acima das especificidades culturais de cada povo e sociedade, porque determinadas condutas pode ser considerada para a humanidade como uma agressão a dignidade da pessoa humana, mas que são atos legítimos de um determinado povo, por já estarem enraizados em sua prática social e política.

Para, Vaz e Reis (2007) humana a dignidade da pessoa é a força motriz do nosso ordenamento jurídico, de onde origina todos os outros princípios, sendo ela conquistada pela humanidade no decorrer da história. Essa conquista advém de uma razão ético-jurídica contra atrocidades e violência cometidas pelo ser humano contra o outro. Embora seja merecedora de grande importância, ela não é um direito absoluto, isso porque há situações, como por exemplo, em que a dignidade de duas pessoas entra em colisão, sendo necessário que uma se desdobre para não anular completamente a outra. Além do mais, a dignidade da pessoa humana não se apresenta de forma igual para todas as pessoas, assim como não tem o mesmo significado compartilhado entre os indivíduos que vivem na mesma sociedade, por isso só pode ser aplicada, sob pena de se está violando a

dignidade da pessoa humana, no caso concreto, porque não é razoável julgar a pessoas a partir de crenças religiosas não compartilhadas, visões de mundo que não são comuns a todos e regras ultrapassadas no atual momento histórico.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é considerado um patrimônio da humanidade, uma vez que expressa um conjunto de valores civilizatórios para toda a família humana. Além disso, a essência dos direitos fundamentais que tutela a liberdade, igualdade e a justiça são extraídas dele. Portanto, a dignidade da pessoa humana é à base dos direitos fundamentais e dele se obtém a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana no que se refere à dimensão física e moral (BARROSO, 2010).

Outra questão importante, a dignidade da pessoa humana é o princípio que da base a todos os outros direitos humanos, sendo a violação daquele uma agressão a este. Além disso, ele é fonte da qual irradia valores que norteiam a criação de princípios relacionados aos direitos humanos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana parte da ideia de que os seres humanos, por serem racionais são diferentes das coisas e por isso pauta sua vida em escolhas, tendo autonomia para decidir, tornando-se assim seres únicos e individuais. Além do mais, a dignidade humana é a qualidade “intrínseca” que distingue um ser humano do outro, uma vez que eles são dotados de liberdade e racionalidade para fazer e seguir suas próprias leis (BARROSO, 2012). Contudo, para Tavares (2012) a dignidade humana não abarcaria tão somente a questão do homem não ser considerado como coisa ou objeto, mas também a de ele ser dotado de autonomia e liberdade para decidir ou escolher sobre o seu destino, sem as interferências de terceiros.

Por fim, é importante mencionar que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um princípio jurídico influencia na determinação de seu conteúdo jurídico e normativo, além da sua forma de aplicação e seu papel no sistema jurídico constitucional. Isso porque, ele atribui valores ou indica objetivos a serem alcançados, sem determinar comportamentos específicos. A aplicação dele pode se dar de duas formas, por subsunção quando se retira uma norma concreta de um enunciado abstrato, ou por ponderação quando há colisão entre normas de mesma hierarquia. Além de tudo isso, ela condiciona o

alcance e o sentido na interpretação e aplicação das outras normas do sistema jurídico (BARROSO, 2010).

2.1 Do Direito à Saúde

O art. 196 da Constituição assegura que a saúde é um direito de todos, sendo dever do Estado, através de políticas sociais e econômicas, garanti-la, reduzindo assim o risco de doenças e outros agravos. Tal direito só pode ser efetivado por meio de acesso universal e igualitária as ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Por sua vez, o art. 197 da Carta Magna afirma que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público regulamentar, fiscalizar e controlar, devendo sua execução ser feita diretamente, ou por meio de terceiros (BRASIL,1988). Conforme Tavares (2012) “ ...o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinada a possibilitar o acesso universal e igualitário as ações e serviços para a promoção, proteção e prevenção da saúde”.

Quando o Estado brasileiro proibi a interrupção voluntária da gestação, não esta evitando a prática do aborto, mas sim colocando em risco a saúde das mulheres, na medida que forças elas a praticarem o aborto em clinicas clandestinas ou em casa, por meio de automedicação. Estima-se que uma em cada cinco mulheres, até os 40 anos, já fez pelo menos um aborto, só em 2015 foram realizados cerca de 500 abortos no Brasil. Outro dado importante é que cerca de 48% das mulheres que praticaram aborto precisaram ser internadas por motivo de complicações no processo abortivo. (DINIZ, MEDEIROS e MADEIRO, 2017)

Embora seja dever do estado garantir o acesso à saúde, a criminalização do aborto tem gerado um grave problema de saúde pública, isso porque a maioria dos procedimentos abortivos ocorre de maneira clandestina e insegura, gerando vários problemas biopsicossociais nas mulheres (ANJOS, 2013). Por não ser legalizada a interrupção voluntária da gestação no país, há o surgimento e organização de um mercado ilegal que funciona nas “sombras” sem regulamentação, onde os médicos atuam livremente impondo valores as pacientes e não pagando impostos ao Estado.

Dessa forma, todas as mulheres são punidas independentemente do status social e condição financeira, uma vez que se sujeitam as mesmas forças históricas, culturais e sociais que lhes impõe, na ilegalidade, uma situação de vulnerabilidade e um sofrimento maior. Fica evidenciado assim que a ilegalidade da prática do aborto no Brasil só favorece a organização de um mercado clandestino que funciona de forma paralela, com autonomia absoluta dos médicos para determinar os valores cobrados, estando isentos de qualquer tipo de imposto ou regulação pelo Estado (AILVEIRA, MCCALLUM e MENEZES, 2016).

Segundo Sandi (2010), as mulheres com menos poder econômico respondem pela maior taxa de mortalidade materna, advindas de complicações pós-aborto, evidenciando assim que por não disporem de recursos financeiros para pagarem clínicas clandestina, sofrem as mais diversas complicações provocadas por um abortamento. Por isso, que a restrição legal promove a desigualdade de condições entre as mulheres que tem dinheiro para pagarem uma clinica clandestina e as que são internadas em hospitais públicos em função de complicações causadas pelo aborto. Ainda segundo autora, existe um perfil socioeconômico das brasileiras que praticam o aborto:

- a) Em clínicas clandestinas: estudaram o secundário e o pós-secundário, não estavam mais estudando, não eram casadas, tinham entre 20 e 29 anos, sem ou com poucos filhos (máximo de dois), 12% já haviam feito aborto antes, a maioria dos abortos foi realizada entre seis e doze semanas de gravidez, não usavam métodos contraceptivos, a maioria dos parceiros apoiaram ou não ficaram sabendo.
- b) “Em unidades públicas: idades entre 20 e 29 anos, casadas, estudaram por até oito anos, já têm filhos e são católicas” (SANDI, 2010, p 131).

Para Santos e Silveira (2017) o Estado deve pensar a saúde sexual e reprodutiva da mulher para além do tratamento e orientações sobre reprodução e doenças sexualmente transmissíveis, mais também acrescentar melhoria na qualidade de vida e de suas relações sociais, uma vez que a vida das mulheres não tem como finalidade última procriar. Para Costa (2015), a maioria dos abortamentos voluntários são praticados em gestações indesejadas, fruto da falta de planejamento reprodutivo, informação, dificuldade de acesso a métodos anticoncepcionais, irregularidade ou falha no seu uso, bem como a falta de acompanhamento por profissionais da saúde.

Além desses aspectos, ainda existe uma concepção negativa e equivocada, que associa o aborto a ação da mulher para corrigir o erro de ter engravidado. Tal ideia ignora os fatores sociais, familiares, econômicos que levam as mulheres a tomarem a decisão de interromper uma gestação (VILLELA e MONTEIRO, 2014). Portanto, é imprescindível que o Brasil passe a ver o aborto não apenas como paradigma moral, ético, filosófico e religioso, mas também como questão de saúde pública objetivando dessa forma proteger as mulheres. Isso vai além de dar proteção à gestante, mas também defender a sua integridade física e a dos seus órgãos sexuais e reprodutivos, tendo em vista que muitas das vezes acabam sendo mutilados em procedimentos abortivos precários (ANTONIO e RI, 2018).

