

ABORTO E (IN)COERÊNCIA DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

ABORTION AND (IN)COHERENCE OF (DE)CRIMINALIZATION IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

Carine Labres¹

RESUMO: O artigo parte de técnica de revisão bibliográfica, pesquisa qualitativa e utiliza-se de método hipotético-dedutivo com finalidade examinar a temática do aborto, sob perspectiva da moralidade e do valor da dignidade humana, indagando se a criminalização da conduta ainda se legitima nos tempos atuais. Perquire-se sobre a existência de obrigação moral e/ou jurídica imposta à mulher para levar a termo a gestação e suas consequências; aponta-se a decisão judicial que se traduziria justa e equitativa frente ao ordenamento constitucional brasileiro, repisando as teorias de Herbert Hart e de Ronald Dworkin. Além disso, reflete-se sobre os limites do Estado Democrático de Direito na tutela da inviolabilidade da vida humana, abordando a função social dos Poderes Constituídos em temáticas polêmicas, como a do aborto. Por fim, enfatiza-se a importância do protagonismo feminino para ruptura de paradigmas sociais, conquistas legislativas e jurisprudenciais, dimensionando o impacto sobre a realidade jurídico-social brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: aborto; descriminalização; dignidade humana; integridade; moralidade.

ABSTRACT: The article is based on a bibliographical review technique, qualitative research and uses a hypothetical-deductive method with the purpose of examining the theme of abortion, from the perspective of morality and the value of human dignity, asking whether the criminalization of conduct is still legitimized in these times. current. The existence of a moral and/or legal obligation imposed on women to carry the pregnancy to term and its consequences is investigated; the judicial decision is highlighted as fair and equitable in relation to the Brazilian constitutional order, repeating the theories of Herbert Hart and Ronald Dworkin. Furthermore, it reflects on the limits of the Democratic Rule of Law in protecting the inviolability of human life, addressing the social function of the Constituted Powers in controversial topics, such as abortion. Finally, the importance of female protagonism in breaking social paradigms, legislative and jurisprudential achievements is emphasized, sizing the impact on the Brazilian legal-social reality.

¹ Juíza de Direito no Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do RS (FMP). Bacharela pela Pontifícia Universidade Católica do RS (PUCRS). Correio eletrônico: labrescarine@gmail.com.

KEYWORDS: abortion; decriminalization; human dignity; integrity; morality.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças de valores que norteiam o comportamento humano, preenchidas por conceitos morais vigentes em sociedade, são variáveis no tempo e no espaço. A criminalização do aborto, nesse sentido, foi idealizada para tutelar de forma digna a vida humana, mas há tempos não está produzindo os efeitos pretendidos.

Os tempos atuais, observada a mudança de paradigma do papel da mulher em sociedade, legitimam o questionamento sobre a criminalização imposta à conduta daquela que provocar o aborto voluntário, bem como daquele que vier a realizar ou ajudar no procedimento.

Inegável que, quando o assunto diz respeito a ceifar a vida de um embrião ou feto, cada caso a seu modo, sempre houve (e haverá) imenso confronto de opiniões divergentes, que centralizam o debate no ambiente público, questionando decisões individuais que impactam sobre valores morais, sedimentados em sociedades com ideologia patriarcal.

Nesse cenário, o artigo abordará os limites do Estado Democrático de Direito na tutela do valor intrínseco atribuído à vida humana, frente às questões de liberdades individuais e moralidade pública; o valor e a função que a dignidade humana exerce na organização político-social; bem como o papel atribuído aos Poderes Constituídos no diálogo entre moralidade privada e direito público. Por fim, enfatizar-se-á a importância do protagonismo feminino para ruptura de paradigmas sociais, bem como avanços legislativos e jurisprudenciais, conquistados na intensa caminhada que objetiva colocar a mulher como sujeito de direito, não como mero objeto de reprodução humana.

A relevância temática deste trabalho consiste em oportunizar à sociedade refletir sobre o aborto, como tema sensível aos valores constitucionais, através do debate sobre convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica, para, quiçá em um futuro próximo, consensualizar o tema, pelas vias normais da política. Para tanto

será realizada a incursão nas obras de Herbert Hart, reconhecido como um dos mais proeminentes teóricos do positivismo jurídico, e de Ronald Dworkin, um dos maiores críticos à teoria de Hart, para reunir elementos que densifiquem o debate, clarificando os argumentos no dimensionamento do valor atribuído à vida humana sopesado com o bem-estar coletivo.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, pesquisa qualitativa, técnica de pesquisa bibliográfica.

2 ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO E IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA

Reconhece-se ao Estado de Direito o legítimo interesse (e dever) na proteção da vida humana; todavia, essa proteção encontra limites na dignidade, quando a conduta (comissiva ou passiva) violá-la e inviabilizar, a priori, o exercício de direitos fundamentais, no qual se incluem direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Mas, para estabelecer os limites impostos ao Estado de Direito na tutela da vida humana, antes de mais nada, é preciso compreender sua gênese, ideologia e finalidade, bem como a posição ocupada e a função exercida pela dignidade humana no arcabouço constitucional, o que se passa a enfrentar.

