

Data da aprovação ____/____/____

ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE VIDA: A LIBERDADE REPRODUTIVA DA MULHER E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Michelly Silva do Nascimento¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro não define o conceito de vida, o que causa inúmeras controvérsias jurídicas relacionadas ao momento em que a vida se inicia, juntamente a este fato a legislação segue a teoria da concepção adotada pelo Código Civil sob influência do Pacto São José da Costa Rica e o próprio Supremo Tribunal Federal já relativiza essa teoria em alguns dos seus julgados. Nesse aspecto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar o efeito prático jurídico causado pela falta de conceituação da própria legislação sobre onde começa a vida e como esse fato influencia na criminalização e banalização dos direitos reprodutivos da mulher, dessa forma, demonstrando que o ordenamento não está cumprindo a sua eficácia social. Para a formulação da presente pesquisa foi utilizado o método dialético, partindo da problemática do tema, com base em dados bibliográficos (doutrina, legislação, jurisprudência).

Palavras – chaves: Vida. Legislação. Concepção

ANALYSIS OF THE CONCEPT OF LIFE: THE REPRODUCTIVE LIBERTY OF WOMEN AND THEIR CONSTITUTIONAL ASPECTS

ABSTRACT

The Brazilian legal system does not define the concept of life, which causes numerous legal controversies related to the moment in which life begins, along with this fact the legislation follows the conception theory adopted by the Civil Code under the influence

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: michelly_nascimento13@hotmail.com

² Professor orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: professorluizpinheiro@gmail.com

of the São José da Costa Rica Pact and the Supreme Federal Court itself has relativized this theory in some of its judgments. In this aspect, the present work has the objective of analyzing the practical legal effect caused by the lack of conceptualization of the legislation itself on where life begins and how this fact influences the criminalization and banalization of women's reproductive rights, thus demonstrating that the is not fulfilling its social effectiveness. For the formulation of the present research the dialectical method was used, starting from the problematic of the subject, based on bibliographical data (doctrine, legislation, jurisprudence).

Keywords: Life. Legislation. Conception.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico cumpre sua função precípua de regular as relações sociais de forma a acompanhar a conjuntura social, uma vez que, o liame entre direito e sociedade é bastante tênue. Nesse aspecto, observou-se que na problemática relacionada ao aborto o ordenamento jurídico em partes é omissos, quando não se posiciona de forma clara a respeito de qual momento considera que a vida começa, o que gera uma ausência de segurança jurídica. Além disso, essa falta de conceituação expressa incita conflitos jurídicos. Ao passo que ao criminalizar fere direitos e garantias expressos na constituição.

O tema levanta muitos questionamentos, em sua maioria com argumentos baseados na moral ou na religião, quando estamos em um Estado que se intitula laico, conforme dispõe o art. 19, CFRB. Contudo a legislação brasileira ratificou os Tratados Internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica, o qual define a vida desde a concepção, porém esse tratado tem natureza supralegal, isto é, está abaixo da constituição e acima das outras leis, porém o Brasil dotado da sua soberania não é obrigado a adotar a teoria da concepção, como em nenhum momento o ordenamento firmou essa definição, muito pelo contrário o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento diverso.

Neste contexto, frisa-se a relevância da hermenêutica constitucional, como forma de interpretar a norma, buscando o seu real sentido através dos métodos

modernos de interpretação da norma constitucional, de forma que retire o real sentido da lei, dentro da ótica social, para que o ordenamento tenha sua eficácia social resguardada. Diante do exposto é salutar ressaltar a importância jurídica da pesquisa, que têm como justificativa demonstrar que por mais que tenha havido uma evolução da lei, esta ainda não compreende a conjuntura social, já que o abortamento seguro ainda é vedado, o que gera uma ineficácia do ordenamento.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar quais os efeitos práticos da não conceituação de quando se começa a vida e como esse fato corrobora para a banalização dos direitos da mulher, uma vez que, a legislação penal considera o aborto um crime contra à vida. Nos objetivos específicos a pesquisa tem o intuito de avaliar até que ponto os Tratados internacionais podem interferir na legislação pátria e como essa interferência se dá na prática. Ademais, objetiva-se analisar se os direitos e garantias constitucionais estão sendo de fato respeitados, visto que, o direito de liberdade e autonomia estão sendo obstruídos pelo legislador. E por fim o trabalho tem por objetivo avaliar como se dará a aplicação da hermenêutica no contexto social.

Para formulação da presente pesquisa foi utilizado o enfoque teórico, alicerçado por coleta de dados bibliográficos (doutrina) cujo tratamento será de cunho qualitativo, buscando a construção de um arcabouço teórico para fundamentar uma compreensão sobre como a legislação pode mudar para legalizar o aborto, mesmo o Brasil, sendo signatário de Pactos Internacionais que influenciam diretamente no ordenamento jurídico e são contrários a essa mudança legal. Dessa forma utilizou-se o método de abordagem dialético, partindo-se da problemática do tema, juntamente com método de procedimento comparativo e o método histórico.

