

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PARA GESTAÇÕES DE ATÉ 12 SEMANAS

DECRIMINALIZATION OF ABORTION FOR PREGNANCY UP TO 12 WEEKS

Lúcia Jaqueline Silva dos Anjos¹
Taiana Levinne Carneiro Cordeiro²

RESUMO: Mormente, o presente artigo demonstrará os principais pontos de convergência e divergência dos mais diversos textos legais, buscando realizar uma abordagem jurídica e imparcial enfatizando em dado momento a interferência das perspectivas de cunho sociais, morais, filosóficas neste tema, observando também o contexto internacional e suas delimitações legais. Destarte, no transcorrer do texto será perceptível o estigma que permeia o tema provocando no legislador em sua atividade típica de elaboração das leis, e ao judiciário na aplicação dos textos legislados, a promoção da desigualdade social, contrariamente aos ditames constitucionais e de seus preceitos fundamentais. Ademais, o presente trabalho destacará as normas de direito civil citando os direitos do nascituro, bem como as teorias de referência no sistema jurídico brasileiro, quais sejam: natalistas e concepcionistas. Fará uma abordagem também acerca do direito penal elucidando as hipóteses permissivas e também do direito constitucional frente à inerente colisão de direitos fundamentais e a ação de controle concentrado ADPF, atual discussão no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direitos do nascituro. Feto. Colisão de direitos fundamentais. Gestação.

7138

ABSTRACT: This article will demonstrate the main points of convergence and divergence of the most diverse legal texts, also observing the social, moral and philosophical perspectives regarding the interruption of pregnancy. Therefore, throughout the text, the stigma that permeates the topic will be noticeable, causing the legislator, in the process of drafting laws, and the judiciary, in their application, to promote social inequality. Furthermore, this work will highlight the norms of civil law, citing as an example the rights inherent to the unborn child and highlighting the moment in which it becomes a subject of rights, criminal law currently addressing the permissive hypotheses and constitutional law in the face of the inherent collision of fundamental rights, citing the current discussion in the Federal Supreme Court regarding ADPF 442.

Keywords: Rights of the unborn child. Fetus. Collision of fundamental rights. Gestation.

1 INTRODUÇÃO

Embora o viés da presente discussão seja essencialmente jurídico, é cristalino que as questões de cunho moral e, por consequência, o estigma que permeia este tema, promove a condenação, ainda que não na esfera criminal, da mulher que opta pela interrupção da gestação

¹Estudante de direito, Faculdade de Ilhéus.

²Advogada e professora, Faculdade de Ilhéus.

mesmo que a alternativa esteja relacionada com as hipóteses permissivas dispostas na legislação vigente.

As argumentações relacionadas ao aborto são dotadas de controvérsias e provocam aos envolvidos reações múltiplas de caráter filosófico, religioso, social e jurídico, gerando um afastamento enviesado do direito fundamental previsto constitucionalmente qual seja, à dignidade, haja vista a interferência na autodeterminação e na autonomia do direito reprodutivo. Destarte, este artigo abordará o tema elucidando que se trata de uma discussão relativa à preservação do direito de dignidade da pessoa humana, bem como a ponderação e a prevalência na circunstância em que incida a colisão de direitos fundamentais.

Hodiernamente, pode-se esclarecer que o procedimento do aborto é uma realidade na sociedade mesmo diante da criminalização. No entanto, cumpre destacar que tal criminalização afeta, primordialmente, as mulheres de baixa renda visto que realizam este procedimento em clínicas ou estabelecimentos clandestinos sem os cuidados necessários, resultando em complicações graves e sendo a motivação do óbito de muitas mulheres todos os anos.

Assegurar o direito a dignidade da pessoa humana é um exigência da Constituição Federal de 1988 a todos os presentes em solo brasileiro, sejam eles brasileiros naturais, naturalizados ou estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza. No entanto, são perceptíveis que mesmo existindo hipóteses em que o aborto seja permitido em nossas normas legais, as circunstâncias não abarcam na integralidade de situações e realidades sociais variadas, sendo promovidas desta maneira sanções abastecidas de severidade atingindo principalmente mulheres de baixa renda, com menor acesso a educação e em situação de vulnerabilidade.

O método empregado no presente estudo foi interpretativo expressando o que já foi abordado através das normas legais, analisando a jurisprudência e a forma de entendimento dos Tribunais Superiores, observando também julgados de grande repercussão interna. Da mesma forma, o estudo é comparativo ao observar o cenário da discussão e avanço frente a outros países acerca da interrupção opcional e voluntária da gestação.

