ISSN: 2594-6153

A Bioética como Elemento Influenciador na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF nº 442.

Júlio César Lellis, Renato Braz Mehanna Khamis

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil – Mestrado em Direito da Saúde
E-mail: lellis@lellis.adv.br

Resumo: O presente estudo objetiva abordar, na ADPF nº 442, a recepção constitucional da criminalização do aborto, sobre a discussão do direito à autonomia de vontade da mulher interromper a gravidez, consagrado no princípio à dignidade humana, em contraposição a intervenção necessária do Estado de garantir à vida a luz de um ordenamento jurídico adequado. A partir da revisão das hipóteses bibliográficas sobre o tema de discussão, analisando a legislação e artigos científicos disponíveis em plataformas da internet, tem-se que a liberalidade sobre o aborto é respeitada pelo próprio sistema penal como exceção. No entanto, a bioética, considerando todas as influências dos valores sócio-histórico-culturais, é o que leva à reflexão para o adequado julgamento da manutenção ou não do crime de aborto.

Palavras-chave: ADPF nº 442, aborto, autonomia de vontade, intervenção do Estado, bioética

Bioethics As An Influencer Element In The Claim Of Non-Compliance With A Fundamental Precede -Adpf nº 442.

Abstract: The present study aims to address, in ADPF nº 442, the constitutional reception of the criminalization of abortion, on the discussion of the woman's right to autonomy of will to terminate the pregnancy, enshrined in principle to human dignity, as opposed to the necessary intervention of the State to guarantee to life in the light of an adequate legal system. From the review of bibliographical hypotheses on the topic of discussion, analyzing the legislation and scientific articles available on internet platforms, it is clear that liberality regarding abortion is respected by the criminal system itself as an exception. However, bioethics, considering all the influences of socio-historical-cultural values, is what leads to reflection for the appropriate judgment of whether or not to maintain the crime of abortion.

Keywords: ADPF nº 442, abortion, autonomy of will, State intervention, bioethics

Introdução.

Trata-se a temática da análise da ADPF nº 442, que é uma ação de natureza constitucional[1] proposta no ano de 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) perante o Supremo Tribunal Federal com a finalidade para que este declare, no mérito, com eficácia geral e efeito vinculante, a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal[2], sob o

[1] Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista na Constituição Federal brasileira (§1º, art. 102, CF/88)
[2] CP: Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (...) Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos..

ISSN: 2594-6153

fundamento desta incriminação ser incompatíveis com [3]os princípios e objetivos da Constituição Federal[4]. Os precedentes do STF, com relação à ADPF nº 54 e os H-Cs[5] decidiu ser pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto desde comprovadamente portador de anencefalia e esta malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado, reconhecendo-se à gestante o direito de se submeter a tal procedimento sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou de permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado. O problema é que se busca através da ADPF nº 442 descriminalizar o aborto sob o fundamento de inadequação dos dispositivos penais que o previnem, em regra, como crime quando praticado pela gestante ou por terceiro; fato abstrato, este, que à época que foi introduzido pelo Estado na Legislação penal, ainda não existiam os princípios constitucionais que, hoje em dia, asseguram o direito à autonomia da mulher de interromper o ciclo da vida intrauterina, tais quais o da dignidade da pessoa humana, liberdade, planejamento familiar, integridade física e moral, igualdade. Ocorre que na mesma ADPF nº 442 intervieram vários outros interessados em debater, como *amici curiae*, a favor e contra a descriminalização do aborto sob os mesmos fundamentos antagonicamente sob as mais variáveis interpretações sobre os valores que informam o mundo da ética adequadas as peculiaridades de cada grupo legitimado. Verifica-se, portanto, a heterogenia a respeito da autonomia da interrupção da vida intrauterina pela vontade deliberada da mulher, ora por convicções morais, religiosas, éticas e jurídicas, observando-se a discussão também proposta no que tange à vontade do homem no planejamento familiar e o risco do aborto se tornar um negócio econômico. É de se concluir por um equilíbrio entre a intervenção necessária do Estado, através de controle prévio de norma discriminadora sobre o aborto, sem ofender a dignidade da mulher e de terceiros em situações excepcionais previstas na própria parte geral do código penal, para considerar as causas excludentes e dirimentes, diante do caso em concreto, que levou a mulher tomar a decisão de abortar de sorte que o Estado não ficará alheio de repor ao status quo as condições sociais, físicas e psicológicas da mulher que provocou o aborto. Contudo, através da bioética, evidencia-se uma complexidade intrínseca de valores

[3] Constituição Federal/88 (art. 1º, incisos I e II; art. 3º , inciso IV; art. 5º , caput e incisos I, III; art. 6º , caput; art. 196; art. 226, § 7º)

[4]Direitos e garantias à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e o planejamento familiar os quais asseguram a autonomia reprodutiva às mulheres para que possam interromper a gestação através de procedimento realizado pelos profissionais de saúde sem necessidade de permissão específica do Estado.