2 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE VIDA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O ordenamento jurídico brasileiro abarca uma série de direitos fundamentais, a maior parte deles elencados no art. 5º da Constituição, dentre todos os direitos assegurados temos o direito à vida. Observa-se que nas constituições passadas como a de 1946 e 1967 que os direitos e garantias fundamentais vinham dispostos respectivamente nos artigos 141 e 150, também tratavam da indisponibilidade do direito à vida, contudo é nítida a diferença com a constituição de 1988, na qual os

direitos e garantias fundamentais são recepcionados logo no seu início, mostrando assim a evolução ao longo da história de como os direitos fundamentais foram ganhando seu merecido destaque. A lei maior em seu texto afirma a indisponibilidade do direito à vida, mas não nos dá a definição de quando começa a vida em si, uma vez que esse direito não é absoluto, esta indefinição gera inúmeros conflitos.

O nosso Código civil em seu artigo 2º estabelece que a vida tem seu início desde a concepção, e que se adquire a personalidade civil com o nascimento com vida. A legislação civilista adotou a teoria concepcionista. Este fato é decorrente do Pacto São José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário e nele no seu artigo 4º temos que “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”. Contudo o próprio Supremo Tribunal Federal já pôs em questão essa teoria concepcionista quando entendeu pela liberação do uso das células embrionárias, que foi a Lei de Biossegurança 11.105/05, nesse aspecto, verifica-se que a Suprema Corte já deu ao entender que não é a concepção o momento inicial para se considerar vida, todavia, não definiu qual o conceito a ser utilizado para este início.

Apesar de termos vários conceitos do que é vida e de quando começa como por exemplo a teoria da Nidação, na qual preleciona que a vida só inicia quando a nidação ocorrer, ou seja, o óvulo se fixar na parede do útero, há também a teoria da fecundação que defende que a partir do momento que óvulo e espermatozoide se unem a vida já teria começado, dentre outras. Contudo, a presente pesquisa segue o entendimento da Teoria da Formação dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central que afirma que a vida só se inicia após o desenvolvimento do tubo neural, o que gera consciência ao feto. Nesse sentido, Martinez conceitua:

Neste momento, a partir do quarto mês de vida intra-uterina é que aparecem os rudimentos do que será o córtex cerebral pelo que somente com a apresentação da chamada linha primitiva ou sulco neural estaríamos frente a um ser vivo. Esta tese reconhece no biólogo Jacques Monod seu principal defensor (MARTINEZ, 1998. p.84)

Então não podemos falar em violações dos direitos humanos quando até a 18ª semana de gestação a mulher quiser realizar o procedimento do aborto, pois, um dos grandes problemas da proibição além da imposição do Estado de violar o direito

da mulher é o fato dessa violação não ter uma justificacão de prote  o de bem jurídico, pois, se até certo período da gesta  o não há vida, não temos que falar em crime, ou seja, não há bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento.

Dessa forma, a proibi  o fere princípios constitucionais de liberdade e autonomia que estão expressos na Constitui  o Federal. O que difere do modelo de ordenamento jurídico adotado na Alemanha, por exemplo, no qual, o aborto    permitido até a décima segunda semana de gesta  o, desde que, a mulher preencha um formulário dizendo o motivo pelo qual quer abortar e passando por uma assistência psicológica. Na América Latina temos o Uruguai, que legalizou o aborto em 2012 permitindo o abortamento desde que, seja vontade da mulher até a décima segunda semana de gesta  o, da mesma forma ocorre na Cidade do México, entre outros países que já não criminalizam a mulher.

A ciência do direito tem que acompanhar a evolu  o da sociedade, a lei não pode ser elaborada com base em questões morais ou religiosas. Uma vez que, vivemos em um Estado que se intitula laico, de acordo com o art. 19, CF, e como não há religião oficial a opinião religiosa não deveria importar na esfera de domínio público, pois há muito tempo o Estado e Igreja já se dissociaram. Um outro ponto    a questão do Direito e da Moral, será que o aborto ainda não foi legalizado por causa do viés moral da sociedade? O fato    que a Moral    inerente ao próprio indivíduo, as suas concep  es sobre o bem comum e o Direito regula as rela  es da sociedade, impondo normas consideradas morais ou até mesmo imorais, o que na Teoria do mínimo   tico    fun  o do direito garantir um mínimo de moral para que a sociedade possa sobreviver. As leis são feitas de maneira que sejam coercitivas, o que independe da moralidade ou imoralidade que nelas constem, e isso afeta significativamente na questão da sua eficácia. Dessa forma na   tica p  s-positivista não    mais concebível que a legisla  o não esteja coadunada com a realidade social.