2.2 Dos Direitos Reprodutivos e Sexuais

Segundo Dias (2018), ao longo da história, as mulheres enfrentaram árduas lutas com o objetivo de conquistar vários direitos que lhes foram negados por uma sociedade patriarcal. Os direitos reprodutivos e o controle da autonomia do próprio corpo já vem sendo garantidos as mulheres em muitos países, embora ainda sejam negados em muitos outros. A negação de tais direitos é compreendida em função da concepção construída socialmente de que o aborto ainda é eivado de desconhecimento científico sociológico e jurídico, bem como nas crenças e valores de quem cria e aplica as leis.

A comunidade internacional ao longo da segunda metade do século passado adotou inúmeras convenções, tratados e planos de ação com a finalidade de reduzir as desigualdades entre homens e mulheres, assegurando-lhes direitos que antes não tinham. Entre estes, estão os direitos reprodutivos, o qual foi mencionado oficialmente pela primeira vez na I Conferência Internacional de Direitos Humanos, em Teerã no ano de 1968 (MATTAR e DINIZ, 2011). "Os pais têm como direito humano básico decidir de forma livre e responsável sobre o número e o espaçamento de seus filhos, além do direito à educação adequada e informação a este respeito" (MATTAR, 2008 p. 67). "Com o desenvolvimento do conteúdo do direito reprodutivo, a maternidade

deixou de ser um dever, tornando-se uma opção, e uma luta em pró do direito ao aborto e o uso de métodos anticoncepcionais” (MATTAR, 2008, p. 68).

Foi a partir de 1994, na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, que “a mulher passou de objeto a sujeito de programa de desenvolvimento e população”. Associado a isso estava movimentos de mulheres que lutavam por autonomia sobre seus próprios corpos, em clara oposição ao Estado e a igreja. (CORREIA e AVILA, 2003). Na conferência ficou definido no parágrafo 7.3 do Programa de Ação de Cairo, como sendo direitos reprodutivos aqueles que:

“...se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos” (ONU, 1994, n.p).

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encontram fundamento no artigo 5º, Caput da Constituição Federal, o qual assegura que a todos os brasileiros e estrangeiros é garantido o direito a liberdade, bem como no § 7º do art. 226 o qual afirma que a família tem proteção do estado e que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, com fundamento no principio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo dever do estado promover recursos educacionais e científicos de modo a propiciar tal exercício livre de qualquer tipo de coação por parte de instituição pública ou privada (BRASIL, 1988). Portanto, “O conceito de livre planejamento familiar compreende o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, tanto como direito de defesa do indivíduo contra interferências injustificadas do Estado, quanto como direitos à proteção e a prestações em sentido estrito” (STEINMETZ e RECKZIEGEL, 2017)

Diante disso, o Estado brasileiro deve criar as condições necessárias para que a mulher exerça a maternidade de forma voluntária, segura, socialmente amparada e prazerosa, pois dessa forma esta respeitando os seus direitos reprodutivos, bem como combatendo a desigualdade entre homens e mulheres. Uma vez que se entende por maternidade voluntária aquela que

ocorre em função da escolha da mulher no exercício de seus direitos reprodutivos. O exercício da maternidade deve ser voluntário, prazeroso e socialmente amparado, porque este está ligado ao exercício dos direitos humanos. Por isso quanto menos se garantir esses direitos às mulheres, mais negativa será a experiência da maternidade, trazendo para elas traumas e sequelas terríveis. Isso é claramente demonstrado quando ela tem que fazer a terrível escolha entre o aborto inseguro e a maternidade forçada (MATTAR, DINIZ, 2012).

Além dos direitos reprodutivos, Segundo Mattar e Diniz (2012), as mulheres também têm direitos sexuais, dos quais se pressupõe o exercício livre da sexualidade de forma saudável e segura, mas que para a sua efetivação é necessário políticas públicas com tal finalidade. Em função dos esforços de gays e lésbicas, definiu-se no texto final da Conferencia Mundial sobre a Mulher, no paragrafo 96, o que são direitos sexuais:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências. (ONU, 1995, parágrafo 96)

Por outro lado também afirma Mattar e Diniz (2012) que a positivação dos direitos sexuais em lei não é o bastante para a sua efetivação, devendo o Estado ao reconhecer tais direitos dar substancia a eles por meio de políticas públicas.

3 DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A interrupção voluntária da gravidez suscita grande debate e divide opiniões em toda a sociedade brasileira, colocando em campos opostos o direito à vida do feto e a liberdade, dignidade e autodeterminação das mulheres. No entanto, para Steinmetz e Reckziegel (2017) o cerne da controvérsia acerca da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana esta na questão do status jurídico do embrião na fase inicial da gestação. Atualmente existem duas teses opostas e inconciliáveis. A primeira, afirma que a vida começa desde a concepção ou fecundação, enquanto a segunda afirma que a vida começa após a formação do sistema nervoso central, portanto para a segunda tese não existe vida antes da formação do sistema nervoso central. A Constituição Federal em seu artigo 5ª estabelece a vida como um direito fundamente de resistência a intervenções injustas do estado, bem como direito fundamental de proteção do estado contra as agressões de terceiros. Apesar de tudo isso, a constituição não diz quando começa a vida a ser protegida. Ainda segundo o autor, para o Ministro Luiz Roberto Barroso:

Não há solução jurídica para essa questão. A solução depende de escolhas apoiadas em fundamentos religiosos ou filosóficos. Sem se posicionar categoricamente sobre se há vida ou não a ser protegida desde a concepção ou fecundação, o ministro Luís Roberto Barroso assume como premissa fática de toda a sua argumentação que “[...] não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase [primeiro trimestre] de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher.” (BRASIL, 2016, p. 17). A criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre viola direitos fundamentais das mulheres. Assim, “Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.” (BRASIL, 2016, p. 16). (STEINMETZ E RECKZIEGEL 2017).

Segundo Diniz, Medeiros e Madeiro (2017), na Pesquisa Nacional de Aborto 2016 (PNA 2016) no ano de 2015 foram realizados cerca de 500 mil abortos no país, sendo em sua maioria de forma clandestina e precária, evidenciando assim a equivocada política de criminalização do aborto.

Por outro lado, o Ministro Ricardo Levandoks, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) discutia o aborto de fetos anencéfalos, argumentou, em seu voto, que a função do exegeta, não raro,

esbarra em limites objetivos e insuperáveis. Isso porque, não é dado ao hermeneuta contrariar o texto normativo, bem como a vontade expressa do legislador, nem usurpar o seu lugar. O ministro salienta que a suprema corte constitucional deve atuar somente como legislador negativo, o seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma contrária ao texto constitucional. Portanto, trata-se de uma competência de caráter repressivo e preventivo, tendo como parâmetro o princípio da intervenção mínima, o qual deve pautar a atuação da suprema corte. Desse modo, qualquer excesso no desempenho da sua função pode caracterizar usurpação do poder legislativo. Por tais fundamentos, para o ministro, não pode o Supremo Tribunal Federal (STF) atuar como legislador positivo, uma vez que tal competência foi dada pela constituição aos representantes eleitos pelo povo através do voto, ao contraio dos membros do poder judiciário, os quais não foram eleitos pelo povo, para desse modo promoverem alterações no ordenamento jurídico como se legisladores fossem (BRASIL, 2012).