O amadurecimento civilizatório impôs a necessidade de serem estabelecidas normas que serviriam de parâmetro para o comportamento em sociedade; avançando a humanidade no sentido de reconhecer direitos essenciais à natureza humana, que deveriam ser protegidos contra o exercício arbitrário do poder estatal. A ideologia do “Estado de Direito” remonta à Revolução Inglesa (1660-89), com ápice na aprovação parlamentar da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1689), que limitou o poder dos governantes, declarando direitos humanos e fundamentais que seriam invioláveis dos governados e estabelecendo uma ordem maior que garantisse o equilíbrio entre governantes e governados.

As formulações teóricas a respeito do significado de Estado de Direito evoluíram de concepções formais, que se concentravam sobre as fontes e a forma adequada da legalidade; para concepções substantivas que incluem requisitos sobre

o conteúdo da lei, cujo foco está em observar a justiça e o princípio moral. (Tamanaha, 2009, p. 92).

Portanto, o termo “Estado de Direito”, em que pese encerrar múltiplas facetas, pode ser compreendido como uma organização político-social, estruturada por normas com objetivo de garantir a convivência ordeira, protegendo os cidadãos do poder arbitrário e abusivo do governo. Mas o conceito sempre esteve (e está) em evolução e, nos tempos atuais, absorveu os valores considerados essenciais pela sociedade que o constituiu e legitimou; culminando com a formação de uma concepção substantiva mais densa, que abandonou a ideia de que o Estado de Direito se definia apenas pelo conjunto de suas leis (legalidade formal), para incorporar a democracia e os direitos do bem-estar social. (Tamanaha, 2009, p. 113).

No cenário brasileiro, a República Federativa, instituída como Estado Constitucional Democrático de Direito, compreende-se como organização político-social, cujo poder é distribuído por instrumentos democráticos de escolha dos representantes do povo, identificando-se, não só pelo conjunto de leis (legalidade formal), mas pela incorporação de valores democráticos, plurais, multiculturais e de justiça social, traduzidos no dever afirmativo de melhoria da vida dos cidadãos.

Essa teorização em torno da limitação da arbitrariedade estatal serve como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos da pessoa humana, sendo possível concluir que o Estado de Direito, como criação social, visa à transformação da realidade, existindo “por causa” e “em razão” do ser humano. Nesse escopo, a noção contemporânea de Estado de Direito legitima-se na garantia e na efetiva proteção dos direitos considerados essenciais ao homem, compreenda-se estes como sendo os que expressam sua condição de humanidade, garantindo não só a existência, mas também a sobrevivência em condições dignas, ou seja, - não basta estar vivo, há de se ter condições de desenvolver a existência, sem que se perca a essência de sua condição.

Com esse espírito, a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988 (CF/88), inovou na ordem jurídica ao positivar a dignidade humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, priorizando as pessoas em detrimento das instituições. E, em que pese dispor de conceito abstrato e de cunho

filosófico, o valor dignidade é inerente à condição humana, tendo sido consolidado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (ONU, 1948).

No ordenamento jurídico pátrio, a relevância do valor dignidade humana é retratada nas limitações materiais ao poder de reforma, impostas pelo Constituinte Originário através de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).

A dignidade humana constitui valor axiológico que estrutura toda ordem jurídica, sendo considerada reduto intangível e insubstituível de cada ser humano, dele não podendo ser retirada, nem mesmo quando lhe faltar a vida, observados os efeitos *post mortem*. (Sarlet, 2015a, p. 104).

Mas, não restam dúvidas de que a dignidade tem, como ponto de partida, a vida humana, que, a partir do nascimento com vida, transforma toda e qualquer pessoa em sujeito de direitos e deveres, alicerçando uma obrigação geral de respeito à sua condição, traduzida na pretensão de respeito e consideração da pessoa na sua relação com o Estado e com outros indivíduos.

Nessa linha de raciocínio, a concepção do Estado só se justifica pela existência da pessoa humana, enquanto a estruturação política centraliza-se no valor supremo da dignidade humana, que legitima o Estado Constitucional a reger, de forma democrática, a vida de seus cidadãos. É por essa razão que o assunto relacionado à interrupção voluntária da gravidez, em que pese a mutabilidade dos valores sociais e o avanço jurídico sobre o tema, sempre provoca inquietações que são aguçadas por convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica.

Dito isto, cumpre refletir sobre a função social dos Poderes Constituídos na temática da criminalização imposta à conduta da mulher que provoque o aborto voluntário, bem como daquele que vier a realizar ou ajudar no procedimento, na atualidade.

3 FUNÇÃO SOCIAL DOS PODERES CONSTITUÍDOS NA TEMÁTICA DO ABORTO

O Constituinte de 1988 consagrou a tripartição do poder em Executivo, Legislativo e Judiciário. Ainda, definiu, em linhas gerais, as tarefas precípua de cada um: ao Executivo, a gerência do Estado e observância das leis promulgadas e aprovadas; ao Legislativo, a elaboração das leis; ao Judiciário, o controle dos atos dos demais poderes, mediante interpretação, integração e aplicação das normas.

Nessa linha, parece lógico concluir que Executivo e Legislativo, cujos membros são democraticamente eleitos, atuarão, de forma prioritária, com o propósito latente de defesa da moralidade comunitária, que orienta o comportamento dos indivíduos em sociedade. E, ao Judiciário, na tripartição dos poderes, cumprirá exercer o controle sobre os demais, especificamente em relação às ações e omissões que violem a dignidade humana.

