

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: UM ESTUDO DA DECISÃO DO HC 124.306

Karen Augusta Oliveira de Campos¹
Anne Adelle Gonçalves Aguiar²
Felipe Rodolfo de Carvalho³

RESUMO

A descriminalização do aborto no Brasil qual encontra-se tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal é um assunto que cada vez mais toma espaço em debates, movimentos sociais e gera grande repercussão, isto em razão do assunto ser representado como um tabu social por tratar-se em tese de valores morais, e na esfera jurisdicional ser tipificado como um crime penal. Assim, os recentes acontecimentos desencadeados em reflexo da ADPF 442, onde se intenta a não recepção parcial dos artigos aqui tratados pela Constituição da República, vem acarretando novas discussões trazendo como uma de suas pautas a ideia de que a criminalização não garante que este não ocorra por vias clandestinas. Trata-se de pesquisa bibliográfica realizada a partir de Teses, Banco de dados Periódicos Capes, Doutrinas, Jurisprudências e do Google Acadêmico, em que inicialmente veremos algumas concepções acerca do aborto, exposições de vertentes que tratam deste no âmbito do direito penal e os movimentos sociais que buscam a autonomia individual através da legalização e outros que lutam pela continuidade da criminalização, ao fim tece-se uma análise da decisão proferida pelo Ministro Barroso proferido sobre o HC 124.306 em que a 1ª Turma da Corte entendeu que o interrupção até a décima segunda semana não se equipara ao aborto abrindo precedentes para novas discussões como a ADPF 442. Concluindo desta forma que a questão segue em busca de um consenso, se cabe a mulher a decisão sobre a concepção da vida considerando a autonomia que reveste os indivíduos na sociedade ou ao Estado de regula-la.

Palavras-chave: Aborto. Descriminalização. Dignidade. Mulher. Concepção.

INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo fundamental deste abordar a descriminalização do aborto no Brasil, considerando os embates que há em torno desta temática e que gera uma grande divisão social, realizando um estudo sobre a decisão proferida pelo Ministro Barroso através do HC 124.306, a qual abriu precedentes para as discussões mais recentes sobre a temática, sendo exemplo notável deste a ADPF 442.

¹ CAMPOS, Karen Augusta Oliveira de. UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma 151 CN. Graduada em Gestão Comercial pela UNIVAG – Universidade de Várzea Grande. E-mail: karenolr@gmail.com.

² AGUIAR, Anne Adelle Gonçalves. UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Pós-Graduada em nível de Especialização em Administração Pública e Mestre em Política social, ambos pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Orientadora. E-mail: anneadelle@gmail.com;

³ CARVALHO, Felipe Rodolfo de. UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coorientador. E-mail: feliperodolfodecarvalho@hotmail.com.

No ano de 2016, a 1ª Turma do STF realizou o julgamento do HC 124.306, decidindo neste que a interrupção da gravidez até a décima segunda semana não se equipara ao aborto, levantando deste modo novamente embates sobre esta questão tão delicada que é o aborto, isto em razão de tratar-se de uma banda sobre o feto, que para alguns estudiosos assim como a para jurisdição na contextualização sobre a criminalização desta se ampara na definição da proteção da pessoa humana desde a sua formação, e d'outra banda a mulher, responsável pela geração deste.

Assim, vê-se refutada a ideia da moralidade ao tempo em que surgem questionamentos sobre a utilização do uso de princípios morais e éticos sociais para se sustentar a interferência do Estado sobre a decisão da mulher quanto a concepção da vida.

Vale ressaltar que não só uma questão moral ou ética o aborto deve ser tratado sobretudo como uma questão de saúde pública, vez que, a criminalização deste como expõe pesquisas realizadas nos últimos anos não impede que se acometa por vias clandestinas, abrindo precedentes para argumentações favoráveis a descriminalização do aborto ao se servirem destas estatísticas como forma de evidenciar que a mulher ao não ter respaldo Estatal, convicta de sua vontade irá infringir as regras impostas por este e consoma-las através de métodos inseguros, os quais acarretam complicações onde muitas chegam a perder a vida em decorrência desses procedimentos, a exemplo do uso de Misoprostol medicação cuja venda é vetada por causar a indução do abortamento.