Neste contexto, Canotilho, (1941, p. 1176), expõe o fato de que: "O sentido histórico, político e jurídico da constitui  o escrita continua hoje válido: a constitui  o    a ordem jurídica fundamental de uma comunidade", isto   , o ponto de partida para regular o meio social.

Sendo assim, a burocracia demandada para realizar mudanças se torna exaustiva, e esse fato se dá pela constitui  o ser classificada como rígida, tendo um procedimento extremamente formal para que seja realizada qualquer tipo de altera  o no texto constitucional, contudo, essa formalidade se dá para resguardar a segurança

jurídica do texto constitucional, o que de fato é importante, porém, acaba travando a mudança na lei penal no que concerne o aborto, visto que não temos um conceito jurídico de quando considerar o momento inicial da vida, atribuição esta que já deveria ter sido sanada pelo legislativo, na sua função precípua de criar ou mudar a lei quando se fizer necessário.

Dessa forma, fica claro, que a burocracia demandada é para resguardar a segurança jurídica, pois de acordo com o princípio da legalidade, expresso na constituição no art. 5º, inciso XXXIX e disposto também no Código Penal no seu art. 1º não há crime sem uma lei anterior que o defina. O princípio da Legalidade se desdobra em reserva legal e na anterioridade da lei penal. No qual, a reserva legal é a lei em sentido estrito, na qual é elaborada pelo legislador, que pode criar ou abolir tipos penais. Já a anterioridade da lei penal é quando só uma lei anterior criada pelo legislativo pode definir que uma conduta seja considerada criminosa.

Todavia, se o legislativo não se posicionar cabe ao jurista diante de casos que ferem direitos constitucionais, se utilizar da hermenêutica constitucional o que segundo Mendes, (2010, p. 155) “é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental”, uma vez que, como não foi definido o conceito de vida, é função do jurista dar sentido a norma observando o caso concreto. Ainda mais, quando se estiver diante de casos que ferem o Direito Constitucional, o posicionamento do jurista assegura a aplicabilidade da norma, ou seja, a sua eficácia, o que segundo Silva, (2014, p. 182) “A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja a norma constitucional tem eficácia plena, não precisa de nenhuma condição para sua aplicação.

Neste diapasão, é nítido o conflito jurídico que a questão do aborto causa no nosso ordenamento, uma vez que, o Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica no qual como já foi citado anteriormente se adota a teoria concepcionista e o Código Penal criminaliza a prática em seus arts. 124 a 126, e a própria corte do Supremo Tribunal Federal, diante de casos concretos como a lei de biossegurança 11.105/05 e da ADPF 54 já relativizou essa teoria da concepção. Nesse aspecto, surge uma celeuma jurídica acerca de quando começa a vida e se continuaremos seguindo a disposição do Pacto São José da Costa Rica.

2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS E A QUESTÃO DA SOBERANIA.

A Convenção Americana de Direitos Humanos realizada em 22 de novembro de 1969 e assinada por 35 países, foi estabelecida depois dos fatídicos ocorridos com a Primeira e Segunda guerra mundial, quando o mundo se deu conta que precisava de um limite, no qual nenhuma nação era superior a outra e dessa forma tentar impedir novos episódios de conflito e manter o equilíbrio mundial. Dessa forma é evidente a importância dos Tratados Internacionais no âmbito mundial, o que segundo Lopes; Lopes, 2016, p.53:

Assim, evidencia-se a importância dessa temática para o Direito Internacional Público: a incorporação dos tratados ao ordenamento interno do Estado soberano. Tal meandro adquire ainda mais relevância quando se trata dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, seja em virtude da imprescindibilidade da eficácia social desses direitos na sociedade internacional e na ambiência interna dos Estados, seja em face das peculiaridades que envolvem tal incorporação em sede jurisprudencial (...)

Os Tratados Internacionais são uma forma de cooperação entre os Estados, estabelecendo regras, limites comuns a todos os países envolvidos, nesse momento cada país cede um pouco da sua soberania em prol da cooperação entre os Estados na comunidade internacional, de acordo com o texto: Soberania e Tratados Internacionais, (NETO, 2013).

Contudo, a soberania é inerente aos Estados e quando se assina e ratifica um Tratado é com a intenção de seguir o que foi estabelecido no pacto, dessa forma no Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 4º estabeleceu que a vida se inicia desde a concepção, porém, na legislação brasileira não há o conceito expresso do que é vida, mas sabe-se que ela termina quando não há mais atividade cerebral, portanto por consequência lógica até a décima oitava semana de gestação não há formação do tubo neural, ou seja, não havendo atividade cerebral, portanto não há de se falar em vida, mas apesar de ser uma consequência lógica a própria ciência já determinou esse fato.