[5] Habeas Corpus nº 84.025, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 3.510, na ADPF nº 54 e no Habeas Corpus nº 124.306

ISSN: 2594-6153

éticos, morais e legais. Ao confrontar-se o dilema da autonomia reprodutiva da mulher com a intervenção estatal, é necessário ponderar profundamente sobre o significado e a importância da vida, da dignidade humana e dos direitos individuais. A questão da criminalização ou descriminalização do aborto não se restringe a um mero aspecto legal, pois reflete a evolução dos histórico-cultural dos valores sociais em determinado tempo e espaço.

Objetivos.

O presente estudo se propõe, através do conceito de bioética, fazer a análise crítica da ADPF 442 no que tange ao enfretamento do tema da descriminalização do aborto por ofensa aos princípios constitucionais que asseguram a autonomia reprodutiva da mulher.

Material e Métodos.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi o da revisão das hipóteses bibliográficas sobre o tema e o material de pesquisa foi a própria ADPF nº 442, bibliografias em artigos científicos disponíveis em bases de dados nas principais plataformas da internet *(Scielo, Capes, Google acadêmico),* assim como também a análise de legislação, jurisprudências e doutrinas sobre a relação e influência da bioética com o direito.

Desenvolvimento.

A bioética é *"o ramo da ética que possui como objeto a identificação dos princípios que regem as normas de conduta existentes em determinada sociedade, num dado contexto histórico, aplicáveis aos problemas morais (ética) relacionados à intervenção humana na vida dos organismos vivos, seja ela própria ou de terceiros e, no último caso, da mesma ou de outra espécie (bio)" (Prf. Renato Braz Mehanna Khamis)*[6]*"* [1]. A ADPF 442 questiona qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto em um contexto feminino, pois os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade, planejamento familiar, integridade física e moral, igualdade etc revelam-se para sustentar o direito da mulher à autonomia reprodutiva, sendo a vítima pela perseverança da vida neonatal indesejada, o que justifica caber a ela a tomada de decisão sem ingerência alguma, podendo ser auxiliada no procedimento. Nessa mesma linha, convergem outros grupos idealista, como se pode abstrair nos argumentos de habilitação de *amici curiae* da NUDEM[7]. No entanto, a

[6] Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília (2012/atual). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu, Mestrado em Direito à Saúde, da Universidade Santa Cecília (2016/atual).

[7] Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (ADPF 442, Pedido de ingresso como amicus curiae - 010 ("...realizar o aborto, interromper uma gravidez, é um direito constitucional, decorrente do direito à autonomia, de decidir livremente sobre os rumos de sua própria vida, donde se desdobram os direitos à

ISSN: 2594-6153

autonomia reprodutiva pressupõe, primeiramente, a existência de uma vida (ser vivo), cujas implicações de se levar adiante a gestação ou interrompê-la também pode se levar em consideração a participação do homem, importante no processo reprodutivo sem o qual impossível a fecundação e sujeito de direito quanto ao planejamento familiar pouco consultado sobre a vontade de interrupção da gravidez, cabendo, vale repassar, a mesma deferência, a ele, os princípios da dignidade, liberdade, igualdade, cidadania, planejamento familiar etc., do que se pode aferir do princípio da dignidade da paternidade expresso no § 7º do parágrafo único do artigo 226.[8] [14]. Quanto ao questionamento proposto pela ADPF 442 de ser inconstitucional a ingerência do Estado na autonomia reprodutiva da mulher, cabe ao Estado [12] a tomada de decisão em nome do princípio fundamental da cidadania, assegurando o equilibro de valores no sistema da ordem Democrática, com legitimidade e velado pela legalidade constitucional para garantir não apenas os princípios fundamentais da República, mas como também assegurar os seus objetivos de construir uma sociedade livre, justa, solidária, promovendo, assim, o bem estar de todos. Quanto ao Código Penal editado em 1940, desde sua edição a vida continua sendo o bem jurídico preponderante de tutela. Daí porque há de se refletir se existe qualquer forma de imposição do Estado a sublevar os princípios fundamentais e direitos individuais que a ADPF 442 questiona, desde a quela época, quanto à manutenção da criminalização dos artigos 124 e 126 do Código Penal (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento) (?) e se por isso, consequentemente, fere-se a dignidade da mulher sob o aspecto da autonomia de vontade e tomada de decisão sobre a reprodução da vida? Não haveria conflito de interesse, também, dos homens na tomada de decisão quanto à autonomia reprodutiva uma vez que ele também faz parte do contexto da concepção e, por isso, tem o direito de decidir sobre o planejamento familiar? A vida, advinda da concepção desejada ou não pelo homem e mulher, é o resultado de uma vontade autônoma e tomada de decisão deliberada, sem nenhuma interferência do Estado; portanto, pode concluir-se que o este não é o causador da origem da vida, mas sim quem vai garantir que a mesma seja desenvolvida em plenas condições de saúde

privacidade e à liberdade. No âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos, a decisão de não ter filhos envolve a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, como forma de preservar a vida, a integridade e saúde psíquicas e físicas. Sendo um direito fundamental, garantido pela Constituição e tratados internacionais de direitos humanos, há o dever correspondente do poder público em oferecer as condições adequadas a sua realização, no âmbito da integralidade do direito à saúde, também constitucional.)