Nesse contexto, considerando que o Estado de Direito foi idealizado para proteger os indivíduos contra o abuso e o exercício arbitrário do poder, observando que a democracia tem por finalidade assegurar que as pessoas tenham o direito de viver suas vidas de acordo com suas convicções, sejam de ordem moral, ética, religiosa ou jurídica, poder-se-ia questionar se o interesse da maioria pode, de forma legítima, ser imposto sobre determinado grupo, no caso as mulheres. Ou seja, pode o interesse comunitário justificar eventual ofensa à dignidade individual das mulheres, obrigando-as a gestar alguém que não desejam? Como resolver a questão da moralidade do aborto?

No estudo de Ronald Dworkin (1999, p. 293-299), quando Executivo e Legislativo se omitem em promover a discussão de tema de extremo impacto social, a superação dos conflitos entre valores morais e constitucionais passará a ser incumbência do Judiciário, não havendo se falar em violação à separação de poderes.

O Judiciário, por sua natureza anti-majoritária (seus membros não são eleitos), exercerá o controle sobre os demais Poderes, estando legitimado, constitucionalmente, a interpretar, aplicar e integrar as normas com foco na estabilidade e coerência da ordem jurídica, como um todo. A atividade-fim do Judiciário é guiada pela missão de concretizar o valor da dignidade humana, por meio

da proteção, aplicabilidade imediata e atribuição da máxima eficácia possível aos direitos fundamentais. (Tamanaha, 2009, p. 106).

Em suma, o argumento do direito irrestrito à vida desde a concepção como fundamento para proibição total da interrupção da gestação esbarra no valor supremo da dignidade humana, não podendo a mulher ter sua dignidade violada para satisfazer o interesse comunitário, ainda que majoritário, pois essa hipótese não encontra suporte no arcabouço constitucional brasileiro, cumprindo ao Judiciário tutelar o interesse da minoria em detrimento da maioria. (Sarlet, 2015b, p. 113).

No estudo de Dworkin, aparecem dois valores na sociedade, que o autor denomina “virtudes políticas”, quais sejam: a coerência/segurança e a justiça. A coerência compreende os elementos normativos, enquanto a justiça é o resultado correto do sistema político. Nesses termos, o autor aponta a necessidade de ser criado um terceiro valor, uma terceira virtude política, denominada “integridade”, que se comunica com as outras duas virtudes, pois uma decisão válida, de acordo com as normas, pode não ser justa para quem lhe é endereçada. Logo, a integridade possui a missão de equilibrar essa discrepância. (1999, p.p 218-222).

Para Dworkin a proposição normativa permite extrair várias interpretações para se alcançar o melhor resultado possível ao caso, sem que se fique adstrito à letra da lei, o que permite construir uma decisão justa. É nesse contexto que a integridade é abordada como um princípio fundamental, uma virtude que demanda que os legisladores tenham coerência na elaboração das leis; que juízes e tribunais interpretem a lei de maneira coerente e consistente ao longo do tempo, respeitando princípios e valores morais vigentes em sociedade, sem olvidar da necessidade de se manter uma narrativa coerente e integrada do ordenamento jurídico. Dessa forma, sob a perspectiva de Dworkin, a dignidade humana constitui vetor axiológico que atribui coerência à interpretação e integridade ao arcabouço normativo, permitindo que se concretize a justiça. (1999, p. 291).

Vale dizer, na temática em apreço, ainda que o interesse da maioria seja pela proibição total da interrupção da gestação, cumpre ao Judiciário aplicar e interpretar a norma com integridade e coerência aos princípios morais e constitucionais,

pautando a atividade hermenêutica pelo vetor axiológico dignidade humana, que não se coaduna com a abolição do valor da mulher.

O pensamento de Dworkin reencontra-se com as ideias de moralidade e dignidade kantianas. Para Kant as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como um fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. (Kant, 2000, p. 68).

Em suma, não se pode perder de vista que os Poderes Constituídos são responsáveis por guiar o comportamento individual e a interação social, dispondo de instrumentos políticos e jurídicos construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Executivo, Legislativo e Judiciário possuem, em tempos hodiernos, o dever constitucional, circunspecto na função social, de afastar a cegueira moral da sociedade, coroada no argumento genérico de que a criminalização do aborto visa a resguardar a “santidade da vida”, mas, quando os representantes democraticamente eleitos se omitem de assim atuar, cumpre ao Judiciário, como guardião dos valores constitucionais, projetar a dignidade humana da mulher, impedindo que ela se torne mero instrumento de reprodução sexual, desprovido de racionalidade.

4 A (I)MORALIDADE DO ABORTO NO BRASIL

Inegável ser a legislação fruto da vontade da sociedade, reflexo da convicção da maioria dos cidadãos, manifestada através de representantes democraticamente eleitos. Nesse contexto, a legislação brasileira, que vige em 2024, admite a prática do aborto nos casos restritos de estupro, gravidez de risco e se o feto for anencefálico. Fora dessas situações, o Código Penal, prevê, nos artigos 124 e 125, respectivamente, penas que variam de 01 a 03 anos, quando provocado pela gestante ou com seu consentimento; de 03 a 10 anos, quando feito sem o consentimento da gestante. (Brasil, 1940).