Também Contrario a interrupção da gestação de fetos anecéfalos, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) 54, entendeu o Ministro Cezar Peloso que o aborto de fetos anecéfalos é crime, e que o argumento da liberdade, autonomia e autodeterminação não poder servir de meios para acoberta-lo. Não se pode atribuir ao ser humano à condição de lixo imprestável, incomodo e descartável podendo assim ser eliminado pelo mais forte. Argumenta ainda o ministro que a vida de um feto não é menos importante que a vida de uma pessoa adulta, uma vez que a vida intrauterina também é protegida pela lei e, portanto goza de proteção jurídica. Autorizar ou permitir o aborto seria transformar o feto que é um ser humano em coisa, em detrimento do sujeito de direito que ele é, por ser um ser humano, ainda que não tenha personalidade jurídica, nem capacidade para exercer os seus direitos, tem estes resguardados e assegurados. Para o ministro a vida é um valor supremo e que não pode ser relativizado nem negociado e por isso não comporta margens transigência. A vida humana não pode ser suprimida em função de um sofrimento, ainda que legítimo, uma vez que a gestação foi fruto da liberdade sexual do casal e não fruto de uma violência, como é no caso de estupro (BRASIL, 2012).

A criminalização do aborto não tem impedido que mulheres interrompam a gestação, pelo contrário têm levado elas a praticarem o aborto em condições que coloca em risco a sua saúde, o que configura uma violação dos direitos fundamentais, atingindo principalmente as mulheres pobres, negras e de baixa escolaridade (ANJOS et al; 2013). Segundo Santos e Silveira (2017), o aborto deve ser encarado como questão de direitos humanos e de saúde pública, com resultados abrangentes na vida da mulher e também na de sua família, por isso não se deve olhar o aborto somente pela ótica do certo ou errado, porque isso minimiza a reflexão sobre o tema e seus reais impactos na vida das mulheres.

Além disso, conforme Marín (2016), a vida humana permite diferentes graus de proteção uma vez que esta é caracterizada como um processo evolutivo com marcas de desenvolvimento qualitativo. Portanto, os direitos do nascituro devem ser conciliados com os direitos da mulher, uma vez que a proteção da vida não pode estar condicionada a simplesmente um maior número de nascimentos. O estado deve fornecer meios para que as mulheres possam, de forma consciente através de educação sexual, engravidar e não ser apenas recipientes de reprodução, que elas tenham liberdade para decidirem sobre a maternidade e a gravidez sem o medo da lei e da discriminação da sociedade. Por isso, segundo Barroso (2012) quase mais nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata o aborto no primeiro trimestre como crime.

3.1 Do direito comparado

Segundo Sarmento (2005) no Canada a Suprema Corte no julgamento, em 1988, do caso Morgentaler. *Smoling and Scott V. The queen*, em 1988, no qual se discutia a conformidade da lei de 1969, que permitia o aborto somente em casos que colocasse em risco a vida e a saúde da gestante, após atestado por um comitê formado por três médicos, com a Carta de Direitos e Liberdade do Canada, de 1982. Entenderam, os membros dessa suprema Corte que forçar uma mulher a levar uma gestação até o fim, sobe pena de sansão penal, constitui uma grande interferência no corpo da mulher e por isso também coloca em risco a sua segurança pessoal.

Nos EUA a questão do aborto ganhou relevância depois da decisão da Suprema Corte, em 1973, no julgamento do caso Roe V. Wade onde entenderam que era inconstitucional uma lei dos Estados do Texas que criminalizava a prática do aborto, com exceção da hipótese em que se está em risco a vida da gestante. Tal decisão foi fundamentada no direito a privacidade, o qual foi reconhecido pelo tribunal no caso Griswold V. Connecticut, em 1965, onde entendeu a corte que tal direito abrangia o direito da mulher em decidir pela continuação ou não da sua gravidez. Atualmente é permitida a interrupção voluntária da gestação até o terceiro mês da gravidez, em todo território dos Estados Unidos, no segundo trimestre o aborto ainda é permitido, entretanto os Estados são livres para regulamentar o exercício de tal direito objetivando exclusivamente a proteção da vida da gestante, por fim só no terceiro trimestre é que os estados poderiam proibir a prática uma vez que nesse período da gestação já é possível à vida extrauterina (SARMENTO, 2005).

Embora a decisão da Suprema corte dos estados Unidos de permitir o aborto nos dois primeiros meses terem levados países como a Irlanda a não só restringir, mas também proibir que as mulheres saíssem do país para realizá-lo em outros países, se posicionando assim de forma contrária, a decisão da Suprema Corte Americana gerou uma onda de liberalismo pró-aborto nos países da Europa (MACIEL, 2012).

Na Alemanha, por exemplo, a suprema Corte foi acionada para decidir sobre a constitucionalidade de uma lei editada em 1974, a qual descriminalizava o aborto praticado por médicos até 12ª semana de gestação a pedido da mulher. Na decisão, que ficou conhecida como caso do aborto I, a corte embora tenha reconhecido o direito à privacidade da mulher grávida em relação à procriação, firmou o entendimento de que num juízo de ponderação o direito à vida do feto deve prevalecer em detrimento do da mulher, com as exceções dos casos em que está em risco a vida e a saúde da mulher, má formação fetal e estupro. Após a unificação da Alemanha, em 1992, foi editada nova lei a qual permitia a interrupção da gestação até o primeiro trimestre da gravidez, nessa nova legislação era obrigatório submeter a gestante a um serviço de aconselhamento a fim de persuadi-la a desistir do aborto. Mais uma vez a corte, em 1993 apreciou a constitucionalidade da nova lei, a nova

legislação foi submetida a apreciação da constitucionalidade na suprema corte, Caso aborto II, ocasião em que foi decidido pela inconstitucionalidade da lei que legalizava a interrupção voluntária da gestação, salvo em situações em que estava em risco a saúde a vida da gestante ou em casos de estupro, porém dessa vez a conter entendeu que embora os direitos do nascituro devam ser resguardados, entes não são absolutos não podendo serem levados a tal pode de eliminar os direitos fundamentais das mulheres. Além disso, entendeu também a corte, que o meio adequado para se combater a prática do aborto não era pelos meios repressivos, mas sim como medidas de conscientização e educação. Em 1995, tendo como paramento nesse novo entendimento a Corte Suprema, foi editada nova lei que regulamentava o aborto até a 12ª da gravidez. A lei estabeleceu que a mulher que desejasse interromper a gestação deveria buscar o serviço de acolhimento, o qual tentaria persuadi-la a desistir do aborto, em segunda é dado a ela um prazo de 3 dias para refletir para só então poder se submeter a procedimento de abortamento (SARMENTO, 2005).

Segundo Marín (2016), a maioria dos países Europeus passou a ter uma legislação que permite o aborto de fetos anencefálicos, quando está em risco a vida da mulher ou em casos de estupro. Além disso, se observa uma tendência mais garantista, em função de alguns países deixarem as mulheres decidirem em média entre 12ª e 18ª semanas de gestação. As gestantes têm acompanhamento psicológico e um período de reflexão para decidirem de forma definitiva se irá interromper a gestação, o que muda de um país para o outro é a finalidade desse tempo de reflexão, em uns ele é utilizado para tentar fazer a mulher desistir, em outros só é para ouvir a escolha da mulher sem tentar persuadi-la a mudar de ideia.

Conforme Marín (2016), em Portugal passou-se a confiar à mulher a decisão de levar adiante ou não uma gravidez indesejada, tendo em vista que em última análise o que está em jogo é a maternidade e não simplesmente o processo biológico de gestação e parto. Lá a escolha da mulher é livre em interromper ou não uma gestação indesejada, mas foi no julgamento da constitucionalidade da lei que permitia a pratica quando foram considerados dois pontos importantes. O Primeiro, que deve haver meios que dê certo grau

de proteção a vida intrauterina; segundo, que o legislador pode levar em consideração a fase de desenvolvimento fetal a fim de proteger a vida intrauterina e ao mesmo tempo garantir os direitos fundamentais das mulheres. O tribunal entendeu que com o passar do tempo à medida que a gestação progride, também há com relação à realidade existencial do feto. A partir desse entendimento, a legislação de prazo passou a ter como fundamento tanto a eficácia quanto o princípio da ponderação, uma vez que as medidas punitivas nunca evitaram a prática do aborto.

