



**FACULDADE ANTONIO MENEGHETTI
CURSO DE BACHARELADO EM ONTOPSICOLOGIA**

GUSTAVO DOS SANTOS OLIVEIRA

**DIREITO E ONTOPSICOLOGIA: A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO
AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA NO *HABEAS CORPUS* N. 124.306/RJ**

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2019



GUSTAVO DOS SANTOS OLIVEIRA

**DIREITO E ONTOPSICOLOGIA: A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO
AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA NO *HABEAS CORPUS* N. 124.306/RJ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ontopsicologia da Faculdade Antonio Meneghetti como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Ontopsicologia.

Orientador: Prof. Ms. Mateus Renard Machado

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2019



GUSTAVO DOS SANTOS OLIVEIRA

**DIREITO E ONTOPSICOLOGIA: A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO
AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA NO *HABEAS CORPUS* N. 124.306/RJ**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ontopsicologia da Faculdade Antonio Meneghetti como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Ontopsicologia.

Banca Examinadora:

Orientador: _____
Prof. Ms. Mateus Renard Machado

Membro: _____
Prof. Dra. Annalisa Cangelosi

Membro: _____
Prof. Dra. Rosane Leal da Silva

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2019

DIREITO E ONTOPSICOLOGIA: A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO CRITÉRIO AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA NO *HABEAS CORPUS* N. 124.306/RJ¹

Gustavo dos Santos Oliveira²

Mateus Renard Machado³

RESUMO

O presente trabalho analisa a aplicação do critério autopoietico ontico-humanista como instrumento de análise em decisão do Supremo Tribunal Federal, em especial o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ, que versa sobre a possibilidade da realização de interrupção da gravidez até o terceiro mês. O objetivo geral é analisar a decisão com base no critério formalizado pela escola ontopsicológica fazendo um diálogo entre Direito e Ontopsicologia. Os objetivos específicos são: evidenciar a conduta do aborto no cenário jurídico nacional e em alguns períodos específicos da história; analisar os fundamentos materiais da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 124.306/RJ; demonstrar a concepção de Direito conforme Meneghetti em conjunto com o critério autopoietico ontico-humanista. A metodologia utilizada é a de caráter bibliográfico e exploratório partindo de um raciocínio indutivo-dedutivo dos argumentos da decisão e dos conceitos da Ontopsicologia. As discussões e resultados são a demonstração dos fundamentos materiais da decisão e a sua concordância ou não com base no critério autopoietico ontico-humanista, e a sua validade para o argumento central da decisão. A conclusão é de que a possibilidade de interrupção da gravidez até o terceiro mês reforça o núcleo existencial da mulher, protegendo seus direitos elementares, e com isso possibilitando a efetividade de uma autopoiese ontico-humanista, evidenciando que a decisão do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, em sua maior parte, vai ao encontro do princípio elementar da vida.

Palavras-chave: Direito; Ontopsicologia; Aborto; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper deals with the application of the onto-humanistic autopoietic criterion as an instrument of analysis in a decision of the Federal Supreme Court, especially the vote of Minister Luís Roberto Barroso in Habeas Corpus n. 124.306 / RJ, which deals with the possibility of termination of pregnancy until the third month. The general objective is to analyze the decision based on the criterion formalized by the ontopsychological school making a dialogue between law and Ontopsychology. The specific objectives are to highlight the conduct of abortion in the national legal scenario and in some specific periods of history; analyze the substantive grounds of the decision of Minister Luís Roberto Barroso in Habeas Corpus 124.306 / RJ; demonstrate the conception of law according to Meneghetti in conjunction with the onto-humanistic autopoietic criterion. The methodology used is bibliographic and exploratory based on an inductive-deductive reasoning of the decision arguments and the concepts of Ontopsychology. The discussions and results are the demonstration of the substantive grounds of the decision and whether or not they agree on the basis of the ontic-humanistic autopoietic criterion, and their validity for the central argument of the decision. The conclusion is that the possibility of termination of pregnancy until the third month strengthens the existential nucleus of women, protecting their elementary rights, and thereby enabling the effectiveness of an ontic-humanist autopoiesis, showing that the decision of the eminent Minister Luís Roberto Barroso, for the most part, meets the elementary principle of life.

Key words: Law; Ontopsychology; Abortion; Federal Court of Justice.

¹ Trabalho de Conclusão do Curso de *Bacharelado em Ontopsicologia* da Antonio Meneghetti Faculdade.

² Acadêmico do Curso de *Bacharelado em Ontopsicologia*, da Antonio Meneghetti Faculdade.

³ Orientador, Docente da Antonio Meneghetti Faculdade, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de

² Acadêmico do Curso de *Bacharelado em Ontopsicologia*, da Antonio Meneghetti Faculdade.

³ Orientador, Docente da Antonio Meneghetti Faculdade, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria/RS e Especialista em Ontopsicologia pela Antonio Meneghetti Faculdade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA CONDUTA ABORTIVA.....	7
3 O ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO E O VOTO DO MINISTRO BARROSO NO <i>HABEAS CORPUS</i> 124.306/RJ.	13
3.1 Mérito da decisão: Violação dos Direitos Fundamentais das Mulheres.....	14
3.1.1 Violação à autonomia da mulher.....	20
3.1.2 Violação do direito à integridade física e psíquica.....	20
3.1.3 Violação dos Direitos sexuais e reprodutivos da mulher.....	21
3.1.4 Violação à igualdade de gênero.....	22
3.1.5 Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres.....	23
4 ONTOPSICOLOGIA, DIREITO E O CRITÉRIO AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA.....	24
5. DISCUSSÕES E RESULTADOS.....	33
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasce a partir da formação do autor no curso de Direito, que ao estudar a essas duas ciência ontopsicológica verificou a possibilidade de estudos cruzados destas com o escopo de aumentar o raio de compreensão dos fenômenos jurídico-sociais. Além disso, das experiências propostas pela Antonio Meneghetti Faculdade, em especial o grupo de estudos “*Hard Cases: O encontro entre o Direito e a Ontopsicologia*”, em que de modo experimental trata da análise de casos relevantes no cenário jurídico nacional realizando estudos à luz desses dois ramos do saber.

As decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) são a máxima referência no ordenamento jurídico pátrio, pois, por tratar-se de um tribunal que é responsável pela guarda da Constituição, cerne do sistema jurídico nacional, os seus julgados são acompanhados de perto por grande parte da comunidade jurídica. Desse modo, no presente trabalho estudar-se-á uma dessas recentes decisões, o *Habeas Corpus n. 124.306/RJ*, que versa sobre a possibilidade de aborto e a inconstitucionalidade do tipo penal correspondente em face dos direitos fundamentais da mulher.

Com base nesse julgado, o escopo do presente trabalho é analisar a referida decisão e seus fundamentos jurídicos se servindo do critério autopoietico ôntico-humanista proposto pela ciência ontopsicológica. Essa proposta visa demonstrar se os argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, autor do voto-vista analisado e seguido em sua maioria pelos demais Ministros, são coincidentes com a lógica que a Ontopsicologia se utiliza, qual seja, o homem em sentido laico baseado em uma lógica precípua a qualquer cultura ou ideologia.

Para esse fim será necessária a verificação de alguns pontos relevantes como construção argumentativa do presente trabalho. Em um primeiro momento será realizado um breve estudo acerca da conduta abortiva em algumas culturas da antiguidade, no tocante às disposições referentes a essa ação, verificando atentamente a sua punibilidade e objetividade jurídica, até as disposições do Código Penal Brasileiro atual, evidenciando a relatividade do que hoje consideramos como crime nas principais civilizações em termos de avanço na ciência jurídica.

Em seguida será analisada a decisão propriamente dita com as suas premissas de fundo, os seus fundamentos materiais com base na lógica do ordenamento jurídico hodierno. Após essa verificação, serão apresentados a lógica do Direito com base na Ontopsicologia, a finalidade das normas em função do homem e o critério autopoietico ôntico-humanista. E ao

final discutir-se-á os fundamentos materiais da decisão confrontando-os com os princípios elementares de direito derivantes do critério autopoietico ôntico-humanista.

No que se refere aos aspectos metodológicos do trabalho, a pesquisa será de cunho bibliográfico por excelência e exploratório tendo em vista que a “pesquisa exploratória realiza descrições precisas da situação e quer descobrir as relações existentes entre seus elementos componentes” (CERVO, 2007, p. 62), partindo de um raciocínio indutivo-dedutivo, ou seja, analisando o caso em particular expandindo para uma generalidade, e depois utilizando-se dos conceitos gerais da ordem do ser humano como individuação aplicados na particularidade do objeto da demanda, permeado pelo conhecimento das descobertas da Ontopsicologia.

Diante do exposto, o trabalho se justifica pela necessidade de cada vez mais haver a utilização conjunta do Direito e Ontopsicologia, que são ciências que valorizam o ser humano como existência no Planeta Terra, sendo o Direito a última garantia prática da humanidade e a Ontopsicologia que fornece a lógica de funcionamento do humano de acordo com a sua essência. É um estímulo para o autor, como pessoa e profissional, mas também aos que desenvolvem esse belíssimo trabalho de retomada do humanismo perene.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA CONDUTA ABORTIVA

O aborto é uma ação que através de diversas facetas é realizada em praticamente todos os momentos da história conhecida. Em algumas civilizações houve a criminalização desta prática, mas nem todas entendiam que o aborto era uma conduta passível de punição.

Antes de apresentarmos um breve histórico sobre a punibilidade do aborto, cabe-nos de antemão precisar a sua terminologia. Na atualidade, os juristas não chegam a um consenso total acerca do conceito deste crime, principalmente no que refere à terminologia utilizada pelo Código Penal, que para muitos é discutível⁴. Entretanto, acompanhando a doutrina majoritária a respeito do assunto, trazemos o conceito de Magalhães Noronha:

Não estão acordes juristas e médicos no conceituar o aborto. As divergências, aliás, começam pelo próprio nome, opinando muitos que se deve dizer *abortamento*,

⁴ O Professor Mirabete descreve tal dicotomia linguística: “Preferem alguns o termo *abortamento* para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra *aborto* se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal – aborto – é melhor, quer porque estão no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto.” MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: Parte especial**, Arts. 121 a 234-B do CP. 29ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

reservando aquele vocábulo para designar o *produto* morto ou expelido. Sinteticamente, podemos dizer que aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto (NORONHA, 2001, p. 54).

Fixado um parâmetro conceitual para o crime de aborto, como assim denomina o nosso Código Penal, podemos desvendar ao longo dos tempos como se sucedia esse delito nos diversos sistemas jurídicos.

A começar pela grandiosa construção teórica do Código de Hamurabi, do reino da Babilônia, se verifica que neste diploma já havia previsão criminosa para a conduta do aborto, sendo que as penas poderiam variar de valores pecuniários até a morte. No tocante à possível reparação pecuniária vejamos as lições de Celso Cezar Papaleo:

No Código de Hamurabi havia a pena pecuniária ao provocador do aborto, considerando-se, no caso, a qualidade da gestante, a acidentalidade ou a voluntariedade do ato. Verificada a interrupção da gravidez pelo aborto provocado, o pai da gestante receberia a reparação civil (2000, p. 22).

Em tal sistema jurídico, é possível evidenciar que o bem jurídico tutelado, caso lesado, poderá ser compensado com base em uma prestação pecuniária, graduada a depender da condição social da mãe e do elemento volitivo do sujeito da ação. Especificamente a previsão do aborto neste sistema jurídico se encontra nos parágrafos 209 a 214⁵ da referida codificação.

Outro diploma secular de grande renome, que também previu o aborto como delito passível de punição, foi a Lei de Manu, de origem indiana. Verifica-se uma austeridade mais significativa nas penalidades aplicadas aos cometedores do crime de aborto.

Como a maior parte da legislação da época, o Código de Manu fazia referência às seculares castas indianas e, de acordo com a casta da vítima de aborto, as penalidades poderiam ser maiores ou menores.

Posteriormente, na lei de Manu, aplicada na Índia, surgiu a cogitação de aborto como prática criminosa. Se dele resultasse a morte de mulher pertencente à casta dos padres, o responsável seria castigado como se houvesse ceifado a vida de um Brahmane, submetendo-se-o [sic] a penas corporais que, em grau máximo, chegariam à morte (MATIELO, 1994, p. 13).

⁵“209° - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. 210° - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele. 211° - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos. 212° - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina. 213° - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos. 214° - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.” Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>> Acesso em: 15 mai 2019.

Dessa forma, se verifica uma forma rudimentar da tentativa de criminalização da conduta abortiva, porém, há de se salientar que a previsão, ao que parece, dá maior importância à casta da mãe do que à vida intrauterina propriamente em si.