Veremos inicialmente a trajetória história do aborto, meios e procedimentos, bem como uma breve passagem elencando as modalidades de aborto que já possuem legalização, tendo por objeto principal, o estudo do HC 126.306 sendo esta uma questão geradora de controvérsias e fonte desencadeadora de precedente. Para tanto, há a utilização de pesquisa bibliográfica realizada a partir de Teses, Banco de dados Periódicos Capes, Doutrinas, Jurisprudências e do Google Acadêmico.

1 – O TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO NO BRASIL

Aborto, palavra de origem latina utilizada na definição do ocasionamento de interrupção da gravidez que se subdivide em involuntária, qual decorre de doenças genéticas ou patológicas e a induzida que dentre os vários métodos utilizados, destaca-se a utilização de medicação tais como o misoprostol comumente chamado de Cytotec, o qual tem sua utilização nos procedimentos em casos das hipóteses de abortamento legal no País, este atua de forma a forçar a interrupção do processo gestacional, algumas definições apontadas por Gerardo Humberto Alves da Silva Junior:

A palavra aborto origina-se da palavra latina aboriri, que, segundo Fabricio Zamproogria Matielo, significa “separar do lugar adequado”. Ary Azevedo Franco afirma que a palavra origina-se do termo latino abortus, proveniente do verbo aboriri, que significa “morrer, fenecer, perecer”. Já no sentido etimológico, segundo José Frederico Marques, o aborto significa privação do nascimento: ab, privação; ortus, nascimento. (SILVA JUNIOR, s/ed., p. 13)

A legislação brasileira ampara o aborto de forma legal quando este precede de uma das três hipóteses a seguir: nos casos de estupro também chamado de “aborto sentimental”, ou em casos em que a grávida apresenta risco eminente a vida materna, estes encontram-se previstos no artigo 128, incisos I e II do Decreto-Lei nº 2.848/1940; disciplina in verbis:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL: 1940).

E em casos de anencefalia, esta exceção obteve a sua legalização em 2012 através da ADPF nº 54, ação proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS).

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. (BRASILIA. ADPF nº54, Relator: Ministro Marco Aurélio). Plenário, 12.04.2012. - Acórdão, DJ 30.04.2013.

Isto posto, tem-se aqui por objetivo central trazer o confronto não dos tipos de abortamentos específicos cujo respaldo legal já se encontra em nossa legislação vigente, mas sim daqueles que são criminalizados, para tal faz-se necessário observamos que a tutela jurisdicional se dá a pessoa humana desde a sua formação, onde Damásio de Jesus em suas palavras conceitua:

O legislador protege a pessoa humana desde sua formação. Assim, a tutela penal ocorre antes mesmo do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto. (JESUS, 32ªed.,2012, p.45)

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969 ratificada no Brasil em 25 de setembro de 1992, preceitua a proteção a vida:

Art. 4º - Direito à vida

I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, Capítulo II)

Logo, cabe ao Estado resguardar tal direito, o qual efetiva-se através da Constituição Federal de 88 em seu artigo 5º ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida:

Art. 5º - 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 a vida**, a liberdade, a igualdade, a segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL: 1988, grifo nosso)

Por conseguinte, encontramos a tutela no âmbito penal disposta nos artigos 124 e 126 do novo Código Penal, (Decreto-Lei nº 2.848/1940) disciplina in verbis:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. (BRASIL: 1940).