Contrária a essa ideia de prazo, a igreja Católica não aceita, a descriminalização do aborto fundada sobre um período de tempo predeterminado da gestação, uma vez que tal medida, segundo ela, não se justifica pelo fato de que o respeito à vida humana deve ser obrigatório desde a fecundação, momento em que se inaugura uma nova vida que não pertence aos pais, e se desenvolve por si mesmo. (VATICANO, 1974).

3.2 Da laicidade do Estado brasileiro

No período do Brasil Império não existia liberdade de religião, uma vez que a Constituição de 1824, em seu artigo 5º, estabelecia que o estado brasileiro fosse confessional e por isso professava a fé Católica.

A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo (BRASIL, 1824).

Segundo Dias (2018), a igreja Católica, diante do movimento em que muitos países começavam a rever os critérios do aborto como crime, confirmou 1974 a sua posição em relação ao aborto por meio da declaração do Sumo Pontífice Paulo VI, o qual atribui à mulher que induz o aborto o título de assassina. Essa concepção, ainda hoje é muito usada por aqueles que são contra a prática do aborto. Na Declaração sobre o aborto provocado, a igreja Católica afirmou que a vida é um direito fundamental e condição para todos os demais.

O primeiro direito de uma pessoa humana é a sua vida. Ela tem outros bens e alguns deles são mais preciosos; mas este — da vida — é fundamental, condição de todos os demais. Por isso, deve ele, mais do que qualquer outro, ser protegido. Não compete à sociedade, nem compete à autoridade pública, seja qual for a sua forma, reconhecer este direito a alguns somente e não a outros: toda a discriminação aqui é iníqua, quer se fundamente na raça, quer no sexo, quer na cor, quer, enfim, na religião. Não é o reconhecimento por outrem que constitui este direito: ele precede tal reconhecimento; mais: ele exige ser reconhecido e é estritamente injusto recusar reconhecê-lo” (VATICANO. 1974, n,p).

Entretanto, conforme o ministro Marcos Aurélio afirmou em seu voto no Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, o Brasil é um Estado laico porque assim determina a Constituição, por esse motivo não deve intervir em assuntos religiosos, seja como arbitro, censor ou defensor. Por outro lado, dogmas de fé e “concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada”. Ainda segundo o Ministro, a religião não determinará a forma como o Estado deve lidar com os direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, a saúde física e mental, a privacidade, liberdade de expressão, liberdade, orientação sexual e direito reprodutivo (BRASIL, 2012) Nesse mesmo sentido, argumenta Dias (2018) que o Estado brasileiro por ser laico deve lidar com as questões relativas à moral social, a política e a justiça e não com questões religiosas. Por isso, quando o estado tratar do aborto deve se limitar a efetivação das garantias dos direitos sociais e dos direitos consagrados na Constituição Federal.

Embora o entendimento do Ministro, acima exposto, tenha como fundamento a atual Constituição, temas como o direito ao aborto geram as mais diversas reações entre as pessoas, sendo também frequentemente discutido em debates políticos na Câmara dos Deputados. Segundo (Miguel et al, 2017), o debate sobre o aborto na câmara dos deputados nas últimas décadas, mais especificamente a partir dos anos 2000, tem sido mais constante, onde a atuação de grupos religiosos contrários a legalização tem ganhado mais força. Diante desse quadro, os defensores dos direitos das mulheres têm lutado para impedir retrocessos na legislação atual, de modo a

não deixar que leis mais restritivas venham a serem criadas em detrimentos dos direitos das mulheres.

A descriminalização do aborto segundo Machado (2017) foi alcançada em muitos países da Europa e dos Estados Unidos graças a movimentos feministas a partir das décadas de sessenta e setenta. Em contraste com essa realidade, no Brasil tem-se muita resistência em função de movimento fundamentalistas neoconservadores que lutam em defesa da família tradicional e contra o aborto. As forças sociais contrárias à interrupção voluntária da gravidez passaram a se organizar com políticos e religiosos a partir de 2005, no mesmo ano em que o poder executivo apresentou minuta de projeto de lei que visava a legalização do aborto, esse movimento tinha como objetivo fazer frente à pretensão de legalizar a interrupção voluntária da gestação.

Conforme Machado (2017), a laicidade dos séculos XVIII e XIX não gerou a legalização do aborto por motivos religiosos, que ainda estivesse influenciando as ações dos Estados-nações, mas em função da permanência de valores familiares e conjugais que se baseiam na autoridade e relações de poder desigual entre homens e mulheres. Ainda segundo a autora na expansão do cristianismo da Idade Medieval até a Idade Moderna, não havia separação entre o Estado e a Igreja e as leis do Estado se confundiam ou eram complementadas com as leis canônicas, e mesmo nessa época o aborto não era condenado no início da gestação, passando a ser com o surgimento da concepção de individualismo e sujeito de direito nas nações modernas. A Constituição de 1988, em seu art. 19 e incisos, estabelece que a República Federativa do Brasil é um Estado laico, por isso, deve manter uma postura neutra no que concerne a assuntos religiosos. Entretanto, para Diniz (2013) laicidade é mais do que neutralidade religiosa nos atos de governo, é a condição para governar um Estado plural e democrático.

No Brasil, segundo Machado (2017), têm surgido movimentos neoconservadores, que são contra a laicidade do Estado e o aborto, tais como a Frente Parlamentar Evangélica (FPE), a qual propõe projetos de leis contrários

ao aborto, como o Estatuto do Nascituro e a Proposta de Emenda a Constituição (PEC 99/2011), a qual pretende dar a algumas entidades religiosas a legitimidade para proporem Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). O Estatuto do Nascituro se propõe dar ao nascituro o direito gozar de proteção à integridade física, a honra, a imagem, e todos os outros direito da personalidade, sendo considerado como ser humano concebido, embora não nascido. Por sua vez, a PEC 99/2011 objetiva permitir que as entidades religiosas pudessem ingressar no Supremo Tribunal Federal (STF) com ações que visem questionar a constitucionalidade de leis ou projetos que objetivem reconhecerem os direitos das mulheres decidirem se querem ou não levar adiante uma gestação não desejada.

Não existe no ordenamento Jurídico brasileiro direito absoluto, nem o direito a vida é absoluto, uma vez que a Constituição em seu Art. 5ª, XLVII permite a pena de morte em caso de guerra declarada (BRASIL, 1988). Segundo Machado (2017), definir o direito do conceito como direito absoluto a vida fere o direito das mulheres sobre sua reprodução, saúde, e uma vida digna. Além do mais, o ordenamento jurídico de um país democrático não admite direito absoluto, uma vez que a existência de um implicaria na anulação do outro. Ainda segundo a autora, a ideia de pessoa parte da premissa de uma vida vivida e não uma vida abstrata, tendo em vista de que a vida vivida interage socialmente com o mundo ao contrário da vida abstrata.

Para Okumura (2012), havendo conflito entre princípios não se pode simplesmente declarar a invalidade de um em função do outro, mas deve-se analisar no caso concreto qual deve prevalecer, sem invalidar os princípios restringidos. O direito a vida embora seja fundamental não é absoluto, porque havendo um colisão de princípios fundamentais é analisado o caso concreto e suas especificidade fazendo o juízo de ponderação afim de evitar decisões arbitrárias.