Percorrendo alguns séculos da história chegamos à Grécia, berço da filosofia ocidental. Diferentemente do que se poderia imaginar, os gregos possuíam uma visão diversa em relação ao aborto, preferindo não criminalizá-lo (SPOLIDORO, 1996). Pelo contrário do cenário atual, em determinados momentos era até incentivado por alguns filósofos da época. Segundo Matielo:

Aristóteles e Platão, renomados estudiosos antigos, pregavam a utilidade do aborto como meio de conter o aumento populacional, fonte inesgotável da miséria. Destarte, Aristóteles sugeria que se praticasse o aborto antes que o feto tivesse recebido sentidos e vida, sem especificar, contudo, quando se daria esse momento. Sócrates também admitia o aborto, sem outra justificativa que não a própria liberdade de opção pela interrupção da gravidez. (1994, p. 13)

Permaneceu desta forma, até a fase inicial do Império Romano, sendo que o aborto não era tido como conduta criminosa em razão do feto ser considerado parte da mãe, outorgando a esta, o ordenamento jurídico romano, a faculdade de dispor do nascituro como bem entendesse (MARQUES, 2002). Entretanto, no fabuloso período clássico de Roma, entendeu-se por bem criminalizar o aborto, por ser uma conduta imoral frente à corrupção dos costumes que se dava por volta do ano 200 d.C. (SPOLIDORO, 1997). Fabricio Zamprogna Matielo leciona sobre este período histórico dizendo que:

À época da República romana, o aborto foi considerado ato imoral; entretanto, teve larga utilização entre mulheres que se preocupavam com a aparência física, e o momento que deveriam constituir a sua prole, que durante determinado período assumiu grande importância no meio social romano, vaidade herdada do tempo do império. Cresceu tanto o número de abortos devidos àquela causa que sem demora os legisladores passaram a considerá-los como crimes. (1994, p. 14).

Cabe destacar que o que se prezava no período da criminalização do aborto no império romano era precipuamente, no caso de mulheres casadas, o direito fundamental do marido à prole esperada (SPOLIDORO, 1997).

Na idade média, começa a se consolidar a criminalização do aborto, sendo adotada por grandes potências europeias e trazendo critérios dos mais variados para saber quando o aborto deveria ser passível de punição. Nesse sentido, Luiz Claudio Amerise Spolidoro, relata:

Na Idade Média, a punição do aborto generalizou-se, fazendo, todavia, uma distinção baseada na doutrina de Aristóteles e na autoridade de Santo Agostinho, entre feto animado e não animado. Só seria punível o aborto, se o feto já fosse

dotado de alma, o que se entendia ocorrer comumente, quarenta (40) dias após a concepção conforme fosse varão ou mulher.

Não havia, porém, unanimidade sobre o termo em que se podia reputar animado o feto, para uns isso se dava no quadragésimo dia de gravidez; para outros, no sexagésimo dia ou ainda no terceiro mês (1996, p. 4).

Ainda que quanto ao critério não houvesse um consenso entre os juristas, percebe-se que há uma preocupação com a vida do feto, mesmo sem haver uma determinação precisa relativa ao momento em que este poderia ser considerado vida.

Para esse mister, foi de suma importância a influência do cristianismo no pensamento ocidental. Com essa doutrina houve uma nova concepção da vida humana e, via de consequência, sua respectiva proteção jurídica. Fruto dessa mudança, o aborto passou a ser repugnado austeramente pela doutrina canônica. José Frederico Marques preleciona:

A concepção cristã da vida, no entanto, havia de modificar tal estado de coisas [o autor refere-se ao direito romano]. O Direito canônico, sob a autoridade dos Santos Padres, e os doutores da Igreja consideram o aborto procurado como verdadeiro homicídio. Segundo a Bíblia e as lições de Plínio, aceitas pelos escritores eclesiásticos e coleções canônicas, era necessário certo tempo para que se formasse. dentro do útero, um corpo apto a receber a alma. Por isso, considerava-se homicídio apenas a expulsão do *corpus formatum*, enquanto que a do *corpus informatum*, por não ser assim conceituada, tinha tratamento menos severo no campo da penitência. (2002, p. 163)

Tratando de tempos mais atuais, o que se percebe é uma inclinação de boa parte da Europa para um posicionamento de base eclesiástica (MARTINS, 1999). Não se quer dizer que não houve assíduas e robustas discussões em torno do tema, com posições das mais variadas. Como bem coloca Ivette Senise Ferreira:

No final do século XIX e início do século XX, intensos debates foram travados entre juristas, médicos, sociólogos e membros da sociedade civil, surgindo as ideias libertárias à condição da mulher, chegando alguns a sustentar que a mulher podia dispor livremente de si mesma, sendo dona do seu próprio corpo, ao qual se incorporava o feto, argumento que se disseminou depois nos movimentos feministas, e que até hoje é utilizado por alguns partidários da não incriminação do aborto. (FERREIRA, 2009, p. 22)

Ainda que existam diversas nações influenciadas por estes movimentos e que descriminalizaram o aborto, a grande maioria dos Estados pugna pela criminalidade da conduta de antecipação da gravidez (MARTINS, 1999), alguns com penas mais austeras, outros nem tanto, mas sempre no intuito de proteger a vida intrauterina.

Seguindo tal vertente, o Brasil também criminaliza o aborto, desde as primeiras codificações. Como o resto do mundo, a legislação brasileira passou por um paulatino

processo de modificação, a começar pelo Código Criminal do Império. Para elucidar essa modificação nada mais justo do que expor as ideias do mestre Heleno Cláudio Fragoso:

O Código Criminal de 1830 não punia o aborto provocado pela própria mulher, seguindo o exemplo do CP francês, de 1791 (abandonado pelo código napoleônico). Incriminava-o tão-somente, se praticado com o consentimento da gestante, com a pena de prisão com trabalho, por um a cinco anos, pena essa dobrada se o aborto se dava sem o consentimento. O fornecimento de meios abortivos com conhecimento de causa era punível, ainda que o aborto não se verificasse, com pena de prisão com trabalho de dois a seis anos. Essa pena era dobrada se o agente fosse médico, boticário, cirurgião ou praticante (art. 199 e 200). (1981, p. 111).

O Código do Império, como visto *supra*, não punia o aborto realizado pela própria gestante, e isto dava uma margem para o cometimento dessa conduta, sem uma repreensão por parte do Estado.

Assim que o Brasil passou sua forma de governo imperial para a republicana, logo tratou-se de criar um novo Código Penal e, em 1890, edificou-se o chamado “Código Republicano”. Como veremos a seguir nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, fora verificada uma nova ótica em relação ao aborto com a entrada em vigor dessa legislação brasileira:

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Referido Código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente; nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante (BITENCOURT, 2002, p. 155-156).

A evolução dos textos legais e da precisão jurídica foi significativa, pois, acompanhando a fase que vivia o direito brasileiro, o aborto foi observado com maior gravidade, ou seja, uma nova equalização no momento de criminalizar, bem como na cominação de penas. Além disso, o aborto pela própria gestante se torna objeto do crime em estudo.

Chegamos então à atual legislação, que se trata do Código Penal de 1940, encabeçado por Nelson Hungria, que dispõe sobre o aborto de forma diversa do código antecessor. As disposições acerca do aborto ainda estão em vigor, no entanto, passam por uma relativização com decisões jurisprudenciais, como é o caso do objeto do presente trabalho.

O aborto no direito hodierno apresenta as seguintes figuras típicas: a) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; b) aborto provocado por terceiro sem o

consentimento da gestante; c) aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante; d) aborto qualificado e e) aborto legal. Vejamos o texto legislativo:

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

Pena – detenção, de um a três anos.

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.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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

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

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Cezar Bitencourt afirma que a legislação pátria, de 1940, que passou intacta pela reforma de 1984, já se encontra um tanto ultrapassada para a nossa realidade social, tendo em vista as diversas evoluções tecnológicas pelas quais passamos, razão pela qual trazemos o seu posicionamento:

O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram mais de sessenta anos [atualmente mais de setenta], e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram uma verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extra-uterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso (BITENCOURT, 2002, p. 156).

A proposta de Bitencourt, apesar de ser progressista, ainda é aquém do posicionamento na decisão do Ministro Barroso que será analisada *infra*, tendo em vista que trata da possibilidade de abortamento em caso de “graves anomalias físicas ou mentais”. Esse posicionamento mais tarde veio a ser referendado em parte, com base na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, que descriminalizou o abortamento na hipótese de fetos anencéfalos.

O foco da presente trabalho é a decisão no *Habeas Corpus* 124.306/RJ, em especial ao voto no Ministro Luís Roberto Barroso, que apresenta uma série de fundamentos para a possibilidade do abortamento em qualquer hipótese, pautado na autonomia da mulher e, em razão disso, será ofertado um tópico em apartado para a sua análise.

3 O ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO E O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO *HABEAS CORPUS* 124.306/RJ

Em 29 de novembro de 2016 o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo rumo à descriminalização do aborto, quando do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 124.306/RJ. Em que pese a relatoria seja da lavra do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio Mello, restou evidenciado o voto-vista do igualmente distinto Ministro Luís Roberto Barroso em virtude da riqueza da fundamentação teórica em cotejo com uma sensível análise da situação social do nosso país. Por essa razão, o seu voto se destaca na medida em que traz pontos substanciais para a discussão da possibilidade da realização do aborto em casos similares.

Em síntese, a demanda versa sobre uma situação fática em que um grupo de indivíduos cometeram a conduta delituosa de aborto (art. 126 do Código Penal) e formação de quadrilha, haja vista que praticaram o aborto com o consentimento da gestante. Trata-se do assim chamado aborto praticado por terceiro, sendo que dois desses indivíduos, ora pacientes do *Habeas corpus* em comento, mantinham clínica de aborto.

A demanda tem início com a prisão em flagrante dos pacientes, em 2013, em que o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória aos acusados, considerando que as infrações seriam de médio potencial ofensivo e com penas relativamente brandas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), porém, acolheu recurso do Ministério Público e decretou a prisão preventiva, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Após a decisão do Superior Tribunal de Justiça os pacientes decidiram ingressar com o remédio heroico junto ao Supremo Tribunal Federal, pugnando pelo relaxamento da prisão preventiva. E em 2014, o relator do HC no STF, ministro Marco Aurélio, deferiu cautelar para revogar a prisão, posteriormente estendida aos demais corréus.

Em sede processual, no intuito de compreensão, como preliminar o Ministro Barroso em seu voto alega que não estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva dos pacientes previstos no art. 312 do Código Penal, sendo que estes sempre compareceram em todas as audiências, são réus primários e com bons antecedentes, possuem trabalho e residência fixa, e ao final podem ser condenados a penas, no máximo em regime aberto. Isso por si só bastaria para a concessão da ordem do remédio constitucional, porém o ministro vai além e trata do mérito da questão. O Ministro reconheceu processualmente o *Habeas Corpus* contra decisão do STJ, pois, pelos trâmites processuais, não seria a via adequada, porém, por se tratar de matéria de ordem pública, em seu entender, cabia o relaxamento da prisão.

Com base no voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade que serão melhor expostos em tópico próprio *infra*.

De acordo com o escopo do presente trabalho em consonância com o objeto da decisão em estudo, se faz necessário observar, neste momento, que o cerne da demanda: o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Esta espécie tem previsão no art. 126 do CP, e é mais branda em sua pena que vai de um a quatro anos de reclusão. Prado elucida o seguinte:

O aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante (art. 126 do CP), é sancionado de forma menos severa. Assim, se o terceiro realiza as manobras abortivas, com o consentimento – expresso ou tácito, desde que inequívoco – da gestante, responderá pelo delito previsto no art. 126, enquanto esta incorrerá nas penas do artigo 124, 2.ª parte, do Código Penal (aborto consentido) (PRADO, 2002, p. 103).

As decisões correntes são todas no sentido de apenar conforme os dispositivos previstos no Código Penal, obedecendo ao princípio da estrita legalidade. E no voto em apreço o Ministro Luís Roberto Barroso toma uma decisão em via contrária, buscando fundamentos axiológicos para fundamentar a inocência dos supostos infratores.

3.1 Mérito da decisão: Violação dos Direitos Fundamentais das Mulheres

Com base nas teorias gerais de direitos fundamentais o Ministro traz o último tópico da parte dispositiva da sua decisão, intitulado: “Inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre”. Nessa sessão alude sobre a possibilidade de relativização do injusto em face da mulher.

A decisão versa sobre a ponderação de direitos fundamentais, sendo dois bens jurídicos de extrema relevância para a sociedade, de um lado o direito a vida intrauterina e do outro a autonomia da vontade e dignidade da mulher. Sustenta o ministro que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre da gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher”. (BRASIL, 2016, p. 4⁶). E tais direitos são elucidados no

⁶ A numeração aqui utilizada, e que será ao longo do trabalho, faz referência ao próprio documento do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual pode ser encontrado no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br>

seu voto, sendo que nos subtópicos desse item serão avaliados esses pontos frente aos princípios inerentes aos direitos fundamentais e, em seguida, na ótica ontopsicológica.

Impende destacar que o Ministro Luís Roberto Barroso elucida que o aborto é uma prática que deve ser evitada, em razão de suas complexidades morais e físicas consequenciais. Nisso reforça-se o poder do Estado em evitar tal conduta a partir de políticas públicas de educação sexual e métodos contraceptivos, mas não de modo total e absoluto impedir a mulher de dispor sobre o seu corpo e a sua vontade.