Então, se o aborto for legalizado até a 18ª semana de gestação não estaríamos contrapondo o conceito de vida estabelecido pelo Pacto de São José da Costa Rica,

ratificado pelo Brasil, uma vez que não há vida. Ocorre que mesmo que a legislação brasileira quisesse legalizar o aborto até a 18ª semana por exemplo, onde pela ciência não teríamos um feto com vida, pela ausência da formação do tubo neural, haveria o descumprimento de um Pacto Internacional ratificado.

Entretanto, por mais que aja uma Convenção ratificada, deve se observar a conjuntura interna do país, pois o que foi acordado na comunidade internacional não mais se coaduna com a realidade social do Brasil, visto que, o aborto é considerado crime, estamos alinhados com o pacto internacional, mas o que ocorre diariamente é o procedimento do aborto, não sendo eficaz a legislação posta nem o acordo ratificado para o panorama interno do país.

Vale salientar, que o presente trabalho não nega a imensa importância dos Tratados Internacionais, contudo quando estes se chocam com a Constituição Federal há o dever de descumpri-los, visto que, a Constituição é a base para todas as outras normas, já que as leis infraconstitucionais tem que estar de acordo com o que dispõe a lei maior. Nesse sentido é salutar ressaltar que os Tratados Internacionais ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/04 tem natureza suprallegal, ou seja, não é norma constitucional, mas está acima das leis ordinárias. Já que para ter o status de norma constitucional tem que ser aprovada no Congresso Nacional.

Nesse sentido, entende Dallari que a soberania é:

O poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito. Como fica evidente, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado para fins jurídicos. Partindo do pressuposto de que todos os atos dos Estados são passíveis de enquadramento jurídico, têm-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma (2014, p. 86).

Desta forma, a soberania não é o poder ilimitado do Estado para tomar as decisões como lhe convier sem observar os direitos e garantias fundamentais.

O Estado por mais que mantenha a ordem social e intervenha na vida particular dos cidadãos não pode ferir seus direitos assegurados pela Constituição Federal que traz o princípio democrático, constituindo assim o Estado Democrático de Direito, no qual, o poder originário emana do povo, que por meio da democracia elege seus representantes. Contudo, é salutar ressaltar que esse poder originário que é de titularidade do povo não se dá de forma ilimitada. A soberania popular lhes confere o

direito e dever de participar do processo de formação das leis ou de requerer mudanças por meio de instrumentos como ação popular, plesbicito e referendo.

2.2 EFICÁCIA SOCIAL DAS LEIS VIGENTES.

A constituição como Lei maior é fundamento para a formação de todas as outras leis, o que de acordo com Canotilho, (2003, p. 92) [...] a Constituição, em razão de suas características e objetivos, acha-se num grau hierárquico supremo face a todas as demais normas jurídicas que compõem um dado ordenamento jurídico.

Nesse sentido, as leis devem estar de acordo com os preceitos constitucionais, dessa forma, não podemos ter uma lei infraconstitucional com preceito contrário ao que estabelece a constituição federal.

As sociedades vão ao longo do tempo evoluindo e passando por inúmeras mudanças. O que, gera a formação de novos conflitos jurídicos, o que de acordo com a Teoria Tridimensional de Reale, (2002, p. 114) é a formação de um fato novo que surgiu na sociedade, e a partir desse fato se verifica o valor que vai ser dado pelo corpo social e dessa valoração a norma que vai ser criada.

As normas jurídicas além da vigência para começar a produzir seus efeitos perante a sociedade precisam ter eficácia, isto é, ser eficaz juridicamente estando aptas a produzirem seus efeitos, e ter eficácia social, que se dá quando de fato o corpo social obedece ao que foi regulado pelo Estado.

Nesse íterim observamos a eficácia do Código Penal quando penaliza a prática do aborto nos seus artigos 124 a 126, *in verbis*:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (Código Penal, 1940).

Dessa forma, deve-se analisar se realmente a legislação atual está sendo efetiva ao caso concreto, uma vez que, o aborto nunca deixou de acontecer, contudo a norma penal não visa a eliminação de uma conduta criminosa e sim sua diminuição, o que na prática também não ocorreu, demonstrando assim a falta de efetividade da norma penal.

O debate referente ao aborto traz muitas controvérsias na sociedade brasileira, e isso fica claro quando nas eleições para presidente uma grande preocupação da população é saber o posicionamento do futuro chefe do executivo sobre a descriminalização do aborto. Um outro evento que assevera a polêmica sobre o tema foram as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal entre 03 e 06 de agosto de 2018, onde a descriminalização foi amplamente discutida por mais de 40 profissionais entre médicos e juristas. O fato é que vários são os argumentos contra ou favor da legalização do aborto, mas fugindo dos argumentos morais e religiosos, o presente trabalho tem o intuito de demonstrar que a eficácia social da lei está prejudicada, e esse problema é muito grave, pois, estamos falando da vida de várias mulheres que podem ser presas, e como é sabido o sistema prisional brasileiro é bastante falho.