Evidente que a temática do aborto envolve opiniões antagônicas e abertas, fazendo com que o debate se mantenha atual, porém incompleto, à medida em que absorve valores morais que estão em constante transformação na sociedade. Porém,

em apertada síntese, o debate consiste em saber se o feto tem ou não direitos e interesses, dignos de serem tutelados pelo Estado de Direito.

A respeito, torna-se pertinente abordar as reflexões de Herbert Hart, contrapondo-as à perspectiva de Dworkin, porque nelas se ilustram pensamentos diametralmente opostos, muito contribuem para clarificar o tema, na plenitude que a reflexão merece, o que nos desafiemos a fazer.

Hart, um dos principais nomes vinculados ao positivismo jurídico e responsável pela aproximação da filosofia da linguagem com o Direito, enfatiza a separação entre direito e moralidade. Para o autor, leis são regras estabelecidas por uma autoridade reconhecida e obedecidas pela sociedade, independentemente de serem moralmente justas. Na ordem de raciocínio hartiano e observada a temática do aborto, cumpre distinguir entre as questões de fato (o que a lei é) e as questões de valor (o que a lei deveria ser), defendendo a posição de que a questão do aborto deve ser resolvida apenas e através de normas jurídicas estabelecidas, livre de argumentos morais ou éticos.

Dworkin, por outro lado, conhecido por suas críticas ao positivismo jurídico, em especial às ideias de Hart, enfatiza a integração entre direito e moralidade, argumentando que o direito não é apenas um conjunto de regras, mas também envolve princípios, inclusive implícitos. Nessa perspectiva, as questões sobre o aborto não podem ser reduzidas a simples proibições ou permissões legais; devem, sim, considerar princípios morais e circunstâncias individuais, dimensionando-se pesos distintos aos valores envolvidos, especialmente à autonomia individual e ao respeito pela vida, a fim de imprimir uma abordagem justa à discussão (2019, p.p. 333-344).

Para contextualizar as perspectivas de cada autor, exemplifica-se com a atividade hermenêutica: um juiz hartiano julgaria o aborto com ênfase na interpretação rigorosa das leis existentes, observando regras secundárias e de reconhecimento, primando pela clareza e certeza da norma, distinguindo entre questões morais e legais; já um juiz dworkiniano levaria em consideração, ao decidir, tanto precedentes legais quanto princípios morais fundamentais, com ênfase para a coerência, reflexo da consistência interna das decisões, buscando interpretar e aplicar as leis de acordo com os princípios subjacentes que dão sentido ao sistema jurídico como um todo.

Estabelecidas, pois, as premissas das teorias de Hart e Dworkin, cumpre enfrentar a problemática, do ponto de vista constitucional brasileiro.

Dispõe a Constituição de 1988 no artigo 5º serem todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. (Brasil, 1988). O Código Civil de 2002, a seu turno, afirma no artigo 2º que: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (Brasil, 2002). Nesse cenário, questiona-se: Qual etapa do desenvolvimento embrionário é digna de ser tutelada pelo Estado de Direito? Quando inicia a vida?

No âmbito científico e popular, a discussão sobre o momento em que se inicia a vida humana é pauta por variadas teorias, dentre as quais se enfatiza a “teoria natalista”, que considera que a vida inicia somente após o parto; “teoria concepcionista”, que considera que a vida inicia a partir da concepção; “teoria da nidação”, para a qual a vida inicia com a implantação do óvulo no útero materno; e, “teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central”, também denominada “teoria da formação rudimentar do sistema nervoso central”, para a qual a vida humana somente é possível com o cérebro humano, que traduz a capacidade de raciocinar. (Costa; Giolo Júnior, 2015, p.p. 297-327).

Para Organização Mundial da Saúde (OMS), inexistente vida intrauterina antes do desenvolvimento do sistema nervoso central, porque não há um ser individualizado, no máximo um acúmulo celular. Adota-se a Teoria da Formação Rudimentar do Sistema Nervoso Central, para a qual o início da vida não ocorre com a nidação nem logo após a concepção, mas sim quando o sistema nervoso do feto ganha características mais complexas, deixando de ser primitivo, cujo início é constatado por volta do terceiro e quarto mês do desenvolvimento do embrião. Dito de outra forma: a viabilidade de vida do feto ocorre a partir do momento em que ele passa a desfrutar de vida mental, o que se verifica a partir do segundo trimestre da gestação, que vai da 13ª a 27ª semana. (OMS, 2023).

A ausência de consenso sobre o momento do início da vida é fato notório, tanto na ciência quanto no campo da filosofia, da religião e da ética; agravada pela

inexistência de legislação no ordenamento pátrio, que defina qual seria o momento em que ocorre a existência do ser, a tornar necessária a interpretação do direito por meio de princípios e valores constitucionais, que imprimam logicidade à questão.