Antes de entrar nos direitos fundamentais relativos à vida do embrião até o terceiro mês de gestação em face da autonomia e integridade da mulher, é importante salientar que a questão do início da vida do embrião, que é motivo de discussões intermináveis sobre a concepção, zigoto⁷ etc., não é objeto fulcral da decisão (porém colocado em discussão de modo adjacente), pois esta depende de diversos fatores externos, como a religião, correntes filosóficas, tipo de sociedade, vejamos trecho da decisão:

Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem. (BRASIL, 2016, p. 8-9)

O crime de aborto possui uma posição especial, pois está situado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”. Na doutrina há uma enorme discussão acerca dessa colocação topográfica, pois o nascituro, ou seja, o feto ainda não é pessoa de acordo com a legislação pátria⁸. Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

O produto da concepção – *feto* ou *embrião* – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica (BITENCOURT, 2002, p. 157).

[/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2ENUME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zkfv8xn](http://portal.jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2ENUME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zkfv8xn)>. Acesso em: 7 fev.2019.

⁷ Esse é o marco do problema para um olhar objetivo e consequentes barreiras para a possibilidade de legalização do aborto, pois não há um consenso quanto ao início da vida, partindo todos de uma via potencial de acordo com o seu entendimento, que a vias extremas poderiam levar à caracterização dos óvulos e espermatozoides como vida humana e consequente proteção jurídica. Nesse sentido Meneghetti afirma que: “Quando se faz política, moral, etc. é preciso ter claras as ideias das essências. Por exemplo, através do aborto, mata-se um ser humano ou um aglomerado de células? Este é um problema da ciência. O homem é uma sumidade do conhecimento, da essência; um feto ainda é um processo, uma partida. Se raciocinarmos afirmando que, porém, aquele feto chegará a ser homem, então retorna o problema dos espermatozoides e dos óvulos. Portanto, quando se faz uma seleção, é preciso ver as categorias que fazem essência naquela situação.” (MENEGHETTI, 2011a, pp. 112-113). Acerca desse argumento adiante será tratado do tema com maior profundidade na visão ontopsicológica.

⁸ Código Civil. “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Superada esta discussão a respeito da situação topográfica do aborto no Código Penal, há um consenso maioritário entre a doutrina de que este delito tem por objetividade jurídica proteger o direito à vida. Em outros crimes contra a vida, por exemplo, o homicídio, não há problemática acerca da objetividade jurídica, tendo em vista que não há dúvida quanto a vida em sentido biológico e jurídico do sujeito passivo e a sua complexidade em relação aos conflitos de direitos fundamentais são menor, ocorrendo tão somente em situações particulares.

A multiplicidade de teorias acerca do assunto, *prima facie*, pode levar o intérprete à uma questão sem solução, ainda mais pelo fato das influências étnico-sociais que retiram, em parte, a cientificidade pura da análise jurídica do injusto. Por exemplo Dernival da Silva Brandão assevera que:

Sem os valores perenes que orientavam a humanidade, restou um vazio ético-existencial com perda substancial do sentido de vida. A Medicina, destituída dos princípios objetivos que a devem nortear, corre o perigo de ser manipulada ideológica e economicamente e vir a ser usada contra a própria vida humana, sob o pretexto de qualidade de vida. (BRANDÃO, 1999, p. 17)

É bem possível que tal situação ocorra, entretanto, o choque de direitos fundamentais é evidente no caso do aborto, sendo que a indeterminação do quando começa a vida é um fator que contribui em demasia contra os direitos fundamentais como pessoa existente, da mulher. Esse tipo de conflito é consequência do Estado de Direito, não um mero pretexto, e o operador da ciência jurídica nestes casos deve realizar uma aguçada ponderação para que seja possível a melhor solução dos conflitos de direitos desta natureza.

Desta forma, a ciência do direito penal visa resguardar esta faceta do direito fundamental à vida, ou seja, desde a concepção assegurar a existência do nascituro até que finalmente ocorra o seu nascimento e daí possa se tornar pessoa.

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida. (MIRABETE, 2005, p. 58)

Apesar dos diversos autores e cientistas citados possuírem um posicionamento, não chegam a um denominador comum acerca do início da vida do nascituro, restando uma lacuna que é preenchida pelo consenso social, que depois é projetado nas normas concernentes à tipificação do aborto. Não há determinação precisa do início da vida intrauterina, portanto a

proteção advém de um conceito acreditado de acordo com a teoria, ideologia ou ciência correntes.

Porém, já existe uma relativização acerca da vida do nascituro, de ordem fática e de ordem jurídica. Em um primeiro momento, Anjos salienta para o fato que:

Quando se discute a legalização do aborto no Brasil, são confrontadas concepções diferentes. Por exemplo, quando se trata de um aborto espontâneo, não se procura saber se o feto era ou não humano, se tinha ou não alma. No entanto, quando se trata de um aborto provocado, as concepções mudam radicalmente e inicia-se profundo debate sobre a fecundação, formação ou não de um ser humano, existência da alma, de quando o embrião se transforma em feto – e quando o feto já é bebê em formação, tem direito ao reconhecimento da vida (2013, p. 500)

Nos casos comuns de gestação, de acordo com a lei, deve haver a proteção da vida intrauterina, considerando mais importante desse direito, mesmo com graves lesões aos direitos fundamentais da gestante que não deseja ser mãe. Todavia, em alguns casos específicos relativiza essa questão, quando prevê algumas hipóteses de aborto permitido no ordenamento jurídico nacional. Essas hipóteses são: 1) o aborto em caso de risco de morte da mãe, previsto no artigo 128, inciso I, do Código Penal; 2) o aborto advindo de uma relação de estupro, insculpido no art. 128, inciso II do Código Penal e; 3) o aborto nos casos de feto anencefálico, permitido em face de decisão do STF na ADPF 54.

O aborto realizado no caso de risco de morte da mãe é uma ponderação entre a existência vital da mãe em contrapartida ao embrião, trata-se de um caso extremo, em que a mãe não pode continuar a viver caso leve adiante a gravidez. É uma inteligência legal, visando resguardar o direito à vida da mãe em sentido biológico.

Mas em relação às outras duas formas supramencionadas, a existência da mãe em sentido biológico não é a contrapartida para a possibilidade do aborto, mas sim a manutenção de uma vida digna⁹. No caso do feto anencefálico, por ser constatado que não possui condições de sobreviver em razão da inexistência do aparato cerebral, o STF entendeu que não é digno obrigar a mulher a suportar a gravidez até o seu termo final.¹⁰ Nesse sentido, o

⁹ Sobre o direito a vida digna, vejamos o que elucida Alexandre de Moraes: “O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais” (MORAES, 2003, p. 87).

¹⁰ Já preconizava Alexandre de Moraes acerca dessa questão: “Em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade

que chama mais a atenção é o assim chamado aborto humanitário (BITENCOURT, 2009), que mesmo que o embrião tenha todas as características necessárias para a sua viabilidade, o procedimento abortivo poderá ser realizado, em virtude da sua existência ser decorrente de uma relação de estupro. Os requisitos para essa concessão legal são elucidados por Bitencourt do seguinte modo:

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) *gravidez resultante de estupro*; b) *prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal*. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal.¹¹ (BITENCOURT, 2009, p. 147)

Nesse sentido, a possível vida do nascituro é tolhida em razão do sofrimento da mãe em ter de suportá-lo, rememorando a relação oriunda do estupro ocorrido, ou seja, é uma gravidez totalmente indesejada que pode trazer danos psicológicos e físicos para a mulher (BITENCOURT, 2009). Além disso, o próprio nascituro poderia sofrer graves danos na sua existência por ser fruto de uma relação indesejada. É interessante analisar que em outros casos em que a gravidez é indesejada (existem diversas particularidades de cada caso) a mulher também terá de sofrer esses danos, porém não tem a liberdade ou autonomia de escolha para evita-los.

A decisão se volta, no presente estudo, para a indagação quanto à autonomia da vontade da mãe, em relação ao próprio corpo, sendo que, a criminalização da interrupção da gravidez é uma imposição que vai de encontro à liberdade de dispor sobre o próprio corpo. Nesse sentido elucida Blay:

Toda mulher tem direito a decidir, então, sobre sua vida, mais ainda quando se trata de seu próprio corpo. Se o direito à vida do feto se contrapõe ao direito de toda mulher a decidir sobre sua vida, sobre seu projeto de vida e sobre seu corpo, por um lado, essa livre escolha causará danos ao feto e a terceiros, cabendo aí o limite constitucional (também relativo) da autonomia pessoal. (BLAY, 2008, p. 35)

O direito de decidir sobre o próprio corpo é intimamente ligado ao direito à liberdade em sentido material. Trata-se de uma infringência direta na esfera particular da mulher, que, através de um autoflagelamento físico e psíquico imposto, não tem o direito de evitar todo um processo indesejado, sendo-lhe tolhida diversas garantias fundamentais essenciais à sua vida digna.

constitucional de proteção à vida, mas sim estaria sim ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas” (MORAES, 2003, p. 91).

Além das complicações existentes em relação as mudanças corporais e integridade física, há também um ponto de suma relevância que é a escolha da mulher quanto a constituição familiar e à geração de filhos. Esse planejamento em relação à vida da mulher deve ser observado, pois a geração de um filho implica diversas modificações existenciais e de responsabilidades. Esses direitos sexuais e reprodutivos nas palavras de Ávila:

Dizem respeito à igualdade e à liberdade na esfera da vida reprodutiva. Os direitos sexuais dizem respeito à igualdade e à liberdade no exercício da sexualidade. O que significa tratar sexualidade e reprodução como dimensões da cidadania e consequentemente da vida democrática (ÁVILA, 2003, p. 46).

Quando se tira essa faculdade de escolha da mulher, está se esvaziando o seu direito de conduzir a própria vida, ou seja, o Estado impõe que a partir da gravidez a mulher não terá outra escolha que não seja suportar a maternidade. Esse direito fundamental é diretamente ligado à autonomia da vontade da mulher, que sendo limitada pela criminalização da conduta abortiva pode gerar consequências por toda a sua vida.

Nesse caso, há a ponderação dos direitos fundamentais relativos à possível vida do feto e autonomia da mulher e os direitos dela decorrentes. Blay argumenta:

Porém, se trata de ter consciência de uma situação: uma mulher que não quer ter um filho, que está grávida e que, se seu direito não existe, deverá ver como seu corpo se modifica por um filho indesejado e o verá nascer, quando não o quer em sua vida. Assim, também se pode argumentar que a vida digna de uma mulher não tem menor valor do que a vida de um feto. (BLAY, 2008, p. 35)

Assim sendo, é imprescindível a priorização dos direitos da mulher no que se refere ao procedimento abortivo, eis que se trata de um sujeito de direito com todas as proteções jurídicas presentes no ordenamento nacional. Seria extremamente incoerente não discutir esses direitos e garantias fundamentais, em face do nascituro, pois a imposição do Estado para o seu nascimento coloca em xeque toda a ordem psíquica e física da mulher em face de uma expectativa de direito.

Desse modo, verificaremos os fundamentos da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso em específico, que preconiza para o ponto de vista da dignidade da mulher como ponto de partida expresso principalmente na autonomia desta sobre o próprio corpo e consequentemente da própria vida.

3.1.1 Violação à autonomia da mulher

O primeiro argumento do Ministro Barroso se refere ao direito à livre manifestação de vontade da mulher, em poder dispor do próprio corpo, sendo este um direito alicerçado no princípio da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III da Constituição Federal. Trata-se de um direito fundamental que ao entender do Ministro é tolhido pela criminalização da conduta do aborto. Nesse sentido afirma:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central da sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar decisões a ele relacionadas, inclusive o de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BRASIL, 2016, p. 9).

É importante destacar no trecho supracitado que o Ministro traz o objeto da discussão para um aspecto da dignidade da mãe, que deve a seu entender ser respeitada em detrimento da vida intrauterina. Caso houvesse o ataque direto à vida do feto, muito possivelmente seria rechaçada por grande parte da doutrina e da jurisprudência ao mínimo sinal.

Todavia ao elucidar a autonomia da vontade da mulher, traz a reflexão sobre a necessidade da ponderação dos direitos fundamentais, sendo que a absolutização de qualquer direito fundamental é danosa à sociedade como um todo, tendo em vista a pluralidade de possibilidades de relações e de conflitos.

3.1.2 Violação do direito à integridade física e psíquica

O direito à integridade física e psíquica também se tratam de direitos basilares no estado democrático de direito, pois impede que o indivíduo sofra qualquer lesão corporal ou mental, como garantia da sua sanidade, o que é expresso no inciso III, do art. 5º, *caput* da CF, *ipsis litteris*: “Art. 5º (...) III - ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante”. Nessa toada, o argumento trazido na decisão em estudo indica o seguinte:

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 benção quando se cuide de uma gravidez desejada, trasmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma benção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provocação quando decorra de uma

imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. (BRASIL, 2016, p. 9).