De fato, a legislação precisa ser atualizada, visto que, o nosso Código Penal é de 1940, quando tínhamos uma outra realidade, uma outra visão do papel da mulher na sociedade, que segundo Maluf & Mott (1998, p. 373):

“o dever ser das mulheres brasileiras nas três primeiras décadas do século foi [...] traçado por um preciso e vigoroso discurso ideológico, que reunia conservadores e diferentes matizes de reformistas e que acabou por desumanizá-las como sujeitos históricos.”

Nesse período, a mulher era mais um objeto, não um sujeito de direitos, quando até o ordenamento era omissivo na sua proteção, como preleciona Cunha (2014, p. 154):

O Código Civil de 1916 dispunha que ao homem cabia o exercício do pátrio poder e que à mulher, ao tornar-se esposa, ficavam restritos diversos direitos civis, que dependiam da autorização do marido para serem por ela exercidos. A ausência, no Código Penal Brasileiro, da tipificação de estupro no interior do casamento e, por outro lado, a permanência da criminalização da mulher que comete aborto, são exemplificadores da faceta sexual deste pacto, que também controla os direitos reprodutivos da mulher.

E apesar de alguns avanços, como por exemplo a questão do aborto de feto anencéfalo que em 2012 o Supremo Tribunal Federal entendeu como constitucional, na ADPF 54, dando a liberdade da mulher de decidir se levaria ou não essa gestação a frente, em virtude de o feto não ter expectativa de vida extrauterina que não fosse de alguns instantes. Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal é o mais claro exemplo da eficácia social do ordenamento jurídico, uma vez que, levou em consideração os fatos sociais que surgiram e o fato de não haver expectativa de vida pós-parto, observando as normas constitucionais, realizando a interpretação pelos métodos modernos, o método hermenêutico concretizador e o normativo estruturante, cumprindo assim a eficácia social das normas.

Nesse sentido preleciona Uadi Lammêgo Bulos:

Mediante eficácia social, o texto maior concretiza-se no seio da sociedade, cumprindo-se na prática. Norma Constitucional efetiva, portanto, é aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais do poder que regem a sociedade. Sem eficácia social a vontade da constituição não se realiza, porque seus comandos perdem a importância. (BULOS, 2014, p.478)

Portanto, na ótica pós-positivista que vivemos, da concretização de direitos fundamentais e da observância das normas não só no seu aspecto formal, mas também no seu aspecto axiológico Lenza (2016, p. 70), não é mais admissível a aplicação da lei ao caso concreto de forma restrita, o jurista tem que utilizar da hermenêutica moderna para poder solucionar as celeumas jurídicas de forma a adequar o direito ao que está posto, ao momento vivido, caso contrário estaremos parados no retrocesso jurídico. O que de fato já ocorre, uma vez que, vários países como Alemanha, Uruguai, Estados Unidos, dentre outros, já legalizaram o aborto e conjuntamente com a descriminalização promoveram assistência psicológica e campanhas preventivas, visto que, entenderam a seriedade da questão, se desprendendo de questões morais, que comprometem a eficácia das normas.

2.3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica é uma ciência que define os princípios, regras que norteiam o jurista na interpretação das normas, ou seja, é o efetivo exercício de dar sentido a

norma. O que de acordo com Mendes; Gonet (2013, p. 81) “é buscar conhecer um ato normativo, uma lei”. Nesse sentido, na prática a interpretação constitucional pode ocorrer tanto no fato de interpretar a lei em seu sentido literal, como quando houverem dúvidas quanto ao que está posto na legislação vigente, cabendo ao intérprete buscar o sentido que mais se adeque aos preceitos constitucionais e solucione o caso concreto, o que de acordo com Peter Haberle (apud BULOS, 2014) criou a tese da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, a qual define o fato de todos serem responsáveis por interpretar a constituição e não apenas o judiciário, porém no Brasil essa interpretação está condicionada ao Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, outrossim, que a interpretação constitucional se utiliza de princípios, métodos e técnicas como norteadores basilares para o intérprete, e como forma de manter a segurança jurídica.

Os métodos de interpretação constitucionais utilizados são o método jurídico ou hermenêutico clássico; método tópico problemático; método hermenêutico concretizador; científico-espiritual; normativo estruturante e o da comparação constitucional.

O método clássico é aquele no qual a norma constitucional é interpretada com base em elementos lógico, histórico, gramatical e sistemático, esses elementos são oriundos das ideias de Savigny da Escola Exegética que atribuíu bastante importância ao texto da norma. No método tópico problemático a interpretação parte do caso concreto para a norma para verificar qual a solução mais adequada.

No método hermenêutico concretizador é o inverso do tópico problemático, pois, nesse método se observa primeiramente a constituição para depois partir para o caso concreto. Já no científico- espiritual a premissa é a realidade social para que desse ponto se retire os valores da constituição, ou seja, nesse método observa-se primeiramente os fenômenos sociais em voga.