O cerne da polêmica sobre o aborto está na interpretação do valor intrínseco da vida. Nessa missão hermenêutica, repise-se ser objetivo do Estado de Direito proteger os interesses dos cidadãos, cuja organização político-social brasileira solidifica-se na premissa de formar um Estado Social, consubstanciado no princípio democrático a demandar respeito aos direitos fundamentais, que constituem exigências, concretizações e desdobramentos do valor supremo da dignidade humana, considerada norma legitimadora de toda ordem estatal e comunitária. (Sarlet, 2015a, p. 110).

Sob tal prospectiva, o Constituinte de 1988, ao instituir a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito e definir a dignidade humana como um de seus fundamentos, incorporou à Constituição Federal pontos centrais da teoria de Dworkin, enfatizando a necessidade de que as leis sejam interpretadas de maneira a promover a integridade, integração e coerência com os princípios e valores constitucionais, buscando promover justiça, equidade e proteção dos direitos fundamentais.

Evidente que a vida humana é o bem máximo do indivíduo e deve ser protegido em toda sua plenitude e extensão pelo Estado de Direito. E, por vida humana, compreende-se a capacidade do ser de se reproduzir, adaptar-se ao meio em que vive e evoluir, destacando-se dos demais seres vivos por sua capacidade de sentir e, principalmente de raciocinar sobre as emoções e possuir consciência - função exclusiva da mente humana.

Como reforço de argumento, observa-se que a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso central para de funcionar; logo, crível concluir que o início da vida se apresenta quando esse sistema começa a dispor de atividade neural. Trata-se da mesma premissa – decretação da morte – aplicada no seu extremo oposto – início da vida.

Assim sendo, compreende-se como legítimo o interesse do Estado de Direito de proteger a vida, mas o esforço deve ser empreendido quando houver viabilidade

para a vida se desenvolver; jamais ao argumento da defesa da sacralidade da vida, a qualquer custo. Nesse ponto, compartilhamos da posição eleita pela OMS de que o feto passa a dispor de viabilidade de vida somente a partir do segundo trimestre da gestação, estágio em que há substrato neural adequado para fruição de receptores nervosos periféricos que desencadearão a sensação de dor.

Logo, imprimindo-se integridade à interpretação e observada a legislação penal e a permissão de uso de métodos contraceptivos, como dispositivo intrauterino e pílula do dia seguinte, dentre outros, afigura-se coerente defender que, para o ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, o início da vida se dá com a atividade do sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de raciocinar e de possuir consciência; do contrário, o resultado do aborto provocado pela ação de pílulas e dos dispositivos intrauterinos que atuam após a fecundação, deveria ser considerado crime, o que não se confirma na realidade legislativa pátria.

Dito isto, a convicção sobre o valor intrínseco da vida humana como algo sagrado e intangível desde a concepção esteia-se em motivação exclusivamente religiosa, que se revela particular e individual a cada pessoa. O Estado de Direito, no entanto, por se tratar de criação jurídica, idealizada na laicidade, não pode refletir tais convicções religiosas, de acordo com a melhor hermenêutica extraída do artigo 19, inc. I, da CF/88. Essa laicidade, frise-se, significa que as decisões governamentais devem ser tomadas com base em princípios e valores constitucionais, sem interferência de convicções religiosas.

Constitucionalmente, portanto, a inviolabilidade de que trata o artigo 5º da Constituição Federal diz respeito ao indivíduo já personalizado, ou seja, nascituro com sistema nervoso suficientemente desenvolvido e apto a lhe permitir desfrutar de vida mental. Não há como o Estado de Direito defender a proibição total da interrupção da gestação; pois, se o feto não possui vida mental antes dos dois primeiros trimestres, a única vida digna de ser tutelada é a da mulher e, portanto, só cabe a ela decidir sobre levar ou não adiante da gestação.

Além disso, o sistema normativo vigente admite a interrupção da gravidez, independente do estágio que se encontre, em casos de partos complicados que comprometem seriamente a vida da mãe, o que significa priorizar a vida da mulher em

detrimento da do feto. E, se essa hipótese é admitida, sem qualquer questionamento à coerência da norma frente ao ordenamento jurídico e aos valores morais vigentes em sociedade, justificando-se, inclusive, como estado de necessidade, a nosso ver, com mais razão se afigura admitir a interrupção nos dois primeiros trimestres de gestação, posto não dispor o feto de atividade do sistema nervoso central e, portanto, carecer de condições de desenvolvimento de vida.

Por qual razão, então, se busca proibir a gestação de um feto malformado quando não há expectativa alguma de que uma vida se concretize? Por qual razão se obriga uma mulher a gestar quando o nascimento da criança significar para ela a frustração de suas expectativas e condições de vida?

A resposta à primeira questão parece óbvia e não encontra maiores dificuldades na jurisprudência, que admite a interrupção da gravidez (salvo raras exceções), independente do estágio gestacional, quando comprovada a inviolabilidade de vida saudável pelo feto, como ocorre nos casos de anencefalia.

A segunda questão, no entanto, constitui cerne do debate político. É inegável que mãe e feto possuem valores morais diferentes; enquanto à genitora é imputado o dever moral de gerar a vida humana; ao feto é atribuída a sacralidade da vida a qualquer custo, mesmo se isso significar o sacrifício da vida materna.