3.3 Da Criminalização do Aborto no Brasil e a Interrupção da Gravidez até o Terceiro Mês

Com a ressalva dos casos de estupro ou quando a gestação coloca em risco a vida da gestante, o código penal brasileiro tipifica em seu artigo 124 como crime “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem provoque: pena - detenção de um a três anos”. Por sua vez o artigo 126 do mesmo código também tipifica como crime “provocar aborto com o consentimento da gestante: pena - reclusão de um a quatro anos” (BRASIL, 1940). Entretanto o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, julgou ser permitida além das hipóteses acima mencionadas a interrupção voluntária da gravidez, quando o feto é diagnosticado com anencefalia, permitindo assim que a gestante tenha a liberdade para escolher se quer ou não levar adiante a gestação. O supremo entendeu que, em função dos fetos serem anencefálicos e, portanto sem condições de sobreviverem fora do útero materno, não é razoável e fere princípios fundamentais obrigar uma mulher a levar adiante uma gestação que na maioria dos casos o feto morre antes mesmo do nascimento e os que chegam a nascerem com vida sobrevive em média alguns minutos, vindo a morrerem logo após o parto (BRASIL, 2012).

No Supremo Tribunal Federal (STF) também foi proposta, em função da epidemia de Zica, pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, em 2016, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) a qual objetiva a permissão para se poder interromper voluntariamente a gestação diante dos casos de fetos com má-formação causada pelo vírus da Zica. Porém a ação ainda aguarda julgamento.

O Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 124.306, no qual se discutia no Supremo Tribunal Federal (STF) a manutenção da prisão preventiva de médicos que praticavam abortos em uma clinica no Rio de Janeiro, entendeu não ser punível o aborto praticado até a 12ª semana da gestação, pelos argumentos a seguir expostos: Primeiro é preciso interpretar os artigos 124 a 126 do Código Penal, que criminaliza a pratica do aborto, conforme a Constituição, uma vez que eles foram criados em 1940, e a atual Carta Magna em 1988, ou seja, é notório que os valores e princípios que norteiam a sociedade atual são diferentes dos daquela época em que o código Penal foi criado, por isso a necessidade de se interpretar a constituição sob a

ótica dos valores e princípios presentes na atual constituição e não em um passado tão distante do presente. Tendo isso em mente, é visível a violação do princípio da proporcionalidade criminalizar a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, uma vez que a gravidez ainda se encontra em seus estágios iniciais e o feto ainda nem tem o seu sistema nervoso central formado. Portanto é imperioso concluir pela não incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal, afastando assim, a sua tipicidade e conseqüentemente também a punibilidade (BRASIL, 2016).

Outro aspecto da criminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana é que tal proibição fere direitos fundamentais da mulher, uma vez, que ao obrigá-la à levar adiante uma gravidez indesejada, sob pena de incorrer em crime, viola os seus direito sexuais, reprodutivos, impedindo assim que ela decida sobre planejamento familiar e a quantidade de filhos que deseja ter. Além disso, tal imposição viola a autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo, uma vez que, embora esteja ela carregando um feto, este não tira dela o direito de dispor sobre seu próprio corpo, podendo assim, decidir se quer ou não continuar com desenvolvimento do embrião. Além disso, a autonomia entendida como o direito de fazer as suas próprias escolhas; o direito a integridade física e psíquica da gestante, tendo em vista que é ela que sofre os efeitos da gravidez e por isso deve ser ela que deve decidir sobre o assunto (BRASIL, 2016).

A criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação atinge de forma mais cruel às mulheres mais pobres, isso porque estas não dispõem de recursos econômicos para pagarem clínicas clandestinas para assim fazer o abortamento, por isso, se submete aos meios mais evasivos e perigosos para interromper a gravidez, que na grande maioria dos casos acaba em pronto socorro em função de complicações no procedimento abortivo, causado por lesões graves e até morte materna. Por outro lado, as mulheres que dispõem de recursos financeiros podem realizar o abortamento em clínicas privadas dentro do país ou até mesmo no exterior, sendo assim, dificilmente são alcançadas pela lei. Portanto, a criminalização tornar-se um instrumento de discriminação social, o qual pune as mulheres mais pobres que não dispõem de recursos econômicos para praticarem o abortamento, obrigando-as a se

submeterem as mais violentas e agressivas formas de interrupção da gravidez (BRASIL, 2016)

Outro princípio violado é o da proporcionalidade, uma vez que, a medida adotada, ou seja, proteger a vida do nascituro, não impede a prática do aborto, mas tão somente faz com que ele seja praticado de forma insegura. Dessa forma tal medida é ineficiente para o fim a que se destina, qual seja, proteger a vida do feto. A desproporcionalidade também é evidenciada quando a medida gera mais custos do que benefícios, isso porque, como acima mencionado, a proibição não impede a prática do aborto, entretanto as complicações causadas por um abortamento realizado de forma precária e sem acompanhamento de um profissional médico gera alto custo para o sistema de saúde pública no atendimento de pacientes em processo de abortamento. Além disso, é possível que o Estado combata a prática do aborto por meios mais eficazes, tais como, por meio de orientação sexual, distribuição de anticoncepcional e medidas de amparo à mãe gestante (BRASIL, 2016).

Por fim é importante mencionar que praticamente nenhum país desenvolvido trata a interrupção da gestação no primeiro trimestre como crime, exemplo pode ser citado: Reino Unido, França, Portugal, Itália, Estados Unidos, Canadá entre outros, evidenciando assim que a criminalização do aborto não é a melhor opção em uma sociedade democrática, onde se busca garantir e efetivar os direitos fundamentais de seus cidadãos (STF; 2016).

Contrário a esse entendimento Steinmetz e Reckziegel (2017) afirma que a constituição não estabelece o momento em que se inicia a vida a ser protegida. Porém o Código Civil em seu artigo 2^a apresenta uma visão mais clara sobre o assunto ao estabelecer que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002). Portanto, se por um lado os constituintes não definiram quando começa a vida, os legisladores ordinários estabeleceram que o nascituro está protegido desde a concepção, o que inclui também nessa proteção o primeiro trimestre de gestação. Além disso, não se pode ignorar a lei 11. 804 de 2008 (lei dos alimentos gravídicos) a qual em seu artigo 2^a também reconhece e protege o nascituro desde a concepção:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez

e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008).

O Habeas Corpus 124.306 foi processado e julgado por uma das turmas do STF, e a questão constitucional foi suscitada em controle incidental. Não tem, assim, a representatividade de uma decisão do Plenário nem os efeitos erga omnes e vinculantes de uma decisão em controle de constitucionalidade por via de ação direta. No entanto, para além dos limites do Habeas Corpus 124.306, a decisão da Primeira Turma já impactou os planos da agenda judicial e da agenda político-legislativa. O debate jurídico e político sobre o aborto no Brasil ganhou um novo impulso.

Em função de ter sido processado e julgado por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal (STF) e não pelo plenário da Corte em controle concentrado abstrato, o Habeas Corpus 124.306 não têm força vinculante nem efeito erga omnes. Porém a sua decisão trouxe a temática do aborto ao centro das discussões tanto no poder legislativo, judiciário como na sociedade (STEINMETZ e RECKZIEGEL 2017). Como fruto disso, em 2017, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) entrou no Supremo Tribunal Federal (STF) com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), na qual pede que o Supremo declare:

Com eficácia geral e efeito vinculante, a não recepção parcial [pela Constituição da República Federativa do Brasil] dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12^a semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento. (BRASIL, 2017).

Segundo Miguel, et al., (2017) na câmara dos deputados os projetos de leis que objetivam descriminalizar ou ampliam os casos de aborto legal têm

sido arquivados deliberadamente. Para Evidenciar isso, se observa que, dos cinco projetos de lei sobre o aborto que tramitavam na Câmara dos Deputados no ano de 2015, apenas um deles, o PL 20/1991, do deputado Eduardo Jorge (PT-SP) era favorável a ampliação do direito ao aborto, o qual se encontra parado desde 1997 esperando uma decisão da Mesa Diretora. Por outro lado, existem projetos contrários ao aborto, quais sejam o PL 4703/1998, o qual torna o crime de aborto como crime hediondo, o PL 478/2007 que ficou conhecido como o Estatuto do Nascituro, o qual propõe que o nascituro goze dos direitos e proteção à integridade física, a honra, a imagem, e todos os outros direito da personalidade, sendo considerado como ser humano concebido, embora não nascido. Além disso, a lei também prevê que aqueles que fazem apologia ao aborto comete crime, dessa forma busca se restringir até a liberdade de manifestação e de expressão acerca do tema.