O método normativo estruturante entende que a norma é dividida no texto normativo e no domínio normativo que está ligado a realidade social, sendo texto normativo apenas o ponto inicial do intérprete. Enquanto que no método da comparação constitucional temos a análise de vários ordenamentos diferentes é o chamado Direito Comparado, que abre novas possibilidades para a Ciência do Direito, atendendo assim as mudanças do mundo contemporâneo.

De fato, temos vários métodos para interpretação constitucional, porém alguns deles são mais coerentes quando estamos diante de conflitos jurídicos, como por

exemplo o método tópico problemático, no qual seu foco é o problema em si, porém se faz uma crítica a esse método de interpretação, o que nas palavras de (Mendes; Gonet, 2013, p. 92):

O método supõe um consenso sobre o conteúdo da Constituição e sobre os valores que nela se inserem, o que dificulta a sua operacionalidade em sociedades distinguidas pela polarização ou pela multiplicidade de visões em torno de valores políticos e morais

Na ADIN 3510, observa-se justamente a utilização do método tópico problemático, quando partimos do problema para a norma, uma vez que, nessa ação seu grande foco foi discutir se era possível a utilização de células embrionárias não utilizadas nas pesquisas de célula tronco, e se esse fato não violaria o direito à vida. Entendendo-se ao final que não haveria violação do direito à vida na utilização das células embrionárias nas pesquisas de célula-tronco, com base nas palavras do Ministro Ayres Brito, p. 197:

O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação

Um outro método, é o científico-espiritual, que também parte do caso concreto e da realidade social o que na interpretação dos casos de aborto seria a princípio o mais coerente. Todavia, esse método também sofre críticas relativas a rápida mudança da sociedade, o que poderia causar insegurança jurídica, o que nas palavras de Mendes; Gonet (2013, p. 92):

Enxerga-se a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição. Esses valores, contudo, estão sujeitos a flutuações, tornando a interpretação da Constituição fundamentalmente elástica e flexível, submetendo, a força de decisões fundamentais às vicissitudes da realidade cambiante.

Nesse sentido, cabe ao jurista por um dos métodos acima supramencionados, quando diante de um caso concreto, poder fixar a interpretação mais adequada. Contudo entre os métodos elencados, observa-se uma maior segurança jurídica no hermenêutico-concretizador, o que nas palavras de Canotilho (1941, p. 1212) [...] “é uma via hermenêutica concretizante que se orienta não para um pensamento

axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado”, ou seja, nesse método há mais racionalidade, pois parte da norma, contudo levando em consideração o problema. O que nas palavras de Mendes; Gonet, é quando “o interprete estabelece uma mediação entre o texto e a situação em que se aplica” (2013, p. 92).

Sendo assim, observar-se que a legislação atual não está adequada ao que está posto e que a criminalização não resolve o problema do aborto, uma vez que, nem sabemos se estamos diante de um crime, pois não conceituamos o que é vida, desse modo, utilizando a hermenêutica em um dos seus variados métodos estaríamos analisando a questão do aborto de maneira mais séria, livre de questões morais ou religiosas, levando em consideração a necessidade de mudança da legislação, e possibilitando uma interpretação mais correta e humana do ordenamento.

Um caso concreto que se utilizou das técnicas modernas de interpretação do texto constitucional foi a já citada ADPF 54 referente ao aborto de feto anencéfalo, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, na arguição foram utilizados o método hermenêutico - concretizador, que de uma maneira técnica busca suprir possíveis ausências no texto constitucional, partindo da Constituição para o caso concreto, além de contemplar as pré-compreensões do intérprete (pressupostos subjetivos), ou seja, a consonância da norma com a realidade social. Foi observado também a não separação da norma à realidade da sociedade, tendo-se assim o sentido literal da norma, a interpretação dessa norma e sua efetividade pelo método normativo estruturante.

Ademais, na ADPF 54 foi utilizada técnica de ponderação de valores que nos explica o caso baseado na análise do intérprete em um conflito de bens constitucionais e qual deles deve prevalecer, procurando estabelecer uma ponderação de princípios constitucionais e aplicá-los ao caso concreto, buscando uma melhor avaliação e uma melhor resolução desse conflito, por não haver uma hierarquização desses valores e estar no texto magno, deve-se saber qual preponderar. Como bem preleciona Barroso (2009, p. 165):

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto de superioridade jurídica da constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

Além dos métodos, temos a base do ordenamento, os princípios, que nas palavras de Barroso (2009, p. 155) são:

O conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

O ordenamento jurídico deve ter uma unidade, ou seja, os bens jurídicos estabelecidos pela lei maior devem coexistir de forma harmônica, dessa forma, segundo, Lenza (2016) um princípio não pode sobrepor o outro, quando o intérprete estiver diante de um conflito deve buscar um equilíbrio, sendo inadmissível o sacrifício de um direito em detrimento de outro. Infelizmente quando nos deparamos com a situação do aborto não conseguimos visualizar esse equilíbrio, uma vez que, só é levado em conta o feto, enquanto a mulher é penalizada. Essa harmonia está pautada no Princípio da Concórdância prática ou da harmonização.