Nota-se em torno deste ocorrências de assembleias, manifestações, debates. O que podemos considerar a partir de registros históricos é que, isto não é caso isolado no âmbito histórico social de nosso País, os acontecimentos recentes são frutos de conflitos de ideias que

perduram ao decorrer dos anos, sendo este assunto difícil de se tratar por ser em sua essência definido como um tabu social, além da fragilidade daquilo que é colocado em pauta ao se tratar deste, que é a vida humana além de sobretudo a forte influência religiosa que há em seu entorno, assim Gerardo Humberto Alves da Silva Junior relata em sua obra:

Indiscutivelmente, a questão do aborto tem no cristianismo seu marco principal, pois, por meio de sua doutrina, valoriza o aspecto moral e religioso da questão, influenciando, até hoje, as diversas legislações mundiais.

Assim, pode-se falar em aborto antes do advento do cristianismo, e após ele. (SILVA JUNIOR, s/ed., p. 22)

Ainda que ante a fragilidade denota-se que em nossa sociedade atualmente encontramos diversas frentes sociais que apresentam posicionamentos firmados e veemente defendidos de forma consideravelmente aberta em relação as discussões que se desenrolam em torno desta temática.

2. OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS AO ABORTO

Trataremos em dois tópicos alguns dos argumentos que demonstram os posicionamentos contrários e favoráveis ao aborto, considerando para tanto que ao adentrarmos na questão da legalização do aborto, se faz necessário a realização de tais apontamentos, uma vez que estes são geradores de conflito, assim, realizaremos a colocação destas considerando os fundamentos jurisdicionais que se apresentam, os quais são de suma relevância no presente estudo, relevância esta que se encontra atrelada ao fato do conflito social moral e ético existente.

2.1. ARGUMENTAÇÕES FAVORÁVEIS

Dentre as argumentações favoráveis à descriminalização do aborto induzidos ou consentidos pela gestante, que atualmente são tipificados pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, encontramos considerações à violação de diversos direitos fundamentais, dentre eles a dignidade, a liberdade e a igualdade.

Denota-se nesta mesma linha que o Ministro Barroso traz algumas ponderações acerca do respeito à autonomia e o direito à privacidade, ao fazer colocações na busca pela defesa da autodeterminação da mulher na interrupção voluntária da gravidez:

A autonomia expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo. (BARROSO, 2010, p.17)

Reafirma este posicionamento (BARROSO, 2016, p.101)

No que diz respeito à autonomia, é importante refletir sobre o papel que a autodeterminação desempenha no contexto do aborto. Os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito das suas próprias vidas. O direito à privacidade, conforme definido pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nas decisões sobre aborto, tem sido descrito como “o princípio que exige tolerância pública para uma escolha autônoma e autorreferencial.” (BARROSO, 2016, p. 101)

Sobre estas colocações, seja da autonomia ou dos direitos à privacidade que em tese são retirados da mulher, há da mesma forma a busca feita pelos defensores da legalização do aborto

à preservação da dignidade humana, onde apontam que na ocorrência da imputação exercida pelo Estado através de seu poder jurisdicional coercitivo, a mulher é privada das premissas que revestem a pessoa humana, qual seja, detém como uma de suas expressões a integridade física e psicológica. Dito de outra forma, está intrinsecamente colocado que a mulher tem como essência jurídica a garantia da sua segurança física, formal, o que pode diferenciar na prática do dia a dia, haja vista que pelo país afora muitas mulheres, principalmente as mais pobres e em regiões periféricas, estarem sujeitas a procedimentos que colocam em risco essa segurança, como bem expõe o Portal Conjur (2017), acerca da discussão sobre a ADPF 442,

Por exemplo, a interrupção da gravidez é algo feito por muitas mulheres, mas apenas as mais pobres sofrem os efeitos dessa prática, pois se submetem a procedimentos duvidosos em locais sem a infraestrutura necessária, o que resulta em amputações e mortes. (CONJUR, Direito Reprodutivo. São Paulo, 2017)

Se bem que, cabe ressaltar, a decisão da mulher seguir em frente com uma gravidez em que ela absolutamente não deseja prosseguir, mas que o Estado impõe através de seu poder de coagir, há, antes de mais nada, todo o peso moral que vem da própria sociedade e suas instituições seculares, a condenar previamente sem sequer levar em conta a mulher como ente capaz de tomar uma decisão racional em relação à própria vida. Até porque na atualidade a gravidez, principalmente quando não desejada, está ligada à capacidade econômica para garantir a sobrevivência com dignidade do nascituro e a si própria.