A criminalização da interrupção voluntária da gestação ainda existe no Brasil em função de “Costumes sociais, religiosos e econômicos que muitas vezes são usados, com respaldos legais, para discriminar as mulheres. Dessa forma, a atual legislação brasileira torna-se restritiva e anacrônica, não dando conta das reais necessidades das mulheres” (SANTOS e SILVEIRA, 2017). Somando-se a isso, a bancada religiosa, com todas as suas propostas juntas, pretende, segundo Miguel et al (2017), revogar todas as exceções que permite a interrupção voluntária da gestação, dessa forma, ficaria impedido de serem feitos abortos no caso de estupro, quando a gestação colocar em risco a vida da gestante e também nos casos de fetos anencefálicos. Pretendem também aumentar as penas para os crimes de aborto ilegal, criar um cadastro nacional de mulheres grávidas, a fim de, facilitar a perseguição das mulheres que praticarem aborto ilegal. Pretende criar lei que estimule que a gravidez resultante de estupro não seja interrompida, isso por meio de incentivo financeiro chamado de bolsa estupro. Por fim, querem também proteger a vida desde a concepção por meio de Emenda Constitucional, inserindo na constituição de que a vida começa na concepção e por isso deve ser protegida.

4 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CASO DO ABORTO

Segundo Peixinho (2008) foi John Locke que apresentou pela primeira vez o princípio da separação dos poderes do Estado. Ele os dividiu em três: Legislativo, executivo e federativo. O legislativo tem a função de elaborar ou criar as leis, estas por sua vez, necessitam de quem as executem, tarefa à qual ficou a cargo do poder executivo e, por último, segundo o autor, existe o poder federativo, o qual é responsável por promover a guerra ou a paz, firmar alianças e fazer negócios com outros estados. O poder supremo é o legislativo, não obstante o executivo e o federativo estejam quase sempre unidos e geralmente sejam exercidos pela mesma pessoa.

Montesquieu defendia que o legislativo, executivo e judiciário deveria ser exercido por pessoas diferentes, embora entendesse o autor, que os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si. Dessa forma o estado garante a liberdade, os direitos fundamentais e afasta regimes ditatórios ao criar instituições independentes autônomas e com funções diferentes (PEIXINHO, 2008). Foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que ficou consagrado o princípio da separação dos poderes, o qual em seu artigo 16 estabeleceu que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1789, n.p).

Fazendo crítica ao modelo apresentado por Montesquieu, Hans Kelsen aduz que não existe divisão entre os poderes, mas sim uma distribuição de competências, uma vez que, um poder pode exercer funções típicas do outro poder. Para o autor, quando o poder judiciário está fazendo controle de constitucionalidade ele está interferindo na esfera de atuação do legislativo, por outro lado, quando o Senado julga o presidente da República ele está invadindo a esfera de atuação do poder judiciário, tudo isso em nome da sistemática dos freios e contrapesos. Por isso, quando a constituição atribui uma função a um determinado poder, esta é compartilhada entre os outros. Atualmente os poderes não estão mais vinculados a tão somente exercerem as suas funções típicas, mas também

tem frequentemente avançado no exercício de funções atípicas. O poder executivo não só executa as leis mais também atua na área de criação delas, isso ocorre quando edita medidas provisórias ou quando suas agências reguladoras editam atos regulatórios. Por sua vez, o judiciário também exerce função atípica quando faz controle abstrato de constitucionalidade, sendo de fundamental importância que o poder judiciário atue dessa forma, tendo em vista que a competência dele é se manifestar sobre questões que digam respeito à constituição (PEIXINHO, 2008).

Segundo Okumura (2012), o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a exercer um papel fundamental na efetivação dos direitos humanos. Por meio de uma nova leitura dos direitos fundamentais tem, por meio de suas decisões, assegurando direitos e garantias fundamentais contidos na própria Constituição Federal, e não extrapolando os limites de sua competência como muitos afirmam.

4.1 Do Poder Legislativo

O poder legislativo, em âmbito nacional, é exercido pelo congresso nacional, o qual é dividido em duas casas, Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A primeira exerce a representação popular (art. 45, Caput, CF), os Deputados são eleitos no sistema proporcional pelo voto dos cidadãos para mandatos de quatro anos. A segunda exerce a representação dos Estados-Membros e do Distrito Federal (art.46, Caput, CF), onde os Senadores são eleitos no sistema majoritário pelo voto dos cidadãos para mandatos de oito anos. “O Sistema, portanto, no Brasil, é bicameral por força da adoção do sistema federalista...” (TAVARES, 2012, p 1240).

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 na qual o STF permitiu a interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos, a Ministra Ellen Gracie afirmou que, a

criação de uma nova hipótese de aborto, além das que já existia, é de competência exclusiva do Poder Legislativo, e que por isso, somente a sociedade poderia cobrar de seus representantes uma solução para a questão do aborto de fetos anencéfalos (BRASIL, 2012).

Conclui-se da afirmação da Ministra que a interrupção voluntária da gestação até os três meses da gravidez não deve ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim pelo legítimo representante do povo, ou seja, os Senadores e Deputados Federais. No mesmo julgamento e no mesmo sentido de entendimento da Ministra Ellen Gracie, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski que não é papel do STF alterar o Código Penal, para ele essa competência é do poder legislativo. (BRASIL; 2012)

No mesmo julgamento, mas em sentido oposto, entendeu o ministro Nelson Jobim ser importante que o supremo se manifestasse sobre a questão do aborto de fetos anencéfalos com o risco de se está permitir a criação de insegurança jurídica, face as mais diversas decisões prolatadas sobre a constitucionalidade ou não do aborto de fetos anencéfalos. (BRASIL, 2012).

Tendo esse entendimento do Ministro como norte, é possível concluir que ao supremo não se manifestar sobre a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação estar-se-ia possibilitando a criação de insegurança jurídica, face a decisões judiciais prolatadas sobre esse tipo de aborto. Como por exemplo, pode ser citado a decisão do Ministro Barroso que no julgamento do Habeas Corpus 124.306 decidiu que é fato atípico o aborto voluntário até os três meses de gestação (BRASIL, 2016).

4.2 Do Poder Judiciário e o Aborto Até o Terceiro Mês da Gravidez

Em novembro de 2016 a primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no Julgamento do Habeas Corpus 124.306 decidiu pela concessão da liberdade provisória de acusados pela prática do crime de aborto. O voto de vista do Ministro Barroso foi seguido pela maioria da turma, nele destacou que naquele caso era necessário fazer uma interpretação conforme a constituição,

o que o levou a conclusão de que a criminalização da interrupção da gestação no primeiro mês da gravidez viola diversos direitos fundamentais das mulheres, dentre eles, citou o Ministro, a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher bem como a igualdade de gênero, ainda sustentou em seu voto que a criminalização do aborto gera discriminação social principalmente sobre as mulheres mais pobres (BRASIL, 2016).

Tendo essa decisão como precedente, em Março de 2017 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442. Nela foi pedido que o Supremo declarasse a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição, descriminalizando assim a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez. Argumenta o partido que a criminalização do aborto viola os princípios e direitos fundamentais que são assegurados na constituição. Em sua tese central defende que não é mais sustentável em uma democracia laica como é a brasileira, onde há liberdade de consciência e crença, a criminalização do aborto. Além disso, também afirma o partido que a criminalização da interrupção voluntária da gestação fere a dignidade e a cidadania das mulheres, sua integridade física e psicológica (BRASIL, 2017).