Nesse imbróglio de argumentos, cumpre investigar de onde se extrai a aparente legitimidade do Estado Brasileiro de impor à mulher levar a termo a gestação, sob qualquer circunstância, eis que a própria legislação admite exceções. Do ponto de vista jurídico, já vimos que inexistente essa legitimidade; resta-nos, entretanto, analisar o plano da moralidade.

Retomando o debate entre Hart e Dworkin, constata-se a existência de pensamentos opostos em relação a noção de obrigação, moral e jurídica, com reflexos na abordagem da temática do aborto.

Para Hart, as obrigações morais são derivadas de princípios éticos, valores e normas morais que uma sociedade considera justos ou bons; enquanto obrigações jurídicas são normalmente associadas a sanções ou consequências coercitivas. (3ed, s/d, p. 93). Já para Dworkin, obrigações morais e jurídicas estão interconectadas, em que pese serem distintas; ou seja, obrigações morais são baseadas em princípios

éticos universais e na autonomia individual, enquanto obrigações jurídicas são fruto da interpretação das leis e princípios que compõem o sistema jurídico, sofrendo influência da moralidade. (2002, p.p. 70-71).

A perspectiva de Hart, traduzida para a temática em apreço, significa que a conduta imposta pela norma vigente (código penal), reflexo da vontade da sociedade, pode ir de encontro ou ir contra aquilo que a mulher poderia pretender fazer em determinado momento de sua vida, ou seja, interromper voluntariamente uma gravidez, mas possui normatividade que impõe sua observância. A norma sanciona a conduta da mulher que provoca o aborto, bem como daquele que vier a realizar ou ajudar no procedimento. Pelo ponto de vista hartiano, poder-se-ia admitir a existência de obrigação moral direcionada à mulher, para que a gravidez seja levada a termo, identificada na pressão da sociedade, o que ensejaria críticas dos pares àquelas que descumprissem a expectativa comunitária. Mas, nos tempos modernos, essa visão denota resquícios de ideologia patriarcal, já superados pela igualdade material que constitui pilar essencial do Estado de Direito na promoção da justiça social.

Em continuidade, sopesadas as ideias de Dworkin, em que pese as obrigações jurídicas e morais poderem frequentemente se sobrepor, nem todas as obrigações morais são traduzidas em obrigações jurídicas e, estas por sua vez, nem sempre terão uma base moral clara. Isso denota a importância da interpretação, cumprindo aos juízes decidir o direito de maneira a promover a coerência e a integridade do sistema, composto não só de regras, mas também de princípios, que afirmam razões jurídico-morais. Partindo dessa premissa, dispondo o ordenamento constitucional que a dignidade humana fundamenta toda ordem estatal e comunitária, conclui-se que o Estado Brasileiro não pode proibir, de forma absoluta, a interrupção da gravidez; pois, o contrário caracterizaria ofensa à dignidade individual da mulher, que não se justifica, nem mesmo em prol do interesse e/ou valores da maioria.

Dando margem à complexidade da discussão, tendo sido dito que o valor supremo da vida deve ser tutelado pelo Estado, em profundidade e extensão, questiona-se como deve o Ente Público se posicionar nas hipóteses em que o feto dispõe de viabilidade de vida? Afinal, nessa hipótese, formar-se-á verdadeiro conflito

de valores, de igual hierarquia constitucional: direito individual da mãe x direito individual do feto, interconectados pela inviolabilidade do direito à vida.

Não restam dúvidas de que exigir que a mulher leve a termo a gestação, sem considerar sua autonomia reprodutiva e capacidade de expressar sua vontade, é o mesmo que forçá-la a uma vida sofrida e penosa, retirando-lhe o domínio sobre o próprio corpo, transformando-a em mero instrumento de reprodução, sem falar na exposição da criança a uma vida marcada pela rejeição e abandono afetivo. Mas, a autonomia reprodutiva, ainda que constitua direito fundamental, não se revela absoluta, podendo sofrer restrições, legitimadas justamente no direito do feto à vida, que se perfectibiliza a partir do segundo trimestre de gestação, constatada a atividade do sistema nervoso central.

A nosso ver, a proteção que reclama o texto constitucional diz respeito ao núcleo essencial do direito fundamental, composto pelo conteúdo e alcance (efetividade). No caso da interrupção da gravidez, o núcleo essencial do direito fundamental à autonomia reprodutiva consiste na proteção da vida humana; que só passa a existir para o feto quando ele desfruta de vida mental; antes disso, a única vida existente é da mulher, razão de seu interesse e vontade deverem ser priorizado pelo Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse sentido, atribuindo coerência à interpretação e integridade ao resultado desta perante todo ordenamento jurídico, defende-se o direito da mulher de interromper a gestação, independente da razão que a motiva, antes do segundo trimestre da gestação; após, o direito restará condicionado pela viabilidade de vida a ser desenvolvida pelo feto, salvo comprovação de que está não se concretizará, como no caso de anencefalia; quando a gestação decorrer de violação à dignidade da mulher, como no caso de estupro; ou se houver sério risco à vida da gestante.

Invoca-se, aqui, o critério constitucional da proporcionalidade para dispor que o direito da mulher se sobrepõe ao do feto, antes do segundo trimestre da gestação, adotada a teoria de que a vida só tem seu início, propriamente dito, a partir da atividade do sistema nervoso central.