Nesse sentido, deve ser analisado que em outras situações que conflitam direitos fundamentais, as integridades física e psíquica possuem um peso muito grande no processo de ponderação, e as discussões em tais casos são acaloradas e no caso concreto é dado a esses direitos uma importância à altura. No entanto, no que concerne ao crime de aborto, o mandamento legal ao tipificar tal conduta restringe drasticamente os direitos à integridade física e psíquica, a ponto de colocá-los em um plano inferior no qual a gestante tem a obrigação estatal de dispor do seu corpo em detrimento de um dever social.

3.1.3 Violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

Em relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, trata-se de uma derivação direta da autonomia da vontade, porém com um viés verticalizado no que concerne à possibilidade de escolha na geração de seus filhos. Conforme visto no capítulo atinente ao histórico sobre a conduta abortiva, em algumas civilizações havia a proteção do direito a descendência dos pais, em razão de todo o contexto patriarcal à época. Inclusive com penas pecuniárias em alguns momentos, que deveriam ser pagas ao pai, caso ocorresse a morte da vida intrauterina. Nesse contexto, a mulher e o direito à sua sexualidade sadia e livre reprodução eram colocados em segundo plano, e esta muitas vezes, era obrigada a suportar a gravidez, em respeito aos direitos do pai na manutenção da sua linhagem.

Em âmbito internacional os direitos sexuais e reprodutivos são positivados na Conferência Internacional da População e Desenvolvimento (CIPD), em que com uma gama de países, inclusive o Brasil como parte signatária, estabeleceu o seguinte em seu capítulo VII:

§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão da saúde sexual e de reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

Pode parecer absurdo a garantia da linhagem do pai, em detrimento do uso do corpo da mãe, mesmo contra a sua vontade para a geração de um filho, como era feito em tempos remotos. Porém a reflexão nos dias de hoje é se a sociedade, encarnada na figura do Estado, não faz o mesmo com a mulher, quando impede o direito da mulher em viver a sua

sexualidade e planejamento familiar. Nesse sentido segue o trecho do voto acerca desse aspecto:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (BRASIL, 2016, p. 10).

Assim sendo, o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher tem um viés duplo: o de manter a saúde da mulher, em todo o seu aparato sexual e reprodutor, e assegurar e reforçar o direito à autonomia da vontade da mulher, na medida em que a coação a manter uma gestação indesejada será extremamente danosa para a gestante na esfera reprodutiva e sexual.

3.1.4 Violação à igualdade de gênero

Esse argumento trazido na decisão do Ministro Luís Roberto Barroso é pautado na longa e conhecida história da dualidade entre homem e mulher, tratando-se de um conflito que possui reflexos em diferentes campos sociais, trazendo injustiças no campo econômico, social, e nesse caso em relação a própria autonomia da mulher.

A temática tem o seu fulcro no fato de que, em razão do estado de direito que pressupõe a igualdade entre homens e mulheres, há no tocante a geração dos filhos um ônus exclusivo da mulher em relação aos homens, pois apenas estas engravidam e tem todas as implicações relativas ao processo de gestação. “Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.” (BRASIL, 2016, p. 11)

Assim sendo, o cerceamento da possibilidade de interrupção da gestação, como ônus exclusivamente imposto às mulheres, fere a igualdade em sentido material, especificamente no que se refere à identidade de gênero prevista na Constituição Federal.

3.1.5 Discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres

Por derradeiro, como aspecto material da decisão, a desigualdade social advinda da proibição é colocada como um dos fundamentos para demonstrar a inconstitucionalidade da proibição do aborto no cenário jurídico brasileiro. No entender do Ministro Barroso, há um maior gravame para as mulheres que se encontram na camada social mais baixa economicamente.

A proibição do aborto, atualmente, acaba por ser uma tipificação que não consegue efetivamente proteger o bem jurídico tutelado, em razão da difusão dos métodos de realização, e sobretudo, dos medicamentos que podem levar ao encerramento da vida do feto. Desse modo, são realizados abortos de modo clandestino, sendo difícil por parte do Estado um controle mais apurado sobre a incidência da conduta delituosa. Nessa toada, evidencia o Ministro Barroso:

Por fim, a tipificação penal produz também *discriminação social*, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não tem acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade da submissão a um procedimento médico seguro (BRASIL, 2016, p. 11).

No entender da argumentação, as mulheres com menores condições econômicas serão prejudicadas com maior monta relativamente às mulheres de camadas sociais mais altas, pois com menos recursos, e com a maior necessidade de realizar o procedimento abortivo, a condições do ato serão muito inferiores, sendo um risco para a vida, a saúde e a integridade. O que poderia ser evitado, no entender do Ministro, se o aborto não fosse uma conduta típica penal, para que desse modo seja possível fazer tal procedimento de modo seguro, inclusive, incluindo-o no sistema público de saúde.

Em suma, esses são os principais argumentos utilizados na parte material pelo Ministro Luís Roberto Barroso que convergem para a demonstração da inconstitucionalidade da proibição da interrupção da gravidez, fazendo que ao final, o seu voto fosse à direção de conceder *ex officio* a ordem de *habeas corpus*.

4. ONTOPSICOLOGIA, DIREITO E O CRITÉRIO AUTOPOIÉTICO ÔNTICO-HUMANISTA

Inevitavelmente o nosso pensamento jurídico ocidental deriva do berço da cultura romana, com institutos muitos similares em vigor ainda hoje, que buscam evidenciar o máximo possível a natureza humana para o convívio social. Com princípios e regras próprios, irradiaram grande parte dos sistemas jurídicos atuais. Sobre a magnitude do sistema jurídico do império romano, Moreira Alves salienta que:

Abarcando mais de 12 séculos de evolução – documentada com certa abundância de fontes -, nele desfilam, diante do estudioso, os problemas da construção, expansão e decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos. (2010, p. 2).

O grande compêndio romano é um vasto campo de estudo da ciência do Direito, sendo que houve a preocupação por parte dos juristas à época de preservar as obras, fruto do trabalho e empenho de diversos estudiosos ao longo dessa civilização.

Prova da grandiosidade do pensamento, simples, porém coerente, do império romano é a sua utilização mesmo após tantos anos de sua queda, ora servindo como base para alguns sistemas jurídicos, ora servindo como fonte de estudo na tentativa de compreensão dessa lógica.

Por isso, não é nele estudado [no direito romano] apenas nos países de tradição romanística, mas também naqueles em que seu direito tem raízes profundamente diversas, como ocorre na Inglaterra. No Brasil – e mesmo sucede nos demais Estados (França, Itália, Alemanha, etc.) que se encontram no primeiro caso – é particularmente útil o estudo do direito romano. Basta salientar, como observava Aberlardo Lobo, que dos 1807 artigos do Código Civil brasileiro de 1916, 1445 têm raízes na cultura romana. Essa influência também se observa no atual Código Civil brasileiro, até porque reproduziu grande número de dispositivo do anterior, ainda não havendo, porém, estudo mais amplo sobre essa influência nas inovações que ele apresenta. (2010, p. 3)

Com base nisso, é de suma importância o estudo e a utilização das premissas e da racionalidade do direito romano, que foi um dos antros de produção da ciência jurídica no mundo, com uma das maiores obras na história conhecida.

Porém, não é somente pelo tamanho, poder e extensão que o antigo mundo romano sobrevivera no aspecto jurídico até os dias atuais. Havia uma lógica precisa que ainda hoje é, em parte, presente, apesar do decurso do tempo e mudanças sociais, sendo que se aproximava e muito de um direito onto-humanista. Nesse entender Meneghetti explica que:

A partir de uma análise sobre mais de dez mil anos de cultura terrestre, para encontrar o nascimento das primeiras formas do que é o direito – das pedras rúnicas do código de Hamurabi, das tábuas da Torá à civilização de Alexandre Magno, do Koiné às leis dos Vikings e, em particular na Itália, dos Godos e Ostrogodos – resulta que a cultura mais sólida que substancia ainda hoje a nossa racionalidade jurídica em geral, em referência ao Estado e à sociedade, é a *cultura romana*. As outras são muito interessantes, mas aquela que torna essencial as formas atávicas onipresentes nos comportamentos do humano é Roma. Os primeiros princípios da Roma republicana – porque com a Roma imperial já muitas coisas mudaram – são ainda hoje extraordinários. (MENEGETTI, 2019a, p. 43).

O direito romano coloca o homem em primeiro posto na elaboração das normas jurídicas, pois busca, a partir da verificação dos movimentos sociais e individuais, evidenciar e dar ênfase às “formas atávicas onipresentes no comportamento humano”. Atávico significa, princípio, principal, que está na base, como herança positiva ao longo do tempo¹², ou seja, o que havia de mais positivo em relação ao projeto homem. E com essa ótica, sobretudo no período republicano, que depois é expresso em grande parte no *Corpus iuris civilis*, já com o imperador Justiniano (ALVES, 2010), o direito romano tem sempre uma ótica humanista em relação aos princípios e regras que eram talhados, sem nunca esquecer do social, porém dando uma atenção ao indivíduo e as suas formas elementares de se apresentar no mundo. Portanto, se verifica na história que um critério mais humanista, já fora utilizado para a elaboração de normas jurídicas.

Nesse sentido para haver uma refundação de elaboração e de análise das normas jurídicas em função do homem é necessário analisar quem é o homem, quais são as suas regras elementares e o colocando no centro, como destinatário último da lei, ou seja, ter uma visão humanista. Abbagnano, define humanismo do seguinte modo:

Esse termo é usado para indicar duas coisas diferentes: I) o movimento literário e filosófico que nasceu na Itália na segunda metade do século XIV, difundindo-se para os demais países da Europa e constituindo a origem da cultura moderna; II) qualquer movimento filosófico que tome como fundamento a natureza humana ou os limites e interesses do homem.

[...]

II) O segundo significado dessa palavra nem sempre tem vínculos estreitos com o primeiro. Pode-se dizer que, com esse sentido, Humanismo é toda filosofia que tome o homem como “medida das coisas”, segundo as antigas palavras de Protágoras. [...]

Em sentido mais geral, pode-se entender por Humanismo qualquer tendência filosófica que leve em consideração as possibilidades e, portanto, as limitações do homem, e que, com base nisso, redimensione os problemas filosóficos (ABBAGNANO, 2002, p. 602) (grifo nosso).

¹² Herança de características (psicológicas, intelectuais e comportamentais) dos antepassados. MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=atavismo>> Acesso em: 20 mai 2019.

É inegável o fato de que o Direito é um mecanismo que tem a finalidade de servir ao homem, e não o contrário. As normas jurídicas devem estar em função do homem no seu acontecimento histórico, possibilitando uma vida social mais sadia, tendendo ao desenvolvimento individual e por consequência do contexto em que está inserido. A sociabilidade é algo inato ao ser humano, como parte da sua intrínseca constituição, conforme ensina Meneghetti:

O homem é um ente inteligente social (comunidade do ser), animal-vegetal, racional-histórico. O conceito de *socialidade* é imanente na individuação do ente homem: somos necessitados – do intrínseco do nosso espírito – a amar e estar com os outros, porque o outro também sou eu. Isso deriva do fato de que cada um que existe é gerado e participe daquele ser geral que a todos nos colocou (MENEGETTI, 2014, p. 139).

Portanto, diferentemente do que diziam os contratualistas¹³, o ser humano se associa não por uma troca pensada em abrir mão de sua liberdade em contrapartida à segurança, dentre outras teorias do contrato ou pacto social, haja vista que o homem em estado de natureza, como entendem os autores dessa corrente, jamais foi visto. Essa troca de fato existe, mas o ser humano nas suas intrínsecas características já nasce social. As normas jurídicas são desse modo, um ponto de evolução dessa relação inata, uma organização racional a partir do espírito para a melhor convivência dos humanos em grupo, jamais em sentido contrário.

As culturas, inegavelmente, são responsáveis pela elaboração de um extenso quadro jurídico-social, que impõe a um indivíduo um certo tipo de conduta, de ações, e as noções de certo e errado. Na maioria das vezes, ocorre que esse aspecto fideísta das culturas impedem a análise fria e racional, em função do homem, de determinadas situações e conflitos, fazendo com que aquilo que foi estabelecido pelo consenso seja considerado o justo.

Então a noção do justo ou do injusto na atualidade, daí decorrendo atos ilícitos, delitos, etc. é pautada basicamente no consenso mais forte do momento em determinada circunscrição de poder. Por exemplo, algo que é permitido pela lei no ordenamento jurídico brasileiro pode ser totalmente proibido nos países árabes, ou um comportamento incentivado pelas normas de tribos específicas da Mongólia pode ser completamente abominado pela cultura brasileira, e ambos os povos acreditam que o seu modo de agir é o mais correto, justo possível.

Cada povo, antes de discutir ou combater, quer a garantia da legalidade sobre os princípios pelos quais vive e morre: não sabe se é justo e se dirige aos gestores

¹³ Os principais contratualistas eram John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. Defendiam a ideia que nos primórdios das sociedades existia o homem em estado de natureza, que por algum motivo de ganho, proteção ou bem-estar se associava perdendo assim, parte da sua liberdade em favor do social.

naturais do direito, da lei, da justiça. É tarefa da vela estar sobre a mesa, mas se as velas também se escondem – obedientes a qualquer violência do número – tudo está perdido (MENEGHETTI, 2019b, p.139).