Para o Ministro Lewandowski (2012) o Supremo Tribunal Federal (STF), assim como nas demais democracias do mundo, deve agir como legislador negativo, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma incompatível com a constituição, do contrário estaria agindo como legislador positivo, criando lei e assim invadindo a competência do poder legislativo. Por outro lado, conforme o Ministro Barroso o Supremo Tribunal Federal STF no exercício da jurisdição constitucional não a faz somente aplicando a constituição de forma direta aos casos nela contido, mas também de forma indireta.

(...) aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição (BARROSO, 2012).

A politização da justiça atribui o papel de controle dos outros poderes ao órgão responsável pela guarda da constituição. Ela se apresenta pela ampliação das áreas de atuação do judiciário, quando revisa as ações legislativas e executivas. Diante disso, a quem defenda que o ativismo judicial é um risco a democracia, na medida em que órgãos do poder judiciário podem tomar decisões constitucionais, que repercutem na sociedade mesmo sem terem eles a legitimidade da representação popular. Porém, isso não é verdade porque a representação popular é passível de críticas, uma vez que os grupos excluídos não têm seus interesses protegidos diante dos interesses da maioria. Além disso, o poder judiciário não tem limites criativos, tendo como base a constituição e a defesa dos direitos humanos (Barroso, 2010).

Para Barroso (2012) no Brasil tem havido uma intensa judicialização da política e das relações sociais. Por isso, temas como a interrupção voluntária da gravidez, que em regra deveria ser discutido e legislado pelo poder legislativo, têm chegado ao supremo. Desse modo, entendem-se por judicialização da política questões de natureza política, social ou moral que são decididas em caráter final pelo poder judiciário. Tal fenômeno é mundial, existindo numerosos exemplos de judicialização em todo o mundo, mostrando assim, que nem sempre é nítida a linha de divisão entre a criação e a interpretação das leis. No Brasil, Isso só é possível por dois motivos: Porque nossa constituição é abrangente e analítica, e por causa da existência do sistema de controle de constitucionalidade, o qual permite que o Supremo Tribunal Federal (STF), quando acionado, decida sobre a constitucionalidade de uma determinada lei, seja em um caso concreto ou em abstrato, por meio dos instrumentos cabíveis (BARROSO, 2012).

Por outro lado, há juristas afirmando que se o Supremo Tribunal Federal (STF) decidir sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até 12ª semana estará novamente assumindo uma postura ativista. Para Ramos (2010) ativismo judicial é a extrapolação dos limites jurisdicional pelo poder judiciário em detrimento dos demais poderes, principalmente do poder legislativo. Para autores como Streck e Barba (2016) o Supremo Tribunal Federal (STF) tem superado os seus limites e entrado em terreno de atuação

cuja competência a constituição não lhe outorgou, extrapolando assim os limites de sua função:

O nível de ativismo judicial consegue superar suas próprias “façanhas” a cada dia. Dessa vez, o ativismo ultrapassou qualquer limite que ainda restava daquilo que Montesquieu havia nos deixado. No voto-vita do *Habeas Corpus* 124.306/RS, de lavra do ministro Roberto Barroso, é possível perceber a dimensão do ativismo em *terrae brasiliis*. E, veja-se: não se trata nem de entrar no mérito da decisão. Não é isso que queremos discutir. O que queremos é discutir as condições de possibilidade de o direito sobreviver à moral e à política (STRECK e BARBA, 2016).

Ainda segundo Streck e Barba (2016) Para se discutir teoria do direito é necessário ter compromisso teórico e epistêmico, por isso não é importante à opinião político-ideológica dos juízes. Do contrário o que adiantaria se discutir princípios separação dos poderes e interpretação jurídica se ao final a decisão ficariam condicionadas as preferências pessoais do juiz. Por isso, não se deve permitir que decisões políticas deixem de serem tomadas pelo poder legislativo para serem tomadas pelo poder judiciário tendo em vista que ele não tem legitimidade política para atuar como legislador positivo, uma vez que, não fora eleito pelo povo. Sendo assim, segundo o entendimento acima, se o Supremo Tribunal Federal decidir pela inconstitucionalidade parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, atendendo o pedido feito na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, estará extrapolando os limites de sua competência usurpando-a do poder legislativo.

Discordando desse entendimento, afirma Barroso (2012) que ativismo judicial é uma postura mais proativa do poder judiciário, de modo a concretizar e efetivar direitos as garantias fundamentais quando o poder legislativo está distante da sociedade e ignorando as suas demandas, fazendo surgir desse modo à necessidade de maior interferência no campo de atuação dos outros dois poderes. Desse modo, o poder Judiciário não está invadindo a competência de outro poder, mas tão somente, exercendo a competência que a própria constituição lhe conferiu, ou seja, a de defensor dos direitos e garantias fundamentais asseguradas na própria Carta Magna.

Além do mais, conforme Peixinho (2008), o Estado deixou de ser um Estado exclusivamente legislativo focado em garantir a separação formal dos poderes ou dos direitos liberais clássicos, passando a considerar a constituição

como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. O juiz deixou de ser mero Intérprete da lei passando a ser “partícipe da sociedade e defensor da democracia”, uma vez que, a atividade jurisdicional causa mudanças nas políticas sociais e econômicas.

Tendo a constituição como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, o poder judiciário pode ser provocado a se manifestar sobre as mais diversas matérias, inclusive acerca da interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre, explicitando assim o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um dos meios existentes para concretização de tais direitos, ela é proposta no Supremo Tribunal Federal (STF), com a finalidade de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público (BRASIL, 1999). Segundo o Ministro Teori Zavascki, ela é usada como um instrumento de integração entre o modelo difuso e concentrado de constitucionalidade:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo (BRASIL, 2017).

O Supremo Tribunal Federal não estaria extrapolando os limites de sua competência ao decidir pela descriminalização da interrupção da gravidez, tendo em vista que, Segundo Tavares (2012), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma vez que, esta é um instrumento de origem constitucional e de natureza processual, que objetiva preservar a obediência geral a determinadas regras e princípios constitucionais considerados fundamentais. Essa ação fundamenta-se na ideia de que há, na constituição, um conjunto de preceitos que merecem mais intensa proteção do que outros, por isso ela só é cabível quando há descumprimento de preceito fundamental.

Por fim, Segundo Barroso (2010) o Supremo utiliza métodos de interpretação conforme que é a interpretação que tem como base a Constituição Federal. Existem três espécies de interpretação conforme: A

interpretação conforme com redução do texto, interpretação conforme sem redução do texto com atribuição de interpretação que mantenha a sua constitucionalidade, e a interpretação sem redução do texto que afaste da norma impugnada uma interpretação que a torne inconstitucional. No caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, o Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou a interpretação sem redução do texto que afastando a interpretação que gerava a inconstitucionalidade dos artigos 124 e seguintes do Código Penal, tornando inconstitucional a criminalização do aborto de fetos anencéfalos. Há doutrinadores afirmando que a utilização dessa técnica leva a usurpação do poder legislativo. Entretanto, é atribuição do Supremo Tribunal Federal a guarda da constituição Federal e dos preceitos fundamentais, afim de, promover tais fins se faz necessário a aplicação das técnicas de interpretação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste presente trabalho foi abordado o tema da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez. Concluímos que interromper uma gestação indesejada até o terceiro mês é um direito da mulher. A proibição do exercício de tal direito é uma agressão a sua autonomia, liberdade reprodutiva e dignidade. Não é razoável forçar uma mulher a prosseguir com uma gravidez indesejada. Quando o Estado criminaliza a interrupção de gestação até 12ª semana da gravidez, está favorecendo o direito à vida de um feto que ainda está em estágio inicial de desenvolvimento, em detrimento dos direitos da mãe, como se esta tivesse os seus direitos reprodutivos, a dignidade, autonomia suspensão pelo período que durar a gestação, o que é algo inconcebível em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico contemporâneo.