Este artigo elucidará o tema com uma visão abrangente e imparcial, destacando os pontos de convergência e divergência em razão da análise da literatura e posicionamento do Tribunal Superior.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 ABORTOS PERMITIDOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Em que pese o tema eleito tenha como intuito a discussão acerca da descriminalização da tipificação imposta pelo código penal, é de grande importância a análise das hipóteses previstas e legalizadas hodiernamente que de acordo com a análise do caso concreto afastam o crime, sendo elas: aborto necessário, interrupção de gestação de feto anencéfalo e aborto humanitário.

De acordo com Aragão (2019), o aborto necessário adveio da inevitabilidade do dano à vida da gestante. Destarte, o profissional médico poderá utilizar esse recurso desde que exista um risco grave e iminente a vida e que não haja outro meio viável de salvaguardar a gestante.

Isto posto, é irrefutável que a legislação opera um sopesamento entre os direitos fundamentais priorizando a vida da gestante em detrimento a expectativa de direitos do nascituro, em consonância com o inciso I do artigo 128 do Código Penal Brasileiro:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Na segunda circunstância acima mencionada, o Supremo Tribunal Federal decidiu no ano de 2012 que quando da gestação resultar em feto anencéfalo, má formação grave decorrente da ausência do encéfalo e calota craniana, é um direito constitucional de a gestante pleitear voluntariamente ao Sistema Único de Saúde (SUS) a antecipação do parto e consequente interrupção da gestação, sem necessidade de solicitação judicial.

Nesta hipótese a realização do aborto é permitida partindo do pressuposto de que o feto é considerado natimorto e que inexistente expectativa de vida. Ocorre que existem controvérsias por parte dos ministros tendo em vista que a aplicação de tal entendimento não decorreu da aceitação integral de todos. Desta forma, alguns ministros compreendem que não há como impor a gestante à manutenção da gestação, outros versam que a permissividade da conduta não está tipificada no Código Penal e que o voto em sentido positivo estaria em discordância com a expressa vontade do legislador.

Todavia, cumpre destacar que tal situação ainda não está previsto no Código Penal, devendo a mulher que esteja dentro deste critério buscar o poder judiciário para pleitear em juízo a interrupção.

Segundo Diniz (2009, p. 1620):

Sob a compreensão de que o Código Penal não autoriza o aborto em caso de anencefalia no feto, hoje, as mulheres que desejam interromper a gestação não podem fazê-lo, a não ser que busquem individualmente autorização judicial. Porém, elas não têm garantias de obter a autorização, afinal, dependem da interpretação que o juiz ou promotor dará a cada caso. Esse quadro de exigência de autorização judicial para o procedimento médico é ainda mais agudo para as mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS), no qual o controle de legalidade do procedimento é maior e, de forma concreta, constitui condição para o direito à assistência.

Já no que diz respeito ao aborto denominado como humanitário, é uma modalidade expressa no Código Penal e previsto apenas para a condição em que a mulher é vítima de violência sexual, ou seja, o crime de estupro. É regulamentado através do próprio código que o profissional da saúde poderá conduzir o procedimento mediante a expressa autorização e consentimento da gestante.

Cumprido destacar que não há necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória do autor do crime para liberação do procedimento, mas é compulsória a comprovação do crime.

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

[...]

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

Assim, a interrupção da gestação nas hipóteses acima identificadas não haverá punição ao profissional da medicina.

7141

2.2 DIREITO DO NASCITURO

O termo “nascituro” pode ser compreendido como elemento dotado de expectativa de vida, havendo duas teorias norteadoras de suma importância para elucidação e comento, sendo elas: natalista e concepcionista.

Mormente, não é possível discorrer sobre as teorias que versam acerca do momento da obtenção da personalidade jurídica sem evidenciar a definição de pessoa de direitos. De acordo com Diniz (2008, p. 113) apud Santana (2016, p. 9):

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

A teorista natalista, amplamente aceita pelos doutrinadores e adotada pelo Código Civil Brasileiro, parte do pressuposto que para que um sujeito seja dotado de direitos o seu nascimento com vida é um requisito fundamental. Ou seja, é uma condição compulsória para a conseqüente aquisição da personalidade jurídica.

De acordo com Tartuce (2007, p. 8):

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Já a teoria concepcionista detentora de forte influência do Código Civil Francês, compreende que o nascituro possui personalidade jurídica desde o momento da sua concepção tal como um sujeito de direitos que nasceu com vida.

Segundo Tartuze (2007, p. 13):

[...] Eis aqui o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a teoria concepcionista, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade.

Em conformidade com o artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Dessarte, apesar do diploma legal vigente aduzir que o início da personalidade advém do nascimento com vida, o nascituro detém de direitos resguardados desde a fecundação em consonância com o direito de dignidade da pessoa humana podendo ser beneficiário de doação por intermédio de escritura pública ou instrumento particular, obter bens através da sucessão testamentária, reconhecimento de paternidade, curatela, bem como a proteção adotada pelo Código Penal Brasileiro mediante as tipificações.