A noção de justo e injusto, do modo como verificamos hoje, por se tratar de um conceito convencionalizado, não tem uma verificação precisa, sendo variante em infinitos modos a depender da sociedade que se analisa. Porém, existe um fator em comum em relação a todos os ordenamentos jurídicos existentes, que é o fator humano, ou seja, normas elaborados por seres humanos e para seres humanos. Trata-se de um parâmetro de partida para a verificação da funcionalidade do direito.

Cada país tem as suas leis; existe um país onde o aborto é proibido, um outro onde é consentido. Cada país coloca em vigor a lei que lhe é mais funcional e isso não pode contradizer um princípio fundamental a ética do homem. Como critério fundamental nós temos a nossa biologia animal. Se o nosso organismo como indivíduo e sociedade funciona, quer dizer que as leis funcionam; se em vez disso o organismo, como indivíduo ou como multidão, adoece fisicamente, quer dizer que as nossas leis estão erradas. (MENEGHETTI, 2019a, p. 205)

Obviamente que existem leis positivas e negativas para o humano, pois mesmo advindo de convenções não verificadas, muitas normas são funcionais ao escopo do direito que é “ordem e desenvolvimento” ao humano (MENEGHETTI, 2007). E a tarefa do jurista que se serve de um conhecimento mais humanista é a de verificar se as normas jurídicas, em específico, são uma ferramenta de evolução ou regressão para o humano no Planeta Terra.

Verificado que o homem tem uma necessidade natural de sociabilidade e de normas para regular as suas relações é de bom tom ter clara a noção de qual a real finalidade das normas jurídicas de uma perspectiva humanista, que podemos verificar a partir da reflexão que faz Meneghetti:

Finalidade da lei é o bem do próprio corpo social (assim é definido), seja em relação às partes componentes que ao conjunto dos pares: deve ser um bem circular. Primeiro bem da lei é o coletivo, secundário o indivíduo. Mesmo se na natureza o indivíduo da ordem social, a lei deve pensar no conjunto; todavia para salvaguardar esse conjunto não pode esquecer o tijolo (MENEGHETTI, 2019b, p. 140).

Desta feita, resta claro que as normas devem buscar o bem-estar do grupo circunscrito, da coletividade, mas não pode olvidar-se jamais dos direitos individuais, pois os cidadãos a partir do momento que *são*, estão adstritos a um determinado ordenamento jurídico e essa subscrição natural do contrato social é atinente aos deveres que tem com a sociedade, mas também com os direitos que devem ser resguardados e se necessários protegidos pelo Estado. Assim sendo, no que se refere aos choques de direitos fundamentais, como no caso em estudo, no conflito entre a imposição social da mulher gerar um filho para proteger os direitos do

possível vivente em detrimento das garantias da mulher de uma vida digna, não é possível escusar-se de dar uma atenção especial à mulher que é já um sujeito de Direito, que o Estado deve proteger e preservar.

As leis como realidade, em termos de direito positivo, devem ser cumpridas pelos seus cidadãos como elemento basilar do Estado Democrático de Direito e como fundamento de um sistema legal. O princípio romano *dura lex sed lex* (MENEGHETTI, 2019) é elementar, e portanto não há um questionamento comportamental em relação ao que está positivado. Todavia, é possível um questionamento racional-filosófico para verificar a coerência de determinadas normas e sua aplicação. Desse modo, surge a indagação sobre a justiça das leis, se a norma atende ao anseio social a qual foi proposta, se a sua aplicação é efetiva e se a proposta de fundo atende a uma necessidade humana.

Se depois adentrarmos nos códigos, nas várias teorias do direito, encontramos muitas definições, as quais porém não dão aquela abertura imediata sobre “o que é justiça”. Substancialmente também a justiça permanece um conceito *transcendente*: pode-se imaginá-lo, tentar de algum modo compreendê-lo, e quase sempre, tratando-se de um conceito transcendente, cada um dos interessados o refere ao próprio Deus, à própria fé, àquela soberania de Eu ideal (que cada homem tem do seu modo dentro de si) que deve de qualquer forma, demonstrar uma superioridade demonstrada ou indemonstrada, mas *absoluta*. (MENEGHETTI, 2007, p. 31)

Nessa toada é de bom alvitre o esclarecimento do que é o justo, para posteriormente analisar se as leis, e, sobretudo no presente estudo, as que concernem ao aborto, são consonantes com o princípio elementar do homem. Justo¹⁴ tem, como significado originário da sua etimologia, aquilo que é conforme ou igual (MENEGHETTI, 2019a). Porém, como visto anteriormente, caso se verifique tão somente os critérios sociais, essa conformidade não afrontará, de modo direto, a raiz ontológica do humano. Meneghetti evidencia esse quadro na atualidade:

O direito é justo se é *conforme ao quanto estabelecido* por quem ou que tem autoridade de diferenciar (Estado, sociedade primeiro ministro, assembleia parlamentar, povo que votou, instituições – ministério das relações interiores, ministério do trabalho etc.), ou seja, do *ipse dixit* de uma instituição, de uma democracia, etc. Isso é justo e, portanto, é de direito. Nessa primeira hipótese, que representa a maioria dos casos, retorna a situação real, objetiva do direito do Estado internacional: é lei o que foi estabelecido, ponto e basta; que seja verdadeiro ou não é outra questão. (MENEGHETTI, 2019a, p. 81)

Nesse ponto, é constatável pela maioria que a justiça estatal é de um certo modo, elaborada com determinados princípios espaço-temporais e que pelo consenso, a maioria do

¹⁴ Do latim *iustus*, que por sua vez provém do advérbio latino *iuxta* (tradução literal: ao lado, próximo) = está próximo igual, é paralelo síncrono. (MENEGHETTI, 2019a, p. 80)

momento acredita que é justo. Muitos podem pensar diferente, no entanto devem cumprir a lei, ou serão punidos pelo Estado.

Essa visão não é de todo mal, pois as necessidades históricas, com o desenvolvimento da humanidade são importantes, pois, a título exemplificativo, seria inimaginável nos dias de hoje regular exaustivamente a confecção de máquinas de escrever, ou de carroças. A sociedade evolui e o Direito deve seguir essa evolução *in progress*.

Todavia, deve haver um entrelaçamento entre as necessidades do grupo e a preservação das garantias individuais, pois o ser humano, apesar da evolução dos meios que se autoconstrói, possui uma essência perene, que deve ser levada em consideração.

O justo ontológico, que é o ponto de interesse deste livro, significa que, ao lado de todos os critérios, o homem deve saber colocar – em modo sincrético às outras exigências – também a projeção ontológica, isto é, como o ser dá a identidade daquele indivíduo, daquela coisa. Os homens são ocasionais, o ser é perene. Critério ontológico: qual é a lógica, o modo do ser na existência. (MENEGETTI, 2019, p. 81)

Assim sendo, através dessa ótica é possível averiguar o direito com uma perspectiva para além da cultura local em determinado recorte de tempo e espaço, com fundamento no homem por como é constituído de modo perene. Porém sem desprezar ou rechaçar a cultura do momento colocando-a em dialética com o princípio constituinte do ser humano, no escopo de haver o resultado mais funcional.

Primeiro dever da lei é a salvaguarda de tudo o que é o ciclo biológico do homem, porque ele é a premissa que dá o existir ou o não existir do titular e a sua conservação. Secundário é o ciclo psíquico, o qual é atinente a tudo o que é específico da atividade psíquica: emoções, vontade, sabedoria, estética, etc. e em particular todas as propriedades da mente ou intelecto, cujo objeto específico é a verdade (ser como a verdade atrai). (MENEGETTI, 2019b, p. 151)

Na atualidade os ordenamentos jurídicos, de fato, buscam regular da melhor maneira as relações sociais. É inegável o fato dos juristas buscarem essa racionalidade, no intuito de melhorar a sociedade. Porém, como já mencionado, por conta da cultura, dos modos de educação e do desconhecimento total ou parcial de quem é o homem e sua constituição, caminham em uma direção, muitas vezes contrária a um direito ontológico, ainda que de boa-fé.

Através do estudo comprovado em resultados positivos, a Ontopsicologia afirma que é necessário a indagação de quem é o homem, e que há uma essência que o faz ser como tal:

Qual homem? O homem cristão, o homem islâmico, o homem medieval ou o homem do terceiro milênio? Antes de tudo, por “homem” é preciso entender *uma*

global formalização de inteligência em ação, portanto, uma unidade de ação que especifica uma forma de inteligência. Em tal entendimento, o conceito de homem não deriva tanto de extremizações biológicas (tem duas mãos, dez dedos, dois olhos, o fígado, os pulmões, etc.) O organismo é um aglomerado acidental. O essencial de um homem é uma unidade de ação, com uma inteligência formal que se especifica em um universo de vida, portanto é um vivente, um semovente e um autônomo (MENEGETTI, 2018, p. 39).

Nessa toada, o ser humano como animal inteligente tem a necessidade de organizar-se não somente em modo biológico, mas também em operações sociais que exijam o exercício da racionalidade em ato, do uso do intelecto. Meneghetti corrobora isso ao afirmar que:

Substancialmente, além da conveniência de unidade de espécie (biologia e medicina), unidade física (matemática e física), é necessário encontrar uma unidade formal que possa fazer de denominador comum a todas as operações humanas como espécie social e inteligência. E, a partir dessa, instituir a racionalidade legal (MENEGETTI, 2018, p. 11).

A racionalidade legal, ou seja, um ordenamento jurídico é essencial, haja vista que o homem, como supramencionado, é um ser sociável por natureza, se faz imprescindível princípios e regras, positivos ou consuetudinários para regular essas relações. No nosso estado civilizatório atual a maior parte dessa organização se faz a partir das leis. No Brasil e outros países de tradição romano-germânica o imperativo legal é o ponto fundamental de regulação social.

A Ontopsicologia, de uma perspectiva humanista, busca contribuir com a ciência jurídica através da proposta de um critério para a averiguação e, futuramente, elaboração das normas jurídicas. Esse critério é denominado “autopoietico ôntico-humanista”, que tem como ponto central o ser humano no seu acontecimento histórico a partir de uma lógica de natureza (MENEGETTI, 2019b). Sobre a etimologia e ponto de aferição desse critério, Meneghetti elucida:

Autopoietico (do grego “αὐτός”= “si mesmo”; “ποιέω” = “fazer”) é um autoposição, um autofazer-se. A célula, em sentido biológico (esse não é um exemplo, mas uma referência concreta), põe-se por si, é um apriori irrefutável; qualquer que seja o modo ou a arte clínica dos médicos, a célula é apriorica a todas as determinações, as hipóteses, as elaborações ou as cirurgias. O orgânico racional ao qual me refiro é algo semelhante e encontra-se no humano conforme e como a natureza estruturou biologicamente e geneticamente (MENEGETTI, 2019b, p.136).

A própria natureza do homem em si é o ponto de partida da análise da funcionalidade das normas jurídicas. Na elaboração e interpretação das normas a partir das ideologias, muitas das vezes, não levam a uma lógica de crescimento para o homem, na medida em que são relativas ao modo de pensar de cada indivíduo e civilização, possibilitando uma margem

muito grande de discricionariedade, gerando assim uma autopoiese *dóxica*¹⁵, distanciando-se da natural lógica humana.

O homem como medida de todas as coisas é um ponto de partida fulcral para a elaboração de qualquer conhecimento. Ao longo de sua larga trajetória a Ontopsicologia verificou como funciona o ser humano no Planeta Terra, em especial através das suas descobertas¹⁶ realizadas *in loco*, na atividade clínica bem sucedida e depois documentadas cientificamente. Através desses conhecimentos pôde evidenciar como é o ser humano no aqui e agora independente de qualquer cultura.

O Em Si ôntico, como uma das três descobertas elementares da Ontopsicologia, é o que determina o humano como tal, é o seu princípio que lhe fornece todas as suas características como existência individuada. Trata-se do “projeto-base de natureza que constitui o ser humano” (MENEGETTI, 2012, p. 84). Nesse sentido, quando tratamos do princípio autopoietico ôntico humanista, a referência humana é feita a esse homem de acordo com a sua íntima constituição apriórica a qualquer cultura, ou seja, com base na natureza biológica. Seguindo esse critério é possível salvaguardar a individuação, no sentido de poder se concretizar na história e conseqüentemente realizar o seu bem-estar e autorrealização. Nesse sentido Meneghetti entende que:

Com base nesse critério é possível discernir o que é positivo e o que é negativo, o que faz desenvolver e o que faz decrescer, o que é humano e o que não é humano. Podemos estudar e analisar o mal e o bem, não em absoluto, mas somente inerente ao homem. A nossa ciência é sempre uma relação antropológica e pessoal. Um contexto é positivo se, em sentido gestáltico, confirma, desenvolve e reforça a constante H; é negativo se, ao contrário, a enfraquece. Em todas as questões morais relativas ao homem (aborto, matrimônio, etc.), o critério é dado pela reação a longo prazo da Constante H (MENEGETTI, 2010, p.520).