Poder-se-ia falar em obrigação jurídica imposta à mulher de levar a termo a gestação quando já avançado o estágio gestacional, a partir do segundo trimestre,

pois o interesse do feto, face à viabilidade de vida, justificaria a intervenção estatal para defesa da inviabilidade da vida. Mas, mesmo nessa hipótese, há exceção prevista no ordenamento, como o caso de estupro e gravidez de risco, que justificam a interrupção a qualquer tempo, resguardada a vida e dignidade da genitora.

Outrossim, a permissão vigente no ordenamento pátrio que admite o procedimento abortivo em caso de estupro, gravidez de risco e anencefalia do feto, independente do estágio gestacional, representa conquista legislativa que se incorpora ao patrimônio jurídico da mulher, não podendo ser restringido, tampouco suprimido, positivados na ordem interna como cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade.

Direitos sexuais e reprodutivos são considerados fundamentais, pois constituem necessidades vitais do ser humano, atrelando-se à dignidade humana, da qual irradiam os princípios da liberdade e da igualdade. Portanto, o Estado Constitucional de Direito não pode, sob a justificativa do interesse da maioria, defender a proibição irrestrita de interrupção da gravidez; ao contrário, deve assegurar que a mulher tenha autonomia para decidir se quer ou não gerar um filho, concretizando a dignidade feminina através da viabilidade do exercício do direito fundamental à reprodução.

A moralidade social, em suma, não serve de argumento constitucional para justificar que a mulher sacrifique sua dignidade em prol do interesse da maioria da sociedade para que a gravidez seja levada a termo. Cumpre ao Judiciário, na atividade hermenêutica constitucional, tutelar a dignidade da vida feminina em detrimento da pressão social, dimensionando, não apenas normas, mas também princípios subjacentes ao sistema jurídico, de maneira a formar uma decisão harmoniosa e consistente, justa e equitativa.

5 PROTAGONISMO FEMININO E ADPF N° 442/DF

Do exposto, percebe-se que a discussão traduz conflito entre valores constitucionais, morais, éticos e religiosos, perpassando, sem dúvidas, a análise do papel reservado à mulher no grupo social. Sabe-se que muitas conquistas legislativas

e jurisprudenciais só foram alcançadas por meio do protagonismo de movimentos sociais, grupos e atores sociais que, através de seus atos, pressionaram os Poderes Constituídos para mudança da legislação e da interpretação das leis.

A situação não é diferente em relação ao papel social atribuído à mulher, que, ao longo da história patriarcal, restringiu-se a ser esposa e mãe, recaindo-lhe o dever exclusivo de cuidar da família. Só a partir dos anos de 1960, contexto marcado pela contracepção, a mulher assumiu o papel de protagonista da sua vida, pressionando a sociedade que se viu forçada a reinterpretar sua condição, reconhecendo-lhe autonomia, inclusive, para romper o vínculo matrimonial, através do divórcio, em ruptura aos paradigmas morais vigentes, que se refletiam na legislação.

Como já pontuado, no direito brasileiro reconhece-se a excludente de ilicitude no aborto praticado em situações de estupro, gravidez de risco e anencefalia do feto, o que já configura imensa conquista legislativa. No entanto, tramita, perante a Câmara dos Deputados, Projeto de Lei (PL) 1904/2024, que objetiva restringir a autorização legal para a prática abortiva. (Brasil, 2024).

O PL 1904 prevê a equiparação do crime de aborto, após a 22ª semana de gestação, mesmo nas situações hoje legalizadas, ao crime de homicídio simples, a significar que, se aprovado, a sanção punitiva à liberdade aumentaria de 10 para 20 anos para quem realizasse o procedimento. O projeto representa imenso retrocesso legislativo, ao tempo que reflete o viés patriarcal e sexista enraizado na sociedade brasileira.

Posições legislativas, como a do PL 1904, ignoram que o aborto constitui problema de saúde pública, na medida em que mulheres, na sua esmagadora maioria, pobres, recorrem às clínicas clandestinas, que não dispõem de recursos adequados para realizar o procedimento de forma segura, colocando em risco à vida e saúde das gestantes. Essa situação afigura-se abjeta por caracterizar forma de discriminação promovida pela desigualdade social e de gênero, transcendendo os aspectos jurídicos e perpassando a uma questão social, moral e ética que atinge o senso comunitário.

Na temática, a união feminina deverá ser intensa o suficiente para romper com o dogma da sacralidade da vida, defendida a todo custo, em detrimento do valor inviolável da dignidade feminina e do direito à autonomia reprodutiva.

A mobilização feminina, na defesa do direito à interrupção da gestação, tem seu início datado em junho de 2004, quando da propositura da ADPF nº 54/DF, em que figurou como Relator Ministro Marco Aurélio. No julgamento, em abril de 2012, o Plenário do STF, por maioria, decidiu que a gestante possui o direito de decidir sobre interromper ou não a gravidez, caso constatada, por laudo médico, a anencefalia do feto. Como consequência, declarou a Corte Suprema a inconstitucionalidade de interpretações que enquadrassem a interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto em artigos do Código penal, criminalizando a conduta. (Brasil, 2012).