O Ministro Roberto Barroso fez uma enfática defesa da autodeterminação das mulheres no sentido de que esta seja a senhora de seu destino, à liberdade de tomar as decisões mais importantes na vida que, entre tantas que ao longo da história humana foi capaz de enfrentar, também está à altura de decidir se uma gravidez à qual não esteja de acordo, com desejo, ou por outros motivos que vem do seu íntimo humano, esteja amparada não apenas pela Lei, mas também pela própria sociedade.

2.2. ARGUMENTAÇÕES CONTRÁRIAS

Passando para os posicionamentos contrários, encontramos premissas expressas na ideia de que a vida intrauterina ocorre desde a concepção, de modo contrário ao que vesse naqueles favoráveis ao tempo em que as considerações são pautadas em torno do direito à vida após aproximadamente os três primeiros meses da gestação.

Destarte, como visto em capítulo anterior, este zelo pela vida desde a sua concepção não decorre tão somente de pensamentos soltos, ao tempo em que encontra seu amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Rose da Costa Rica) o qual preceitua no artigo 4º, I, o respeito à vida desde a sua concepção, conforme visto em capítulo anterior do presente estudo.

Ao rever conceitos criminalistas vemo-nos que ao realizar classificações dos conceitos de “morte” demonstrando os sujeitos passivos desta Nucci (2017, Pág. 442) reassegura a sustentação do tratamento do aborto, fazendo ponderações de existência da vida ainda que intrauterina.

Além disso, não se deve aceitar que a vida principia no início do parto, pois o aborto, que protege o ser em gestação, também é delito contra a vida. O que se deve sustentar é que há vida intrauterina e extrauterina. Esta última é o objeto de proteção do homicídio, enquanto a outra fica no campo do aborto (NUCCI, 2017, 17ª ed. p. 442)

Contrariamente ao aborto, ainda que não seja o objeto deste trabalho, há a posição das instituições eclesiais, que historicamente sempre foram contra o aborto e que também sempre foram ligadas às camadas conservadoras da sociedade. É ignorado qualquer discussão

que não seja a ideia de que a vida começa desde o momento de sua concepção, atitude à qual posicionamentos tidos como “liberais”, como o próprio HC 124.306/RJ, encontrou forte resistências nesses setores da sociedade brasileira, com forte influência inclusive no judiciário e no Congresso Nacional. Destarte, parece não haver, ao menos neste momento histórico, qualquer possibilidade da sociedade conciliar a visão jurídica pela liberdade da mulher em ver assegurado seu direito sobre o próprio corpo frente àqueles que entendem ser a criação uma vontade que está ligada ao plano metafísico.

3. HABEAS CORPUS 124.306

No ano 2016 fora impetrado o HC 124.306 proveniente do Estado do Rio de Janeiro em face do acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não reconheceu o HC 290.341/RJ, com pedido de concessão de medida cautelar, sobre a prisão em flagrante pela suposta prática dos crimes nos artigos 126 e 288 do Código Penal de pacientes que mantinham clínica de aborto.

Em trâmite perante o STF, na data de 29 de novembro de 2016 fora julgado pela Primeira Turma do STF, onde o Excelentíssimo Ministro Relator Marco Aurélio Barroso concedeu de ofício, reconhecendo a admissibilidade do habeas corpus ao entender pela inconstitucionalidade do crime de aborto voluntário descritos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, isto quando efetivado no primeiro trimestre da gestação.