Como já salientado as normas jurídicas são elaboradas pelo homem e para o homem, portanto, esse critério pautado no funcionamento da natureza humana é essencial como ponto de partida de análise para o direito. Através desse critério, é perceptível que o homem possui uma parte totalmente individual e irrepitível e uma parte que é comum às características humanas de todos os indivíduos. Essa parte comum foi denominada como Constante H. Nesse sentido Constante H é “o valor prioritário elementar deduzido da intrínseca forma que especifica a energia elementar da intrínseca forma que individua e especifica o humano

¹⁵ “Todavia, de fato, todos estamos imersos em uma *autopoiese dóxica*. A doxa (opinião) é a lógica de ação de um número de sujeitos que prevalece om base na quantidade de violência física.” (MENEGETTI, 2019b, p. 154).

¹⁶ As três principais descobertas da Ontopsicologia são o Em Si ôntico, o Campo Semântico e o Monitor de Deflexão. (MENEGETTI, 2010).

enquanto tal e o distingue de todas as outras formas do existir” (MENEGHETTI, 2012, p. 60). E com base nessa precisa constituição humana existem regras que devem ser seguidas, pois, caso contrário a individuação terá uma regressão e não chegará à sua realização como existente.

Portanto, o critério autopoietico ôntico-humanista trata-se de uma autoposição do homem, ou seja, o modo como se coloca e constrói na história, tendo como fundamento a constituição humana para além de qualquer cultura ou ideologia, expressa através dos delineamentos do Em Si ôntico e da Constante H. Ou seja, é um parâmetro que analisa as normas jurídicas em face do homem ontológico.

Replicando essa lógica natural, dos comportamentos mais simples aos mais complexos como fenomenologias da ação humana (portanto seguindo essa intrínseca lógica), chega-se a um direito natural, porém, não ideológico, mas sim embasado na intrínseca constituição humana. Não se trata de fazer um paralelo com os clássicos sobre a *lex naturalis* ou *lex aeterna*, pois “esse momento autopoietico ôntico-humanista, que também faz parte da natureza, não tem nada a ver com a ideologia jusnaturalista ou com outros conceitos análogos. (MENEGHETTI, 2019b, p. 135). É claro que, para chegar a esse ponto, se faz essencial uma compreensão do humano em sede física e psíquica, como experienciado pela Ontopsicologia:

O princípio autopoietico ôntico-humanista é um fato que surge da análise e da experiência do comportamento da inseidade do indivíduo social, organizado segundo a projeção da natureza ecológica e da natureza biológica. *Natureza ecológica* é o sujeito no contexto universal deste planeta. *Natureza biológica* é a especificidade do organismo celular e molecular. Sobretudo este último evidencia uma justaposição das partes de modo hierárquico-funcional que ensina a regra do múltiplice com escopo único, consentindo o máximo de horizonte a cada uma das partes (MENEGHETTI, 2019b, p. 153).

Essa hierarquia natural é vista no existir humano, nas demais individuações e por vezes analisada nas normas jurídicas que são projeções dos modos de agir do homem. Muitos são os exemplos, mas especificamente trataremos do caso de aborto, em que também deve haver uma hierarquia ontológica no momento de análise (Vide Resultados e Discussões).

Desse modo, visto que o homem é um ente com uma ordem precisa, necessária para a sua autoconstrução na história, que necessita de estar em sociedade por constituição natural e que esta convivência precisa ser regulada, haja vista que essa regulação deve se aproximar da lógica biológica do humano em consonância com o social, o “direito é sadio se produz conformidade a um bem natural, da vida, portanto da ótica e do critério do Em Si ôntico: substancialmente, se é *conforme à identidade de natureza do sujeito ou do objeto*”. (MENEGHETTI, 2019a, p. 79). Nesse sentido as normas atinentes ao aborto devem ser

verificadas com essa lógica: se fazem mal, impedem ou diminuem a ordem natural do indivíduo, no caso a mulher, é injusta; caso seja um facilitador, que reforça ou não contradiga essa ordem, é positiva. E no caso da limitação ou enfraquecimento de alguns pontos dessa ordem, deve haver uma contrapartida que a justifique, ou seja, no presente trabalho deve-se analisar se a possível vida do feto é suficiente para limitar os direitos fundamentais da mulher. E daqui parte o critério de análise deste estudo.

Com base nessas premissas, é possível discutir a decisão do *Habeas Corpus* 124.306/RJ, objeto desse estudo, em consonância com os dispositivos nela afrontados, buscando sempre uma lógica fundada em um critério autopoietico ôntico-humanista.

5. DISCUSSÕES E RESULTADOS

A decisão objeto desse estudo vai em dissonância com o que é disposto literalmente no Código Penal, porém, com um entendimento sob uma ótica constitucional, segue uma lógica diversa. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, em discordância com o que é estabelecido no Código Penal Brasileiro acerca do aborto, manifesta claramente uma posição contrária, expondo os seus fundamentos que foram explicitados em capítulo próprio *supra*.

Após a alusão de um direito mais humano fundamentado no critério autopoietico ôntico-humanista, proposto pela escola ontopsicológica, é necessário fazer uma análise dos argumentos materiais destacados na decisão, a partir de uma lógica fundamentada no indivíduo. Então a análise, em síntese, é a de verificação do argumento em consonância ao homem ontológico e se reforça ou diminui a sua autoposição na existência.

O argumento inicial do Ministro Barroso é que o aborto como tipo penal fere o direito à autonomia da mulher, ou seja, a mulher não pode dispor livremente do seu corpo. Trata-se de uma imposição Estatal que visa controlar de modo coercitivo que a mulher suporte a gravidez até o seu termo.

Cumprido destacar o modo de pensar do Ministro, que de início esclarece que a decisão tem um olhar voltado para a mulher, ou seja, a já genitora que suportará a gravidez e todos os seus efeitos correlatos. Nesse sentido, o olhar estritamente focado nos direitos do nascituro é lesivo à mulher, que já é uma realidade existencial. Não se pode olvidar que o nascituro e as discussões acerca do início da vida são infundáveis, a depender da lógica ideológica utilizada,

o que não se pode dizer da genitora que já possui uma vida em sentido biológico e jurídico completa.

A indagação do Ministro Luís Roberto Barroso sobre essa realidade é sintomática, pois se a sociedade está a serviço do humano, a imposição do estado em fazer com que a mulher suporte a gravidez, mesmo indesejada, faz com que parte do seu corpo esteja a serviço da sociedade¹⁷ e não da própria vida como individuação. Esse argumento é a radicalidade da fundamentação da decisão que depois norteia os demais argumentos próximos.

Já fora evidenciado o que vem a ser autonomia em sentido jurídico, e nesse momento impende destacar o que é autonomia de acordo com a visão ontopsicológica, que como ensina Meneghetti é a “impostação prática de como se inserir com resultado positivo no sistema social para garantir a si mesmo como pessoa, como ambiente, como sociedade e como business.” (MENEGETTI, 2017, p. 11). Ou seja, é o modo de liberdade que o indivíduo possui para poder atuar no social, é essencial em todos os aspectos da existência.

Nessa linha, vontade é a “faculdade de principiar e atuar o ato em modo, lugar e tempo. Exercício da intencionalidade” (MENEGETTI, 2012, p. 273). Autonomia da vontade, desse modo, trata-se da faculdade de poder agir em consonância com a sua própria identidade, de modo a reforçá-la, em todos os campos da existência.

Desse modo a livre disposição de vontade sobre o próprio corpo compreende um dos aspectos de autonomia do indivíduo, no caso em questão o corpo da mulher na ocasião do período de gestação. Quando há a retirada drástica do Estado sobre esse direito, a existência da mulher em sentido global é comprometida, pois fica limitada a uma imposição do Estado em suportar a gravidez, mesmo que não seja de acordo com a sua própria identidade.

A autonomia da vontade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e também de um direito em prol de uma vida digna, sendo que pode existir uma limitação desse direito fundamental advinda do ordenamento jurídico, que pode variar a depender do pensamento coletivo em relação a determinados comportamentos. O que é conforme a esse pensamento social é considerado justo, porém não o justo ontológico, como já salientado. É necessário analisar se o bem jurídico oposto é suficiente a ponto de limitar a vedação estatal do aborto. Em outras palavras a vida intrauterina é suficiente para limitar a autonomia da mulher sobre o próprio corpo?

¹⁷ “Uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos com que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade.” (SARMENTO, 2006, p. 158).

Na maioria dos estudos dos defensores do aborto, se verifica o enfoque totalmente voltado para a vida do nascituro, esquecendo-se de que a genitora também terá gravames, que em uma gestação indesejada trazem danos incomensuráveis de ordem física e psíquica. O interessante nesse caso é que, como já elucidado *supra*, não há uma certeza quanto ao início da vida do nascituro, e isso o torna uma possível vida, cabendo ao consenso determinar o momento da proteção do nascituro. Nessa linha, Meneghetti analisa que “incerta a presença da alma na sua totalidade, tudo fica à discricção da sociedade. Na religião, é primária a fé. Na ciência e no direito, tudo é regulado pela racionalidade aplicada e demonstrada pelos fatos (MENEGHETTI, 2013, p. 171). A esse ponto a ciência jurídica, que é estritamente ligada ao que se pode materializar como prova, protege um bem jurídico sem comprovação exata, em detrimento de um bem jurídico que se pode evidenciar de modo concreto, ou seja, a possível vida do nascituro vale mais do que a vida da mulher.

Com as novas experiências de fertilização *in vitro*, e outras do gênero genético, é bem possível que em algum momento da história, seguindo a linha de pensamento de algumas correntes, passemos a considerar como vida elementos anteriores ao feto, como óvulos ou espermatozoides e daí decorrendo diversos aspectos jurídicos, o que seria um contrassenso, mas pelo critério convencional não é impossível. Sobre esse aspecto Meneghetti em sede filosófica explana:

Filosoficamente, porém, não se pode aceitar como absolutamente verdadeiro aquilo que a sociedade declara: de um ponto de vista filosófico, colocar o momento da alma no espermatozoide, assim como no quarto, quinto ou sexto mês é um livre arbítrio, em relação ao qual a sociedade de direito tem pleno título para discriminar ao escopo do interesse público. (MENEGHETTI, 2014, p. 154)

O interesse público consensual nesse caso afeta drasticamente a mulher, pois desorganiza toda uma ordem já existente e contributiva para o social, em face de um possível. Nessa ótica, o real interesse público é afastado, pois procura trocar as condições básicas de uma vida digna de alguém que já é parte integrante e agente no corpo social por uma possível vida. É um processo que é redutivo para grande parte da população feminina e reflete em um problema que afeta também o interesse público e o social.

O *aborto* é a eliminação de uma provável vida, de um vivente ainda não definido. Mas se este aborto serve para salvar a vida de um vivente já construído, como a mãe, por lei de natureza pode-se sacrificar o não existente a favor do já existente, porque este último é uma obra mais vital, contribui mais, é um bem já realizado que está em atividade produtiva. O incipiente permanece ainda com diversas interrogações, e não se pode adequar um princípio incerto diante de um princípio certo. (MENEGHETTI, 2005, p. 143).

Ainda em uma visão filosófica, Meneghetti afirma que para a caracterização da espiritualidade existe um momento específico:

A personalidade de um indivíduo humano testemunha e demonstra a presença do livre arbítrio – consequencial é a espiritualidade – somente quando mostra a capacidade de “não”. Antes disso, são todas *predisposições*, por isso sobre a questão do *aborto*, a meu ver, se a criança não é esperada, desejada com prazer pelos genitores (em particular pela mãe), seria melhor não fazê-la (MENEGHETTI, 2014, p. 154).

Seguindo esse raciocínio, limitar a autonomia da vontade sobre o corpo da mãe em face de um possível, que ainda está no útero materno, vai de encontro a uma lógica hierárquico-biológica do humano, na medida em que prevalece o menor em direito em detrimento ao que possui mais direito. Essa lógica já era manifestada, em forma oposta, no direito romano expressa no princípio *ubi maior minor cessat*.¹⁸ A mãe que, de acordo com o sistema social e também com base em uma lógica biológica, possui mais direitos está sendo prejudicada na relação com o que possui menos direitos. Portanto, há o comprometimento da vida da mãe em face de uma expectativa de direito. Vida não somente entendida como o ato de sobreviver, mas sim uma vida digna, nos moldes citados anteriormente, que inclusive é um direito preconizado no supraprincípio da Dignidade Humana, constante do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

O próprio sistema jurídico nacional já positiva esse princípio, que é funcional, advindo das raízes do humanismo, pois, a dignidade humana, expressa no direito à autonomia sobre o próprio corpo, conjugada ao direito à liberdade, é funcional ao sujeito para que possa atuar a sua própria identidade na história (MENEGHETTI, 2017). O sistema jurídico deve regular essa autonomia, na medida em que a sua falta de limites pode trazer prejuízo aos demais indivíduos componentes do grupo, de igual ou superior contribuição social e consequentemente ao sistema em si, o que não ocorre no caso de aborto, em que a lógica é invertida. Como visto, a lei deve salvaguardar a ordem do sistema em consonância com uma preservação às individualidades. No caso em tela, a imposição do Estado, retirando à mulher a autonomia de decidir sobre as mudanças drásticas que haverão na sua vida (que são positivas para quem realmente decide pela maternidade, porém destrutivas a quem não a deseja), de todas as ordens existenciais possíveis, vai contra uma lógica humana em sentido ontológico, pois reduz a operativa da mulher, logo uma diminuição da individuação em sentido autopoietico ôntico-humanista.