A lei maior detém a chamada força normativa o que nas palavras de Canotilho (1941, p. 228):

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Nesse aspecto, mais uma vez fica demonstrado a necessidade da hermenêutica constitucional nas decisões referentes ao aborto, em razão da vedação legal que não traduz em nenhuma hipótese a eficácia social conferida a norma.

O Princípio da máxima efetividade ou eficiência, de acordo com Lenza (2016), traz que as normas constitucionais devem ser interpretadas no sentido de que a norma tenha a maior efetividade possível no seio social, isto é, as normas são feitas para regular a sociedade, sendo assim, devem estar de acordo com os fenômenos sociais, pois o direito está diretamente ligado a sociedade.

De acordo com Canotilho, 6º. Ed. p. 227 o princípio da máxima efetividade:

é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos

direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Ademais, vale ressaltar, que não há nenhum princípio absoluto, quando o jurista está diante de um conflito jurídico, recorre as fontes do direito e seguindo a ordem da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, parte da analogia, caso não resolva a segunda fonte é os costumes e por fim para os princípios que norteiam o ordenamento.

Nesse aspecto os princípios constitucionais são extremamente importantes, visto que, são basilares para o intérprete. Sendo assim, verifica-se a grande importância da hermenêutica, na qual pelos métodos de interpretação possibilitam um novo olhar sobre a norma. Dessa forma, é salutar ressaltar, a questão do método hermenêutico-concretizador, uma vez que, o intérprete parte da norma constitucional para o caso concreto, e no caso do aborto o primeiro problema que encontramos é falta do conceito jurídico de vida, que é definição basilar para começar a se falar em aborto.

O que está disposto no ordenamento jurídico é a indisponibilidade do direito à vida que é norma constitucional, disposta no art. 5º da Constituição Federal. Dessa forma, partindo da norma para o caso concreto, temos uma legislação que não conceitua vida, e proíbe o aborto por considerar um ato contra à vida, quando nem sabe-se quando esta se inicia, e mesmo assim estamos penalizando a mulher ao exercer seu direito reprodutivo, ou ao menos em tese, o direito que deveria ter. Diante desse conflito, o método hermenêutico-concretizador observa a norma que não está sendo efetiva, com o objetivo de adequar o ordenamento ao caso concreto, o que de acordo com (Canotilho, 1998, p. 214) é a “relação entre texto e contexto”.

Vale salientar, que os princípios podem estar em conflito e quando isso ocorre, tem-se que observar as técnicas de interpretação da hermenêutica constitucional, visto que estes não podem ser anulados, mas conjugados e flexibilizados. Contudo, temos um conflito entre o direito à liberdade da mulher e o direito à vida, porém não sabemos nem quando esta começa, o que torna mais grave ainda a criminalização, na qual a mulher está sendo subjugada, sem uma justificativa clara, uma vez que, o direito à vida é considerado indisponível, mais o direito de liberdade da mulher não. O que demonstra que além de violar o direito à liberdade a legislação viola o direito a dignidade da pessoa humana e a sua autonomia.

Nesta perspectiva, denota-se que não há proporcionalidade na disposição legal atual, o que de acordo com o Princípio da Proporcionalidade é o equilíbrio, a justa medida, o que no panorama atual não acontece, uma vez que, as mulheres são presas por exercerem o direito de liberdade reprodutiva, direito esse criminalizado. O que nas palavras do Min. Marco Aurélio “não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação” (p. 78 ADPF 54)

Diante desse conflito de direitos é salutar a utilização da técnica otimização dos princípios que é a técnica que admite ao intérprete resguardar a melhor essência que existe no texto constitucional. Ou seja, em situações concretas o intérprete busca o aperfeiçoamento dos conteúdos dos princípios harmonizando-os ao conflito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que durante muito tempo, sob a égide, predominantemente positivista do direito as decisões eram tomadas exclusivamente baseadas em textos escritos, o positivismo jurídico era a forma de garantir a segurança jurídica, principalmente na França, após a Revolução Francesa. Segundo Barroso (2014, p. 351) “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras”, isto é, estamos em uma época na qual, o estrito legalismo e o Código na sua acepção pura não conseguem elucidar os conflitos jurídicos.

Nesse contexto, a problemática do aborto deve ser pensada do seu ponto de partida inicial, que é quando começa a vida? Essa questão é fundamental para definirmos quando o aborto é considerado crime. Como já exposto na pesquisa precisamos firmar um conceito jurídico para vida, para que desse ponto se analise a criminalização do aborto. Pois como podemos considerar um crime, quando nem ao menos discutimos o conceito de vida, o que gera um grave problema, pois estamos criminalizando mulheres por algo que nem sabemos se de fato é uma conduta típica, visto que, o ponto de início é a conceituação de forma clara, expressa, de forma que possamos afirmar que a vida começa da 12ª, 14ª ou 18ª semana, ou seja em que momento começa, para nesse momento termos uma segurança jurídica.