A proibição do aborto nunca impediu a sua prática no Brasil, muito pelo contrário tem levado as mulheres a praticá-lo de forma insegura e precária, colocando em risco a sua saúde. Essa situação tem gerado sérios problemas de saúde pública e até causado a morte em milhares de brasileiras. Isso porque, elas são levadas, em função da criminalização, a buscarem na informalidade e na ilegalidade exercerem os direitos que lhes são inerentes, quais sejam decidirem sobre seus próprios corpos e, a liberdade reprodutiva. Além disso, a criminalização do aborto é uma forma de discriminar as mulheres mais pobres e negras, uma vez que, estas são as que mais sofrem as consequências da criminalização do aborto, tendo em vista que as gestantes que tem mais recursos financeiros conseguem interromperem a gestação em clínicas clandestina sem serem alcançadas pela lei. Enquanto isso, as mais pobres se sujeitam a fazerem abortamento em sua própria casa ou em clínicas precárias pondo assim em risco a sua própria saúde e vida.

O direito do feto não é absoluto, para assim afastar ou suspender os direitos das mulheres a autodeterminação, a liberdade e dignidade. O nosso ordenamento jurídico reconhece e aplica o juízo da ponderação na aplicação da norma e, dessa forma vê que existem graus de proteção aos bens jurídicos tutelados. Tendo essa premissa em mente, é forçoso reconhecer que há

direitos que necessitam de mais proteção do que outros, por isso existem crimes e penas proporcionais ao grau de proteção atribuído, pelo ordenamento jurídico, aquele bem protegido. Por isso, a pena do crime de homicídio é bem maior que a pena do crime de aborto. Por tal motivo, diante da aplicação da lei, em um juízo de proporcionalidade, onde se analisa o direito a vida do feto e direito da mulher de interromper uma gravidez indesejada, é legítimo o direito da gestante de interromper a gestação até o terceiro mês.

O poder legislativo é quem detém as competências para a elaboração das leis. Entretanto, conforme a constituição, o Estado brasileiro é um Estado laico, não podendo assim permitir que ideias ou valores de cunho moral ou religioso determinem a sua atuação, nem na criação nem na aplicação das leis. Isso porque, tal postura implicaria violações dos direitos e garantias fundamentais assegurados na própria constituição.

Dentre as varias competências do Supremo Tribunal Federal está a de interpretar a constituição, cabendo a ele dá a última palavra a cerca da aplicação da norma. Portanto, ao STF decidir sobre a inconstitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, no sentido de descriminalizar a interrupção da gravidez até o terceiro mês, não estaria invadindo a competência do poder legislativo, mas tão somente cumprindo a seu dever constitucional de intérprete último da constituição.

Por fim, a interrupção voluntária da gestação até 12^a semana da gravidez é um direito da mulher, proibi-la de exercê-lo ou criminalizar a sua prática é uma agressão aos seus direitos fundamentais básicos, tais como a liberdade, autodeterminação, liberdade reprodutiva, saúde e dignidade.

REFERÊNCIA

ANJOS, et al. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. **Revista de Saúde e debate**, Rio de Janeiro, v 37, n. 98, p. 504-515. Julho/Setembro 2013

ANTONIO, Carolina Calzolari, RI, Luciene Dal. Aborto voluntário sob a perspectiva dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal do Brasil de 1988. **Revista de Pesquisa em Políticas Públicas**, Brasília, p.82-100. 2018

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. Editora EDJUR, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito-Uerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p.1-50, 2012. Semestral.

BARROSO, Luiz Roberto. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. 12 de Abril de 2012

BARROSO, Luiz Roberto. **CURSO DE Direito Constitucional CONTEMPORÂNEO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO**. 2. ed. [sem Local]: Saraiva, p 454. 2010

BARROSO, Marcelo Maria Gomes Giorgi. Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF54. **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Tese de Mestrado. São Paulo. p 1 –184. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **Notícias STF**. 2

016.

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>.

Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **Notícias STF**. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>>.

Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Relator: Ministro Marcos Aurélio. Tribunal Pleno, 12 de Abril 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

. Acesso em: 12 de outubro 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 127, Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno, 06 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12743387>

Acesso em: 16 de outubro 2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 54. Suspensão de Liminar

815. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 07 de maio de 2015. Decisão publicada no DJE em 05 de junho de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8625237>>. Acesso em: 02 maio 2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. HABEAS CORPUS nº 124306. Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília. 29 de novembro 2016. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 de outubro 2018

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

BRASIL. **DECRETO Nº 4.377**. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 13 de Setembro de 2002

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL. **Lei n. 11.804 de 2008.** Regulamenta o disposto na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm

COSTA, Nathalia Zorzo. O profissional da saúde e o aborto legal : uma revisão integrativa. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** TCC. Porto Alegre. 2015

DIAS, Daniele Gonçalves et al. As consequências da (não) descriminalização do aborto na vida das mulheres brasileiras. **Revista de Educação, Ciência e Tecnologia do Ifg,** goiânia, v. 2, n. 2, p.105-126, 2018.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo e MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Revista Ciência & Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro. Fevereiro de 2017

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão,** de 1789.

DINIZ, Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. **Caderno de Saúde Pública.** Rio de Janeiro. p. 1704-1706. set, 2013

BRASIL. **DECRETO Nº 4.377.** Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 13 de Setembro de 2002

MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. **Cadernos Pagu,** Campinas, n. 50, p.1-48, 06 jul. 2017.

MARÍN, Ruth Rubio. Aborto em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu. **Revista Direito GV,** | São Paulo, v. 13, n. 1, p.356-379, 2017. Quadrienal.

MATTAR, Laura Davis, Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. São Paulo. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.5, n.8, p.60-83, 2008.

MATTAR, Laura Davis e DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. **Interface- Comunicação, Saúde, Educação**. São Paulo. v.16, n.40, p.107-19, jan/mar. 2012

MACIEL, Everton Miguel Puhl. A QUESTÃO DO ABORTO EM RONALD DWORKIN. **Seara Filosófica**. Pelotas. N. 4, p 29-44. 2011

MIGUEL, Luis Felipe , BIROLI, Flávia e MARIANO, Rayani. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos Deputados. **Revista de opinião Pública**. Campinas. v 23 nº 1, jan/abr 2017

ONU. **Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Mulheres**. Pequim, 1995.

ONU, **Declaração Universal dos Direito Humanos**, Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de Dez. 1948.

OKUMURA, Daniela Bucci. Dimensões Jurídicas da Proteção da Vida e o Aborto de Fetos Anencéfalos. **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FACULDADE DE DIREITO**. Dissertação de Mestrado. São Paulo. p 1-304. 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p.13-44, 2008. Semestral.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDI, Stella de Faro; BRAZ, Marlene. As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública. **Revista Bioética**, Rio de Janeiro, p.131-153, 2010.

SANTOS, Camila e SILVEIRA, Lia Marcia. Percepções de Mulheres que Vivenciaram o Aborto. **Revista de Psicologia: Ciência e Profissão**. Rio de Janeiro. v. 37 n°2, p. 304-317. Abr/Jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo – n. 09 – jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr. 2005.

SILVEIRA, Paloma; MCCALLUM, Cecilia e MENEZES, Greice. Experiências de abortos provocados em clínicas privadas no Nordeste. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro. P 1- 10. Fevereiro de 2016

STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do supremo tribunal federal no habeas corpus 124.306. **Espaço Jurídico: Journal Of Law**. Joaçaba. v. 18, n. 3, p. 763-776, set./dez. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio dalla. Aborto — a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. **Consultor Jurídico**, [sem Local], 11 dez. 2016.

VAZ, Wanderson Lago; Reis, Clayton. Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direto Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, p 1426. 2012.

VATICANO. **Declaração sobre o aborto provocado**: Sede da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Roma. 1974.

VILLELA, Wilza e MONTEIRO, Simone. Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres. **Revista Gênero, estigma e saúde**. 2014.