Cancelando a decretação da prisão preventiva, considerando a não demonstração dos requisitos da custódia cautelar, previstos no artigo 312 do Código Penal, e segundo em voto vista entendendo pela violação dos direitos fundamentais das mulheres e autonomia da mulher como núcleo integrante da liberdade individual, o reconhecimento dos direitos sexuais e de reprodução da mulher, violação à igualdade de gênero, a discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres, bem como servindo-se do princípio da proporcionalidade, com aplicação da ponderação alexyana.

Com o deferimento da ordem de ofício, realizada pelo ministro votante abriu-se precedentes de modo a fortificar de certa forma os movimentos sociais que buscam a descriminalização ocasionando uma relativização do respaldo jurisdicional que reveste o direito sobre a vida e a dignidade da pessoa humana no que tange a autonomia da mulher, explicitado pelo ministro:

24. A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art, 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

Aduzindo a dignidade humana como ponto central, assim, com base no pensamento Kantiano, busca evidenciar o valor atribuído a cada indivíduo, isto André de Carvalho Ramos da mesma forma utiliza em seu posicionamento ao tratar da presunção sobre a concepção da dignidade humana.

Para Kant, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço. (RAMOS,2018, p.78).

Sendo o livre arbítrio um meio de liberdade, não podendo ser atrelado a leis.

Barroso ainda posiciona-se ao fim da sessão 24. de seu voto, trazendo a ideia de que não cabe ao Estado interferir, sobre a autonomia e a autodeterminação da pessoa:

Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço o Estado e a sociedade não têm direito de interferir. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

Temos então com o precedente que em tese gerou-se sobre a repercussão do HC 124.306/RJ, um caso concreto a ser utilizado neste ponto como forma exemplificativa, uma vez que posteriormente ao proferimento da decisão aqui analisada, no ano de 2017 fora ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ao tratar da conceitualização no qual alega-se que criminalizar aborto seja ele provocado pela gestante ou com sua autorização, fere os princípios e garantias fundamentais preceituados na Constituição Federal, assim o PSOL se posiciona, transcreve-se:

Penal. Criminalização do aborto. Pedido de declaração da não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição de 1988 para excluir do âmbito de incidência desses dispositivos legais a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas. Alegada violação aos artigos 1º, incisos I e II; 3º, inciso IV; 5º, caput e incisos I e II; 6º, caput; 196; e 226, § 7º, da Constituição da República. (BRASILIA, Partido Socialismo e Liberdade: ADPF 442. Relatora: Ministra Rosa Weber, 2017)

Observa-se no HC 124.306/RJ que ao suscitar em seu voto que na hipótese da interrupção da gestação ainda no primeiro trimestre, não há caracterização dos crimes descritos nos artigos 124 e 126 do Código Penal, encontramos uma variável aplicada sobre entendimentos relacionados à quando se tem vida de fato através de sua prática interpretativa, uma vez que a Constituição em seu artigo 5º aborda a inviolabilidade do direito a vida, sem definir para tanto o momento certo de seu início.

Contudo, este ponto gera certa insegurança jurídica pois aqui a conduta descriminalizada resta-se embasada em princípios constitucionais.

Destacando em sequência a necessidade de prevenção a esta prática, ao afirmar:

Antes de avançar, porém, cumpre estabelecer uma premissa importante para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

Abordando posteriormente a importância de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado junto a sociedade, para que haja por conseguinte redução dos números de abortamento o ministro:

Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

No caso da ADPF 442 utilizada nesta, como fonte exemplificativa da repercussão que de certo modo se perzeu em torno do HC 124.306/RJ, verificamos uma nota técnica emitida sobre a ADPF 442, o Ministério da Saúde se posicionou dizendo.

As evidências apontam que a ilegalidade da interrupção voluntária da gestação não impede sua prática pelas mulheres, no entanto, afeta drasticamente o acesso das mesmas a um procedimento em condições seguras [8], impondo maior risco de complicações e de morte materna evitável, em contexto de grande desigualdade social. (Ministério da Saúde: 2018, p.17).