Várias são as teorias sobre o início da vida, contudo, o presente trabalho defende a Teoria dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central, à qual defende que só a vida a partir da 18ª semana de gestação, pois é quando há formação do tubo neural, portando surgindo atividade cerebral. Todavia o processo que tramita no Supremo Tribunal Federal defende a legalização a partir da 12ª semana, pois entende que até esse momento não há vida, o que já demonstra a evolução no pensamento jurídico.

A teoria da concepção, constante no Pacto São José da Costa Rica e adotado pelo nosso Código Civil, no que concerne há uma futura personalidade civil do nascituro, não é a mais correta e nem a mais aceita no momento em que vivemos, tanto é, que o próprio Supremo Tribunal Federal já, relativizou essa teoria nos seus julgados da Lei de biossegurança e na ADPF 54, um outro caso emblemático foi o Habeas Corpus 124.306, no qual, houve a concessão deste há envolvidos em um procedimento de aborto que estavam presos preventivamente, na exposição do voto o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que até a 12ª semana de gestação não poderia se falar em crime, e seu voto foi seguido pela maioria do plenário, o que por si só já demonstra a mudança de pensamento da suprema corte.

Diante da conjuntura internacional, percebe-se que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido, trata a fase inicial da gestação como crime, a exemplo temos os Estados Unidos, Portugal, Alemanha, Canadá, Reino Unido, Espanha, Holanda, Itália, dentre outros. O que chama atenção é que na Itália e Portugal o catolicismo é elemento integrante da nação, pois são países que se definem pelo catolicismo, ou seja, são Estados que a religião faz parte da própria nação e nem por isso deixaram de legalizar o aborto, demonstrando que por mais que tenham um religião oficial, esta não interfere em questões de domínio público.

Nesse sentido, não submetido a questões religiosas ou morais, o ordenamento jurídico brasileiro precisa evoluir, o Código Penal datado de 1940, não pode mais criminalizar o aborto, o legislativo por meio de Emendas Constitucionais precisa conceituar quando a vida começa, já que o art. 5º, CFRB, só trata da indisponibilidade da vida, visto que, é um direito fundamental, contudo até quando iremos sobrepor um dos seres da relação em detrimento do outro? A vida da mulher também é indisponível, seus direitos de autonomia e liberdade também o são.

Desse modo, a proibição legal constante no Código Penal, não tem justificativa, enquanto não for declarado o momento de início da vida, pois se até a 18ª semana ela não existe, não há que se falar em aborto, pois o ordenamento visa proteger o bem jurídico vida, se esta não existe não temos um bem jurídico a ser tutelado, essa indefinição produz uma infeliz insegurança jurídica e denota o quão perigoso é o momento em que vivemos, pois criminalizamos um fato atípico na visão desta pesquisa, que considera a Teoria dos Rudimentos do Sistema Nervoso Central. Ou seja, indiciamos a mulher por algo que não está devidamente claro no próprio ordenamento.

Portanto, enquanto não houver definições claras, continuaremos nesta celeuma jurídica, cabendo dessa forma ao jurista como intérprete das normas se utilizar da hermenêutica constitucional moderna, para que possamos garantir a eficácia social das normas, e alinhar a norma ao que de fato ocorre na sociedade. Como aconteceu em todos os países que optaram por garantir o direito fundamental da mulher.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1946.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto Lei nº 2848 de 7 de dez. de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Senado Federal

BRASIL. Lei nº 11.105 de 24 de mar. de 2005. Lei de Biossegurança: Brasília, DF, mar 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 de ago. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de mar. De 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 6. ed. rev e atual. de acordo com a EC n. 83, de 5-8-2014, e os últimos julgados do STF. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1941, 7. ed., 9 reimp. (Manuais Universitários).

Convenção interamericana dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 15 de ago. de 2018.

CUNHA, Bárbara Madruga da. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero**. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar.pdf>>. Acesso em: 09 de nov. de 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Ver ampliada e atualizada a partir de 1 de janeiro de 2013. São Paulo: Impetus, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Daliana Villar, LOPES, Gills Vilar. **A internalização dos tratados sobre Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira e a problemática da ordem internacional**. Revista Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 14, n. 1, p. 51-59, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/3615>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

MALUF, M. & MOTT, M. L. **Recônditos do mundo feminino**. In: Fernando Novais & Nicolau Sevcenko. História da Vida Privada no Brasil. Vol.3. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Francisco José Villas Bôas. **Soberania e Tratados internacionais**. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/soberania-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 27 de set. de 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 37. ed., rev e atual: São Paulo, 2014.