7142

2.3 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são classificados como universais e positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988 são abrangidos a todos os cidadãos em solo brasileiro, naturais ou estrangeiros, pertencentes à categorização erga omnes, expressão em latim que pode ser compreendida como direitos oponíveis contra todos. Tais direitos prescritos no artigo 5º, podem ser interpretados ainda como uma limitação do domínio do Estado, bem como uma obrigação no que tange ao resguardo e a efetivação, sendo valoroso destacar que sua eficácia é relativa.

De acordo com a CF/88, em seu artº 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

A efetivação de um direito fundamental poderá confrontar com o exercício de outro de categoria símil, havendo um confronto autêntico deve o intérprete de a lei realizar a ponderação conforme a proporcionalidade, pesos e valores dos mesmos direitos, haja vista que o intuito é a aplicação da medida mais apropriada e razoável de acordo com a análise do caso concreto.

Conforme asseverado por Sarmento (2000, p. 89) apud Rodrigues (2007, p. 3459):

De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.

Isto posto, os direitos fundamentais poderão sofrer delimitações. Ora evidenciado na presente pesquisa, na hipótese de gestação de feto anencéfalo o direito à dignidade da pessoa humana irá cercear na integralidade o direito à vida, ambos direitos previstos constitucionalmente.

Diante da discussão acerca da colisão entre os direitos fundamentais, é importante tratar a respeito dos direitos reprodutivos da mulher, haja vista a sua relevância para o fiel cumprimento dos direitos elencados constitucionalmente. Conforme Freire (2024, p. 412):

Os direitos reprodutivos são fundamentais para assegurar a equidade, a saúde e a autonomia das mulheres. Eles abrangem a liberdade de escolha sobre a procriação, o acesso a serviços de saúde reprodutiva e a eliminação de práticas prejudiciais. Esses direitos garantem a capacidade de tomar decisões informadas e independentes sobre questões relacionadas à reprodução, como o direito à informação, planejamento familiar e métodos contraceptivos.

Desta maneira, a dignidade da pessoa humana surge como um elemento norteador e formador das interpretações, pois é através dele decorrem os outros direitos constitucionais.

2.4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 442

7143

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ferramenta jurídica de controle concentrado que possui natureza subsidiária, sendo uma ação proposta com o intuito de combater a interpretação da lei contrariamente ao nosso texto constitucional e aos seus preceitos fundamentais. Ou seja, é notória a sua expressiva relevância para o tema aqui em discussão.

Um dos legitimados, um partido político, promoveu uma ação ADPF que está em análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de promover a descriminalização do aborto para gestações de até 12 semanas. Ressalta-se que hodiernamente não existe precedência no Brasil, desta forma não se refere a uma mera interpretação em consonância com os ditames constitucionais, mas sim uma proposta de inserção no rol de exceções prevista no Código Penal Brasileiro a fim de atender hipóteses variadas.

No que concerne aos princípios alvo desta discussão, as medidas jurídicas possíveis de serem adotadas provém além das possibilidades fáticas, no entanto também da apropriação ao

caso concreto. A ADPF em questão cita e debate sobre vários princípios quais sejam: liberdade, dignidade, saúde e vida.

De acordo com Neto (2020, p. 7):

Vê-se que, no presente caso, vários princípios estão, ou poderiam estar, no debate sobre a descriminalização do aborto. É importante lembrar que até o advento da Constituição de 1988, o nosso direito não aceitava o princípio como norma cogente, logo, apenas as regras detinham o poder decisório sobre qualquer que fosse a matéria. E aqui é importante fazer-se essa distinção, pois o caso apresenta a regra insculpida no Código Penal e princípios inseridos na Constituição Federal. A norma jurídica é o resultado da interpretação de um texto legal, ou seja, texto e norma não se confundem, porquanto esta decorre da atividade sobre aquele. (...)

Ante o exposto, é cristalino que existem muitas discussões sob o ponto de vista principiológico constitucional para o andamento deste processo.

2.5 DIREITO DO ABORTO NA FRANÇA

Diante da complexidade e pela multidisciplinariedade envolta da descriminalização do aborto, faz-se necessário ampliar a discussão para que seja possível compreender o posicionamento de outros países, sendo a França um marco significativo no que tange a legalização do aborto.

Segundo Santos (2024, p. 7170) apud (Sarmiento, 2010):

A França iniciou o debate sobre o aborto em 1975, quando aprovou uma lei que garantia a interrupção da gravidez voluntária. Essa legislação permitia que o procedimento fosse realizado por um médico até a 10ª semana de gravidez, com a opção de a gestante alegar angústia ou risco para sua vida ou saúde em qualquer momento. Além disso, estabeleceu que a gestante deveria receber assistência e aconselhamento em instituições específicas, visando abordar questões sociais relacionadas à decisão.