Este posicionamento sustentado pelo Ministério da Saúde parte dos números que demonstram que ao não terem meios alternativos para o abortamento seguro, as mulheres então partem na busca de métodos clandestinos.

No HC 124.306/RJ ao se tecer tais considerações acerca da questão do aborto, e a necessidade da presença do Estado na fomentação de políticas públicas adequadas é possível verificar um afastamento do indivíduo, uma vez que há separação na conduta realizada e aquela que deveria se buscar, sendo estes o controle que o Estado exerce sobre o corpo da mulher ao impor a esta o manutenção de uma gravidez indesejada, e a necessidade de se fazer presente nas políticas públicas de forma a conscientizar e respaldar as mulheres que desejam a gravidez, vê-se que da mesma forma através da ideia da mulher dotada de suas liberdades.

Da mesma forma como cita a violação a autonomia da mulher pode-se dizer que esta linha de raciocínio encontra-se presente em pensamentos fortalecidos ao decorrer dos tempos através de movimentos feministas na luta pelo direito ao corpo, assim encontramos trechos que trazem esta reflexão extraídos da revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCR:

[...] a questão da dignidade pessoal e da identidade ligadas ao controle do próprio corpo foi largamente utilizada pelas feministas para defender o direito ao aborto”. (Direitos Fundamentais e Justiça, 2013, p. 183).

Trazendo a questão da integridade física e psíquica, as quais são atingidas ante a imposição da continuidade de uma gestação em que se tem alterações corporais, assim, não há à observação do respeito estatal em relação à vontade privada do indivíduo:

O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

A proporcionalidade indicada por Barroso, possui uma clara estruturação nos pensamentos de Alexy, ao ponto em que o mesmo a evidência em seu referencial demonstrando a organização dos subprincípios na seção 18 de seu voto:

[...] a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) o da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, [...] (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

Contudo o Ministro ao tratar da proporcionalidade para resguardar a razoabilidade ainda na seção 18 de seu voto, há verificada certa incongruência de pensamentos uma vez que estes não são tratados por Robert Alexy em sua teoria e por outros autores como formas equivalentes.

Ao fim o ilustríssimo Ministro traz ponderações sobre a afetação dos direitos fundamentais da mulher, ser uma forma de um meio correspondente a discriminação social, uma vez que esta vem a afetar de modo considerável as mulheres em situação de desfavorecimento social, ao tempo em que estas encontram-se em total desamparo, submetidas a clínicas clandestinas sem segurança a sua integridade física:

Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito. (Rio de Janeiro, STF, HC: 126.306. Relator: Ministro Luís Roberto, 2016)

Demonstrado no HC 124.306/RJ, que há presente uma forma legal de interrupção voluntária da gravidez e ainda que na presente ação seja verificado respaldo em nosso ordenamento jurídico, tal direito ainda reflete-se sobre a mulher como forma discriminatória no âmbito social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi debatido neste trabalho, se percebe que a decisão do HC de nº 124.306/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, teve um impacto sem precedentes na história jurídica do Brasil, por ter colocado a dignidade da mulher num patamar jamais visto. Qual seja, a de sua autodeterminação em relação ao seu próprio corpo, em poder decidir se deseja ou não que uma gravidez, seja ela desejada ou não, ocorra. Tem-se como obstáculo o ato de identificar e determinar um consenso básico social sobre a temática do aborto, que ao longo de séculos sempre foi um tabu social, onde consideram-se o surgimento da vida desde o momento da concepção.

Ao ver tão importante decisão que muda radicalmente a forma como passa a ser enfrentada, ainda mais se considerar que no país as mulheres estão sujeitas às mais variadas formas de desrespeito e violência em relação à sua saúde física e psíquica, tal entendimento passa a ser um divisor de águas. Sendo a decisão proferida um precedente, que vem a abrir novas discussões em torno da temática do aborto, o país se encaminha para um enfrentamento à ideia de criminalização das mulheres que optam pelo aborto. Deve-se levar em conta que a prática sempre existiu de forma clandestina, e essa decisão abre caminhos dando forças à legalização do aborto, que ainda deve enfrentar a ira de importantes camadas da sociedade, que não cogitam em ver tal medida regularizada.