¹⁸ “Onde se encontra o maior [em autoridade], o menor cessa [de exercitar a sua tarefa]” (MENEGHETTI, 2019a, p. 54).

A partir do momento em que o ser humano é posto nessa existência, tem algumas características inatas, lógicas precisas e uma constituição física e psíquica que consentem a possibilidade de realização ao longo da sua existência nas coordenadas espaço-temporais que conhecemos. O ser humano, portanto, é hilemórfico¹⁹, ou seja, é composto de matéria e forma, e a primeira manifestação material do sujeito se dá no corpo (MENEGHETTI, 2015). E é exatamente esse o segundo argumento que trata da integridade física e psíquica da mulher.

Assim sendo, pautado nessa dualidade de corpo e psique, nenhuma dessas partes pode ser negligenciada, na medida em que são estritamente necessárias para a realização pessoal, e, sobretudo o bem-estar individual, que depois refletirá em um bem-estar social. O conjunto dessas funções pode ser denominado *organísmico*, ou seja, “conjunto de funções materiais e psíquicas para uma unidade de ação. Contexto psicobiológico e espiritual. Presença do Em Si ôntico no orgânico humano” (MENEGHETTI, 2012, p. 198). Nesse diapasão, o corpo e a mente são essenciais para a atuação e reforço do sujeito em autopoiese ôntico-humanista.

O posicionamento do Ministro, salientando o fato de que a gravidez pode ser algo de extrema felicidade quando desejada e ao mesmo tempo se tornar algo efetivamente destrutivo quando não querida, vai ao encontro de uma perspectiva mais humana em relação a mulher. É inegável o fato de que com a gravidez a mulher passa por diversas transformações corporais, ínsito à natureza humana nesse período, todavia, quando impostas pelo Estado contra a vontade da mulher se tornam um pesado fardo a ser carregado, sendo inclusive uma espécie de lesão contra o próprio corpo. Nesse sentido afirma Meneghetti:

As atuais problemáticas sobre o aborto, eutanásia e testamento biológico é suficiente recordar: não se pode estabelecer um dever indiscutível à existência racional do espírito (alma); e não se pode violentar o espírito contra a natureza (quanto o corpo humano está há tempo em processo de morte, reduzi-lo a vegetal permanente é contra a identidade de natureza (MENEGHETTI, 2013b, p. 171).

O simples dever natural de não lesionar as outras individuações em sentido físico e psíquico seria suficiente para um novo olhar acerca do aborto. Essa lesão, em um primeiro momento física, está diametralmente ligada aos danos psicológicos dela derivantes, sendo que tal pressão em suportar durante nove meses, 24 horas por dia, algo que não lhe é desejado, causa danos psicológicos de altíssimo grau (MENEGHETTI, 2005). Ainda no que se referem aos danos psicológicos, cada individuação possui um modo próprio de atuar na existência,

¹⁹ **Hilemórfico.** grego *híle*, *-es*, floresta, madeira, matéria + grego *morfê*, *-ês*, forma + *-ico*. in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/hilem%3%b3rfico>> Acesso em 25 jul. 2019.

pois há uma raiz comum a todos os seres humanos que depois se especifica de modo infinitamente aberto para cada sujeito. Na hipótese do Estado impor a mudança da diretividade desse projeto, como na manutenção do feto, a frustração da mulher em relação ao conjunto da sua vida será efetivamente lesiva à sua estrutura pessoal.

O Estado faz jus ao seu *ius puniendi* quando pune severamente lesões corporais, em diversos graus, e lesões psicológicas através dos tipos penais previstos na legislação. É um contrassenso que estimule e puna o comportamento contrário a essa flagelação que é uma gravidez indesejada. Como bem referencia o Ministro Luís Roberto Barroso, “Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher” (BRASIL, 2016, p. 10). Portanto, a suspensão da possível vida intrauterina para salvaguardar essa ordem individual da mulher é válida. Nesse entendimento Meneghetti ensina que:

A suspensão do potencial vida é sempre possível e se deve sempre fazer quando é salvaguarda à plenitude do ato aqui e agora. Somente essa plenitude pode gerir o melhor sucesso também do amanhã. Isso faz parte dos altos valores morais do Em Si da vida, aquela moral que transcende toda a religião, cultura, código, mas que se refere a um grande amor do real (MENEGETTI, 2013a, p. 26).

A violação da integridade física e psíquica é um argumento válido do Ministro Luís Roberto Barroso, pois a preservação ou não-imposição de autoagressão a essa esfera jurídica é positiva para a mulher e lhe possibilita o livre reforço da sua própria identidade. De uma perspectiva autopoietica ôntico-humanista esse argumento é condizente com o justo ontológico.

Mantendo essa linha de pensamento, como visto *supra* o argumento seguinte é a violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Em relação a esse ponto, mister se faz ressaltar que não se trata de estimular o aborto, porém em situações necessárias não tirar essa decisão da mulher, haja vista que, em consonância a essa possibilidade, não há a dispensa do uso e intensificação de políticas públicas acerca dos aspectos relacionados à sexualidade.

Como verificamos em sede de análise de um direito mais humanista, cada individuação possui um projeto próprio, com uma posição específica para a sua situação existencial que lhe consente a realização. Esse projeto é baseado em uma virtualidade ôntica e realizado no curso da vida consonando com as possibilidades históricas que lhe são consentidas. As ações do indivíduo que são coesas com esse projeto de natureza o aumentam e possibilitam um crescimento progressivo, levando-o à realização existencial. Quando se vai

contra esse projeto, o sujeito age contra a própria vida, levando à frustração e paulatinamente à destruição, em sentido físico e psíquico de si mesmo.

A gravidez pode não ser de acordo com o mais apropriado para a mulher naquele momento, pode não ser o otimal para o seu projeto atual, futuro ou quem sabe em nenhum momento, pois a mulher, apesar de ser uma possível mãe, não necessariamente tem que seguir essa condição na sua vida. Caso aja contra o seu projeto, sendo imposta a suportar a gravidez até o seu termo final, assumindo posteriormente a vida materna, poderá estar agindo contra a sua própria essência, lesionando a si mesma e o curso do seu devir existencial.

Além disso, deve-se verificar que a escolha da maternidade é algo de imensa responsabilidade, deve ser uma decisão que de fato represente a vontade da mãe, como fator para resguardar a integridade da vida desta, mas também para a criança que eventualmente venha a nascer. Segundo Meneghetti “também no caso do aborto, decidir pelo nascimento ou não de um filho é ato de grande realismo, de grande responsabilidade para com a vida. Naquele momento, o genitor é uma causa que pode fazer ser ou não ser.” (MENEGETTI, 2015, p 26). Também no caso em que o Estado imponha essa realidade à mulher determinará uma mudança radical na vida desta, tirando, desse modo, a determinação sobre o seu próprio percurso existencial.

A maternidade trata-se de uma bela escolha, como fruto de realização, “os genitores em sentido universal, são determinados pela sua vida real, pelo seu aqui e agora, pelo seu amor intrínseco, pelo seu valor de existir.” (MENEGETTI, 2015, p. 26). Caso contrário, ou seja, não haja esse cenário, a mãe sofrerá durante e depois da gravidez, por tempo indeterminado, pois sua vida mudará de modo drástico e o que poderia ser um grande momento, em circunstâncias não congruentes, torna-se um desvio existencial para a mulher.

Analisando da ótica do nascituro, quando é fruto de uma gravidez indesejada também a criança será prejudicada, não virá bem ao mundo, pois na maioria dos casos ao nascer terá problemas físicos e psíquicos oriundos de uma gestação por parte de alguém que é contra a sua existência. Meneghetti, que, como não podemos esquecer, estudou a fundo as patologias no humano²⁰, nesse sentido evidencia:

O direito à vida não garante o melhor pessoal jurídico, social ou biológico. O melhor deriva da arte proporcional dos conjuntos. Sem dúvida, o direito à vida dá possibilidade de sadio e doente, em qualquer conjunto ambivalente, é privilegiado o pior. Se houvesse mais abortos (aplicados por como permitido pela natureza, até os

²⁰ Cfr. MENEGETTI, Antonio. **Manual de Ontopsicologia**. 4. ed. Recanto Maestro: Ontopsicologia Ed., 2010; MENEGETTI, Antonio. **A esquizofrenia na ótica ontopsicológica**. Recanto Maestro: Ontopsicologica Editrice, 2005, dentre outras obras do autor.

três quatro meses de gravidez), em certos campos teríamos tido um menor número de doentes, de esquizofrênicos. O moralismo, que necessita a mãe a servir sempre e de todo modo o feto, não vai a favor da evolução e sobretudo não favorece a felicidade do nascituro. (MENEGETTI, 2005, p. 146)

Ou seja, a criança ao nascer, desse modo, indesejada, também sofrerá danos de ordem moral, psíquica e até mesmo física. Nesse sentido vale ressaltar que “é ético escolher condenar o nascituro à dor, a uma inferioridade sócio existencial, confirmar um erro que a natureza – já por sua intrínseca posição – está eliminando? Quantos óvulos e espermatozoides, quantas guerras, quantas epidemias fazem contínua seleção por acaso!” (MENEGETTI, 2005, p. 143). É um dano correlato, que não é o ponto basilar, mas que demonstra que o tão defendido bem jurídico, que é a vida do nascituro, por vezes não é tão absoluto como se imagina em algumas correntes.

É constatável o fato de que existem pessoas que, mesmo sabendo que estão indo contra si, escolhem manter aquela determinada ação, e isso não é um problema. O problema existe na medida em que não há uma liberdade de escolha, haja vista que a punição da interrupção da gravidez tira qualquer possibilidade de decisão, já que a única alternativa é a de suportar a gravidez ou sofrer a reprovabilidade e punição social. Essa possibilidade de determinação que o Ministro Luís Roberto Barroso utiliza é um fator jurídico que reforça a identidade e o decurso da vida natural para a mulher.

Esses três primeiros argumentos, quais sejam, o direito a autonomia da mulher sobre o próprio corpo, a proteção à integridade física e psíquica e a preservação dos direitos sexuais da mulher, entendemos ser de acordo com uma lógica mais humana em relação à mulher, tendo em vista que buscam manter o núcleo existencial desta como ser humano, visando resguardar o mínimo possível para que tenha uma vida digna; nesse sentido em termos ontológicos, para que possa atuar o seu projeto ontológico na existência. Além disso, enfrentam diretamente a questão, vão à raiz do problema, anterior a qualquer correlato. Ou seja, a autonomia sobre o próprio corpo da mulher e seus desdobramentos, em integridade física e psíquica e direitos sexuais e reprodutivos, constituem o núcleo essencial para a sobrevivência humana em consonância com uma ótica autopoietica ontológico-humanista, em outras palavras, uma vida digna.

Tratando do ponto em que o Ministro Luís Barroso aborda a violação de igualdade de gênero, tendo como ponto de partida uma questão em voga na sociedade atual e que move diversos segmentos sociais. É inegável o fato de que existem essas diferenciações de sexo, como constituição intrínseca do ser humano, no entanto não é fundamento essencial para justificar a possibilidade de realização do aborto.

A desigualdade entre homem e mulher sempre existirá em âmbito fenomenológico e o direito deve observá-la, obviamente que através de medidas positivas concretizar a igualdade material. Porém, o ponto essencial da decisão é a autonomia da vontade da mulher em consonância com os desdobramentos supramencionados. Nesse sentido o direito a igualdade de gênero já é um reflexo, que será alcançado caso seja possível a mulher dispor do seu próprio corpo podendo interromper o processo de gestação nas suas primeiras semanas.

A essência individual humana em um primeiro momento não tem sexo (MENEGETTI, 2015a), as regras de constante H vão a essa raiz apriórica, e posteriormente analisa-se as questões relativas à identidade de gênero. Obviamente que as mulheres são as principais interessadas nessa questão, todavia, colocar-se em dialética com homens em razão de um direito que estes não tem a possibilidade biológica de adquirirem, afasta-se do objeto principal, que é garantir a própria identidade.

Nessa parte da decisão o Ministro Barroso atende a um critério mais social do que propriamente ontológico em si, podendo ser válido como complemento, porém ao nosso entender, *data maxima venia*, tangencia do objeto principal da demanda, portanto não reforçando o núcleo autopoietico ôntico humanista na decisão específica. É necessário esclarecer que o direito à igualdade material entre homens e mulheres é de suma importância e atende ao princípio ontológico do humano em tantas situações, porém nesse caso, não ataca diretamente o principal, que é o núcleo existencial biológico da mulher.