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

ISSN: 2594-6153

- enquanto feto - e depois mantida no mesmo patamar - enquanto adulto; esta é a regra de responsabilidade do Estado Social de Direito. Por isso, os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126 previnem a conduta de se tirar a vida e interrompê-la, independentemente do seu estágio temporal, até porque a proteção à autonomia da vontade quanto à tomada de decisão na reprodução da vida é expressamente garantida na Constituição Federal como um dos direitos individuais alicerçados na liberdade quando existe a previsão de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Por fim, o Código Penal dispõe sobre a aplicabilidade de normas gerais que servem de embasamento no momento em que o julgador decidirá sobre a existência ou não do crime previsto, assim como também a justa medida da pena, que são os casos de excludentes e dirimentes. Nem mesmo nos precedentes jurisdicionais provindos do STF, nos julgamentos do Habeas Corpus nº 84.025, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 3.510, da ADPF nº 54 e do Habeas Corpus nº 124.306, a interrupção da vida intrauterina deixou de ser considerada um fato crime, mas a interpretação que se deu ao caso concreto diante das provas, excepcionam a regra e autorizam a descontinuidade da gestação, sem, contudo, retirar a tutela do bem-jurídica vida envolvido desde a concepção.

Considerações finais.

Certamente no julgamento da ADPF nº 442, a bioética será para os Ministros do Supremo Tribunal Federal o pêndulo da balança onde se discutem, em cada lados opostos, os valores éticos, conforme os interesses de cada grupo social dada a sua agregação político-partidária, ou tão-somente suas concepções autodeterminantes a respeito de moral, sem, contudo, deixar de considerar salutar embate, cuja solução não determinará o que é o certo ou o errado, bem ou mal, mas como dizia Bernard Shaw (citado por Carlos Antônio Mascia Gottschall[9]): *"talvez o objetivo final seja saber tudo sobre nada. Nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente viável. Bioética representa o caminho multidisciplinar da proteção à vida, necessidade imperiosa para a felicidade. A perspectiva interdisciplinar mais ampla faz ver que existem várias formas de conhecimento, e a explicação da realidade não pode ser alcançada unilateralmente através de um conhecimento eleito como hegemônico. Assim, sabedoria torna-se mais ampliar horizontes do que atingir objetivos" [13].*

Referências

[9] Livre-Docente e Professor-Pleno de Pós-Graduação em Cardiologia. Membro Titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Medicina. Conselheiro Titular do CREMERS

ISSN: 2594-6153

1. Vásquez, A. S. ética. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1992.
2. Torres, W.C. A bioética e a psicologia da saúde: reflexões sobre questões de vida e morte. Psicologia: reflexão e crítica, v. 16, p. 475-482, 2003.
3. Gigante, R. D.; AmaraL, S. T.. Jusnaturalismo e Juspositivismo: uma análise crítica. Intertemas ISSN 1516-8158, v. 14, n. 14, p. 162-184, 2009.
4. Ferreira-Da-Cunha, P.Direito natural e teoria da justiça. Deontologia, terminologia e sistematizaçao. 1999.
5. Mayr, Ernst. Biologia, ciência única. Editora Companhia das Letras, 2005.
6. Silva, J. A. L. Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano. Dissertação de mestrado. Franca: UNESP, 2005.
7. Breviglieri, E.M.B. Bioética E Biodireito: A Definição Jurídica Do Surgimento Da Vida.
8. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. Rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
9. Idem 7.
10. Dallari, D. A. Elementos de teoria geral do Estado. Saraiva, 1985.
11. Breviglieri, E.M.B. Bioética e biodireito: a definição jurídica do surgimento da vida. Revista Linhas Jurídicas, 2009.
12. O Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva*3. Estado social de Direito pag. 18. (Verdu. La lucha por el Estado de Derecho. op. cit. p. 94.) DA SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. Revista de direito administrativo, v. 173, p. 15-24, 1988.
13. Gottschall, C. A. M. Bioética e seus fundamentos. Revista AMRIGS, v. 47, n. 4, p. 300-303, 2003.
14. Paz, H. L. O aborto e a autonomia da vontade da gestante e o direito à vida do nascituro e do embrião. 2019.