Contudo, é imprescindível considerar que a criminalização não evita que este venha a ocorrer, logo, cabe ao Estado formular medidas públicas e de conscientização sexual buscando a preservação da dignidade da pessoa humana estabelecidas na Carta Magna. Importante considerar que este é um caminho longo a se percorrer, e por tal motivo se faz necessário que se inicie desde já. Daí que a decisão aqui estudada colocou o aborto sob uma perspectiva que vai ao encontro do avanço civilizatório, da evolução da sociedade a superar seus preconceitos e credences, para assegurar aquilo que a humanidade sempre prezou, a liberdade em decidir os rumos da sua existência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Interrupção Voluntária de Gestação e Impacto na Saúde da Mulher. Nota Técnica [...]. 27p. Extraído de: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/312d26ded56d74e21deec42b8cf612e8.pdf> Acesso em 23 de Março de 2019.

BRASIL. Vademecum Penal. Organização de MORAES, Geovane de Moraes. São Paulo: Rideel, 2019. 1.328p.

BRASIL. LEI N o 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Poder Executivo, Brasília, DF, Capítulo I. Extraído de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em 05 de Outubro de 2019.

CONVENÇÃO Internacional dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose), de 1969. Extraído de <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 24 de Agosto de 2019.

JESUS, Damásio. Direito Penal: Parte Especial / Damásio de Jesus. – 32.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. 555p.

BRASILIA, PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, ADPF n° 442 Extraído de: https://apublica.org/wp-content/uploads/2018/08/adpf_442_-_federal_-_codigo_penal_-_aborto_-_legislador_positivo_-_direito_comparado_-_ausencia_direito_fundamental_ao_aborto_vf__1_.pdf Acesso em 23 de Março de 2019.

BRASILIA, CNTS, ADPF n° 54 Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54> Acesso em 06 de Abril de 2019.

RIO DE JANEIRO, STF, HC 126.306 Extraído de: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> Acesso em 24 de Agosto de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Conceituação de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. 2010. Extraído de: luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

PETTERLE, Selma Rodrigues. O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira / Selma Rodrigues Perttele. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 192p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico / Antônio Joaquim Severino. – São Paulo: Cortez, 2016. 317p.

PONTIFICA UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE DO SUL. Direitos fundamentais & Justiça. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado – Ano 7 – N° 24. – Porto Alegre: HS, 2013

SILVA JUNIOR, Humberto Gerardo Alves da. Aborto: Conceito, História, Evolução, Direito Comparado, Atualidades. S/Ed. – São Paulo.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. Da proporcionalidade à razoabilidade: entre a técnica e o princípio: Brasil: 2015. 187p.

PERCINOTO, Kátia Tavares, PERCINOTO, Glória Márcia. Criminalização do Aborto não Impede

Que Ele Seja Feito Márcia https://www.conjur.com.br/2008-jan-20/criminalizacao_aborto_ao_impede_ele_seja_feito Acesso em 09 de Outubro de 2019

CONJUR. Rosa Weber Adota Rito Abreviado em Ação Que Discute Aborto Até 3º Mês de Gravidez. Extraído de <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/rosa-weber-adota-rito-abreviado-acao-aborto-mes> Acesso em 13 de Outubro de 2019.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O Aborto e Sua Antijuricidade. – S/Ed.– São Paulo. Editora LEJUS, 1997. 199 p.

FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. O Drama do Aborto: Em Busca de Um Consenso. – S/Ed.– Campinas. Editora Komedi, 2004. 304 p.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. – 8ª ed. – São Paulo. Editora Atlas, 2007, 335 p.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. – 2ª ed. – Brasília. Editora Brasília Jurídica, 2000. 224 p.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. – 4ª ed. – São Paulo. Editora Atlas, 2002. 320 p.