Como último argumento, o Ministro se baseia na desigualdade sócio-econômica, afirmando que as mulheres com menores condições financeiras tem um abalo maior, pois não tendo recursos para custear clínicas e médicos especializados, acabam sendo o maior alvo das fatalidades que surgem em abortamentos feitos de modo clandestino. Em pesquisas realizadas, verificou-se que mulheres de diversas classes já realizaram o procedimento abortivo, é o que constata Diniz:

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município (DINIZ, 2017, p. 656).

Também há de se questionar essa fundamentação, mais uma vez, com o máximo de respeito pelo Ministro da Suprema Corte, tendo em vista que trata-se de uma razão adjacente. É uma questão também importante em termos sociais, porém, para a decisão em si, o modo

como se faz o aborto na clandestinidade, não ataca diretamente a vedação do aborto em si. Caso o aborto não seja legalizado haverá mortes de mulheres ricas e pobres, claro que em escalas diferentes. O índice de mortalidade das pessoas pobres, infelizmente por diversas questões sociais, é maior em relação àquelas com o maior potencial aquisitivo em praticamente todos os segmentos sociais.

A falta de um procedimento seguro no sistema público de saúde disponível e acessível à população em geral, é uma dificuldade, porém, em razão da prática não ser permitida na nossa legislação e conseqüentemente não haver uma fiscalização, as clínicas clandestinas também não trazem uma segurança total sobre o procedimento, ainda que acessíveis às classes de maior poder aquisitivo. Tanto é verdade, que muitas dessas clínicas, ditas “seguras”, se utilizam de falsos médicos, enfermeiros e com procedimentos duvidosos, levando a morte também mulheres de melhor condição social.²¹

Essa falta de estruturação, tanto de pessoal qualificado, como de procedimentos e materiais adequados, se dá obviamente pela *persecutio criminis* do Estado em relação ao procedimento abortivo e inexistência de fiscalização. Alguns entendem que há outros jogos de interesses que não só a dualidade mulher x nascituro, como é o caso de Sarmento:

Existe uma razão perversa de ser, uma vez que a lei não permite que sua prática seja controlada pelo Estado. É feita de forma clandestina porque é criminalizada, o que torna a prática perigosa. Não é só a mulher pobre que é criminalizada, mas também aquela que paga pelo serviço. Não é seguro para ela nem para o médico, que estão sujeitos a controle e a punição. O fato é que a criminalização não impede a prática, visto ainda que a penalização realmente acontece pela influência da religião. Não há interesse na criminalização porque não há interesse na fiscalização. O que nos leva à conclusão de que a criminalização atende a outros interesses, o que faz a prática ser uma atividade lucrativa. É um papel perverso (SARMENTO, 2006, p. 114).

Essa situação pode ou não existir, no entanto não possuímos elementos para constatar, e a falta de procedimentos médicos seguros, seja nos hospitais de ponta ou na rede pública de saúde, é um desdobramento da vedação da conduta abortiva no ordenamento jurídico nacional. Porém, como já verificado não é a questão central para a possibilidade de legalização da interrupção do feto até o terceiro mês de gestação.

Desse modo o argumento não pode ser considerado na sua integralidade, pois o que realmente falta para o atendimento dessa necessidade, com aspecto social, é uma fiscalização por parte do Estado, o que só se faz possível através da descriminalização da conduta

²¹ BBC Brasil. ‘Abortar é matar’, diz mãe de grávida morta em clínica clandestina de aborto. Nessa reportagem há um relato de uma mãe que teve sua filha levada a óbito em uma clínica de aborto. Mesmo sendo pessoa de classe social mediana com disponibilidade de recursos para pagar o procedimento. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44243988>> Acesso em 27 jul. 2019.

abortiva. Por essa razão, esse argumento não toca o ponto fulcral da problemática para a legalização do aborto em respeito à dignidade da mulher. O direito em algumas oportunidades deve ser cirúrgico, atacando a raiz para em seguida discutir-se os seus desdobramentos. O fator morte das mulheres por aborto clandestino é justificável *in loco*, agora colocar a questão de serem mulheres pobres gera uma possibilidade de interpretação multifacetada, inclusive podendo gerar um divisionismo político e jurídico desnecessário.

Esses dois argumentos finais, ao contrário dos demais, são questões acessórias (importantes para a vida em si, mas com esse posicionamento na decisão em específico), mas não adentram nos meandros da questão, pensando em uma racionalidade jurídica ontológica, pois tangenciam o tema levando a um debate que não toca diretamente o problema jurídico no que concerne ao núcleo que é a autonomia da mulher sobre o próprio corpo. Não se tratam de argumentos falaciosos ou mal elaborados, porém dão uma margem extremamente grande de interpretação, por exemplo no caso de morte nos procedimentos de aborto, bastaria alguém dizer que a mulher para não morrer deveria tão somente não realizar o processo, ou afirmar que o sistema médico estatal não tem condições de se aparelhar pessoal e financeiramente para a realização de aborto, que a discussão se alastraria infinitamente.

Em síntese, os argumentos utilizados pelo Ministro Luis Barroso no HC 124.306/RJ tocam em sua maior parte um critério ontológico, ou seja, a proteção à autonomia sobre o próprio corpo, à integridade física e psíquica e aos direitos reprodutivos da mulher, reforçam a autopoiese ôntico-humanista da mulher, pois resguardam elementos essenciais para que esta possa existir de modo digno, não contradizendo a sua própria essência. De outro lado, a igualdade de gênero e a situação das mulheres pobres não diminuem esse núcleo salientado, porém em se tratando da decisão em si, saem um pouco do foco, tangenciando para assuntos que são extremamente controvertidos em termos de interpretação social, levando mais a uma autopoiese *dóxica*. Em suma, a decisão é positiva, de uma perspectiva ontológica e se replicado esse posicionamento, seja nas leis ou em decisões vinculantes, pode ser de grande contribuição para as mulheres e por consequência para toda a sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou de analisar o voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso no *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ, e toda a problemática colocada acerca da possibilidade ou não da realização da interrupção da gravidez antes do terceiro mês de gravidez. Restou constatado pelo breve histórico exposto que grande parte das culturas não tinham a mesma posição do ordenamento jurídico brasileiro atual, sendo que algumas não puniam a conduta abortiva, ou deslocavam a objetividade jurídica para o direito à paternidade ou reduzindo a penas pecuniárias, desse modo, sendo o nosso conceito de justo, em relação ao tema, relativo a cultura local.

Analisou-se, de outro lado, que a autonomia da mulher e a sua dignidade são direitos fundamentais que devem ser preservados de acordo com a ordem jurídica nacional e a Constituição preserva esses direitos como fundamentos do Estado de Direito. Em contrapartida a vida intrauterina também possui a sua proteção jurídica, como no Código Penal com a criminalização do aborto e, no Código Civil, com a colocação do nascituro como expectativa de direito.

Verificou-se, outrossim, os fundamentos materiais apontados pelo Ministro Luís Barroso, que eram pautados na proteção da mulher como ser humano existente, não afrontando diretamente a vida do nascituro, apenas pela via tangencial em dizer que não se pode determinar o seu início. Logo em seguida, o estudo se envergou para a constatação de que o homem, como ser social, necessita de normas para regular as suas relações e tais normas devem estar de acordo com a intrínseca lógica do acontecimento homem. Destacou-se, desta feita, o critério autopoietico ôntico-humanista, que é a autoposição do homem para além de qualquer cultura ou ideologia, ou seja, as normas que estão em favor do homem ontológico, partindo de uma via biológica, são positivas e, caso contrário, são negativas.

Por derradeiro, fazendo um confronto entre os fundamentos da decisão em face do critério autopoietico ôntico-humanista constatou-se que a proteção à autonomia sobre o próprio corpo, à integridade física e psíquica e aos direitos reprodutivos, reforçam a autopoiese ôntico-humanista da mulher, mantendo-a como existente, eis que tais direitos são essenciais para a sua sobrevivência de modo digno. Em contrapartida a igualdade de gênero e a situação das mulheres pobres alertadas pelo Ministro atendem a um critério social, que tem a sua relevância jurídica por si, todavia, tangencia o foco principal da demanda, podendo ser utilizada como adjunto, porém, sendo consciente que levará a discussão para outras searas,

que são apenas um reflexo do ponto fulcral que é autonomia da mulher sobre o próprio corpo para uma vida digna. O corpo é o espelho da alma humana; caso se perca a autonomia sobre o próprio corpo e a própria vontade, está se perdendo uma parte da existência.

O trabalho desenvolvido proporcionou a análise de uma decisão jurídica da mais alta corte brasileira aos moldes da critério autopoietico ôntico-humanista, o que é de suma importância, pois ao buscar analisar as normas e decisões com uma visão voltada para o ser humano a partir da sua constituição elementar, há uma aproximação com a raiz ontológica do homem. O diálogo entre Ontopsicologia e Direito foi apresentado como proposta, buscando um complemento de entendimento, o que é gratificante e deve ser fomentado, em razão dessas ciências serem tão contributivas à raça humana no Planeta Terra.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ANJOS, Karla Ferraz dos, et al. et al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista bioética**, v.21, n.3. 2013b. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a14v21n3.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2019

ÁVILA, M. B. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para a política de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, sup. 2. 2003.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas corpus n. 124.306. Primeira Turma. Relator Ministro Cesar Barroso. Julgado em 09 ago. 2016, publicado em 16 mar. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2EENUME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zkfy8xn>> Acesso em: 7 fev 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Dos crimes contra a pessoa a Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212)**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: parte especial. 5ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte especial. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

BRANDÃO, Dornival da Silva. O embrião e os direitos humanos. O aborto terapêutico. *In* DIP, Ricardo Henry Marques (org.); PENTEADO, Jaques de C. (org.). **A Vida dos Direitos humanos**. Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERREIRA, Ivete Senise. A Mulher e a Proteção à Vida. *In* DIAS, Josefina Maria de Santana (coord.). **A Mulher e a Justiça**. São Paulo: Lex Editora, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOZZO, Débora. Direito à Vida e Autonomia da Pessoa Humana: o poder de decidir sobre seus rumos. *In* FERRAZ, Anna Candida da Cunha; GOZZO, Débora (org.). **Estudos e ensaios em homenagem a Luiz Carlos de Azevedo**. São Paulo: Target Editora, 2014.

HADDAD, Gilberto Jabur. O direito À vida como direito ao nascimento. *In* SILVA, Ives Gandra da Silva. (coord.). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. ed. rev. e atual. por Antonio Claudio Mariz de Oliveira; Guilherme de Souza Nucci e; Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Millenium, 2002, v. 4.

MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no direito comparado: uma reflexão crítica. *In* DIP, Ricardo Henry Marques (org.); PENTEADO, Jaques de C. (org.). **A Vida dos Direitos humanos**. Bioética Médica e Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzato, 1994.

MENEGHETTI, Antonio. **A crise das democracias contemporâneas**. Recanto Maestro: Ontopsicologica Editrice, 2007.

MENEGHETTI, Antonio. **A esquizofrenia na ótica ontopsicológica**. Recanto Maestro: Ontopsicologica Editrice, 2005.

MENEGHETTI, Antonio. **Conhecimento ontológico e consciência.** Recanto Maestro: Ontopsicologia Editora Universitária, 2011a.

MENEGHETTI, Antonio. **Da consciência ao ser:** como impostar a filosofia do futuro. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2014a.

MENEGHETTI, Antonio. **Direito, Consciência, Sociedade.** 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2019a.

MENEGHETTI, Antonio. **Do Humanismo Histórico ao Humanismo Perene.** Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2014b.

MENEGHETTI, Antonio. **Dicionário de Ontopsicologia.** 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2012.

MENEGHETTI, Antonio. **Genôma Ôntico.** 3. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2013.

MENEGHETTI, Antonio. **Manual de Ontopsicologia.** 4. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2010.

MENEGHETTI, Antonio. **Nova Fronda Virescit:** introdução à Ontopsicologia para jovens. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2014b.

MENEGHETTI, Antonio. **O critério ético do humano.** 2. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2018.

MENEGHETTI, Antonio. **O Em Si do homem.** 5. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2015.

MENEGHETTI, Antonio. **O projeto homem.** 3. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2011b.

MENEGHETTI, Antonio. **Racionalidade Ontológica.** Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2015.

MENEGHETTI, Antonio. **Sistema e Personalidade.** 3. ed. Recanto Maestro: Ontopsicológica Editora Universitária, 2019b.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=atavismo+>> Acesso em: 20 mai 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: Parte especial**, Arts. 121 a 234-B do CP. 29ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito do Nascituro à Vida. *In* SILVA, Ives Gandra da Silva. (coord.) **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 32ª ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e concepção**: atualidade e complexidade da questão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos Criminais do Aborto. *In* **Revista Jurídica Unijus**. Vol. 8, n. 9, p. 228, nov. de 2015.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: LEJUS, 1997.

SPOLIDORO, Luiz Claudio Amerise. **Reflexões preliminares ao posicionamento jurídico do aborto**. São Paulo: LEJUS, 1996.