O passo seguinte é marcado pela propositura da ADPF nº 442/DF (Ação Declaratória de Preceito Fundamental), em março de 2018, através da qual se postula a descriminalização do aborto em qualquer circunstância até a 12ª semana de gestação, sob argumento de violação de preceitos da dignidade humana de mulheres, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante e da saúde, ao retirar das mulheres o controle sobre o próprio corpo e vida, impedindo-as de decidir sobre sua sexualidade e coagindo-as à reprodução, contra sua vontade. O julgamento conta com voto da relatora, Ministra Rosa Weber, pela descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas de gestação, mas aguarda a votação dos demais Ministros, o que gera imensa expectativa nos movimentos de luta feminina, pois o cerne do litígio atrela-se à dignidade da mulher e sua autonomia reprodutiva. (Brasil, 2023).

Não obstante, cumpre atentar para o fato de que, ainda que venha a ser julgado procedente o pedido formulado em ação constitucional, o exercício efetivo do direito à interrupção da gravidez dependerá da implementação de políticas públicas no campo da saúde e assistência social. Logo, a mobilização dos grupos de luta revela-se imensamente importante para pressionar os demais Poderes a implantar a prestação social, satisfazendo o direito reconhecido.

Por essa postura do Legislativo e outras que se revelarão no futuro, o protagonismo feminino, na atualidade, deve centrar seus esforços e ação para colocar a mulher como sujeito de direitos, de forma a que prevaleça a vontade feminina e

autonomia no exercício de direitos fundamentais sexuais e reprodutivos, a fim de que se reconquiste o controle sobre o próprio corpo.

No corte constitucional, em tema de interrupção de gravidez, prevalece, antes do segundo trimestre gestacional, o interesse da mulher em detrimento da expectativa de direito do feto, cumprindo ao Estado de Direito tutelar a vida da gestante e sua dignidade, não só na condição vital de existência, mas também de condições mínimas de permanência em sociedade. A mulher deve, pois, ter sua vontade respeitada; afinal, é sobre ela que recai maior peso emocional pelos riscos decorrentes da decisão, não podendo ser rebaixada a objeto, mero instrumento de reprodução humana, descaracterizando-a como pessoa e sujeito de direitos.

6 CONCLUSÃO

Passando em revista os argumentos, observada a mudança de paradigma do papel social atribuído à mulher, é chegada a hora para que ela fale por si e seja tratada por todos como sujeito de direitos, levando-se em consideração sua vontade, respeitando-se sua autonomia reprodutiva, como forma de concretizar o valor dignidade humana que lhe é inerente, intangível e insubstituível.

Na temática da interrupção voluntária da gravidez, cumpre ao Estado Constitucional Democrático de Direito tutelar a personificação do valor intrínseco da vida, proteger, em toda sua extensão e plenitude, a inviolabilidade do direito à vida digna. Nesse sentido, se o feto não desfruta de atividade do sistema nervoso central antes do segundo trimestre gestacional, o que há é mera expectativa de direito, legitimando-se o Estado brasileiro a tutelar apenas a vida da mulher.

Portanto, não se afigura imoral defender a descriminalização do aborto; antes o contrário, legitima-se a defesa da interrupção voluntária da gestação como forma concretizar o valor da dignidade humana daquela que está a gestar, sendo dever do Estado Constitucional de Direito atuar para que a mulher não seja rebaixada a objeto, mero instrumento de reprodução humana, em total descaracterização como sujeito de direitos.

Advoga-se ter a mulher o direito de interromper a gestação; podendo fazê-lo sem necessidade de expor qualquer justificativa até o segundo trimestre do estágio gestacional (enquanto o feto não desfruta de vida mental e, portanto, não possui viabilidade de vida); após, para ceifar o estágio gestacional, deverá apontar motivos idôneos que comprovem a inviabilidade de desenvolvimento de vida do feto, respeitadas as exceções reconhecidas pelo sistema jurídico, tais como estupro, gravidez de risco e anencefalia, que caracterizam conquistas ao patrimônio jurídico feminino, positivadas sob cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade.

Em apertada síntese, os tempos atuais modificaram o paradigma do papel da mulher em sociedade, legitimando-a ser respeitada em sua dignidade como sujeito de direito, carecendo de legitimidade constitucional a norma que criminaliza, a qualquer custo, a conduta daquela que provocar o aborto voluntário, bem como daquele que vier a realizar ou ajudar no procedimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09/06/2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 2002. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 09/06/2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 09/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF Nº 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento em 12/04/2012. Publicado em: DJe 10/05/2013. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>. Acesso em: 09/06/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF Nº 442/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgamento em 22/09/2023. Disponível:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 05/06/2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1904/2024**. Proponente: Deputado Sóstenes Cavalcante. Disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2425262&filename=PL%201904/2024. Acesso em: 09/06/2024.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO JÚNIOR, Cildo. **Teorias Jurídicas acerca do início da vida humana**. São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 2015, vol. 10, nº 2. Disponível: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266>. Acesso em: 08/06/2024.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Clinical practice handbook for quality abortion care**. (2023). Disponível: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/369488/9789240075207-eng.pdf?sequence=1> Acesso em: 09/06/2024.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso: 17/05/2024.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015b.

TAMANAHA. Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Recebido em (Received in): 08/07/2024.
Aceito em (Approved in): 06/11/2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).