A referida lei teve sua vigência durante cinco anos permitindo a realização do aborto e, posteriormente, o legislador elaborou uma nova lei proporcionando que determinados percentuais dos custos inerentes ao aborto fossem de responsabilidade pela Seguridade Social Francesa, sendo notória a evolução gradual acerca do nível de proteção oferecido legalmente.

Por fim, desde o ano de 2014 a França tornou-se o primeiro país a prever em seu texto constitucional a possibilidade de abortamento do feto.

Estudiosos versam positivamente a respeito da legalização do aborto na França, tornando-se uma experiência que serve de exemplo para tantos outros países no que diz respeito aos aprendizados sobre este tema. A partir deste avanço, observou-se a influência dos debates promovidos por outros países europeus.

De acordo com Santos (2024, p. 7184):

Em resumo, ao adotar uma política de legalização do aborto, o Brasil poderia avançar na proteção da saúde das mulheres, garantir direitos fundamentais e contribuindo então para uma sociedade mais justa e equitativa. Neste aspecto, o nosso país poderia usar de exemplo a realidade francesa, buscando aprimorar essas questões e adequar para a realidade brasileira.

Cumprê destacar que o aborto é um tema de natureza multidisciplinar, pois embora o viés desta discussão trata-se da análise jurídica, existem discussões sociológicas, filosóficas e também sob a ótica da saúde, este último de grande repercussão devido ao problema de saúde pública enfrentada decorrente dos abortamentos clandestinos, ressaltando neste momento que se trata de um problema a nível mundial. Logo, as importâncias do debate a respeito dos direitos reprodutivos das mulheres caminham além do Brasil ou França, sendo um debate que se insere nos Estados Unidos, Colômbia, México e tantos outros países, recebendo a influência obviamente do seu contexto jurídico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs realizar um estudo sobre a interrupção da gestação voluntária de forma interpretativa e comparativa, observando a natureza multidisciplinar do tema haja vista a incorporação da análise do direito civil e a importância da elucidação do momento em que existe a incidência da figura do sujeito de direitos em nosso ordenamento jurídico direito civil, o direito penal através das hipóteses permissivas, sendo imprescindível citar o aborto humanitário, aborto necessário e a interrupção da gestação de feto anencéfalo, bem como a incidência do direito constitucional, devido à importância de mencionar no presente estudo os direitos fundamentais e sua possibilidade de colisão.

O comparativo adveio da literatura e da breve análise do contexto internacional, com o intuito de enriquecer o conhecimento sobre o tema e para tratarmos da atual discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADPF 442 em razão do Projeto de Lei proposto por um de seus legitimados, reconhecendo ainda os fatores de natureza religiosa e moral que influenciam na imparcialidade por parte dos legisladores, aplicadores da lei e seus operadores.

Deste modo, buscou-se contribuir com a sociedade como um todo no que tange a disponibilização de um material detalhado com informações multidisciplinares para a compreensão e a atualização sobre este tema de grande repercussão social e tão presente em nossas vidas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nikolly Sanches. **A descriminalização do aborto no Brasil**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil/>>. Acesso em: 04 Nov. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 Out. 2024.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 21 Out. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 Out. 2024.

DINIZ, Debora et al. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, p. 1619-1624, 2009.

DOS SANTOS, Maira Jane Santos; NOVAIS, Thyara Gonçalves. DIREITO DO ABORTO NA FRANÇA E AS INFLUÊNCIAS EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 10, n. 11, p. 7170-7191, 2024.

FREIRE, Verônica Scriptori et al. Reflexões sobre o debate acerca do aborto nos Estados Unidos, França, Brasil, México e Colômbia: um estudo a partir do caso Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization (2022). **Unisanta Law and Social Science**, v. 13, n. 2, p. 410-427, 2024.

7146

LUNA, Naara; PORTO, Rozeli. Aborto, valores religiosos e políticas públicas: a controvérsia sobre a interrupção voluntária da gravidez na audiência pública da ADPF 442 no Supremo Tribunal Federal. **Religião & Sociedade**, v. 43, n. 1, p. 151-180, 2023

NETO, Benedito Torres. "A descriminalização do aborto até a 12a semana de gravidez-inconstitucionalidade da ADPF 442." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* no 77 (2020): 47.

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. "A colisão entre direitos fundamentais." XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2007.

SANTANA, Werisley José. "Dos direitos do nascituro no código civil." *Repositório Institucional Unicambyury* 1.1 (2016).

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, p. 155-177, 2007.

VEIL, Simone. **Uma lei para a história: a legalização do aborto na França**. Bazar do Tempo Produções e Empreendimentos Culturais LTDA, 2019.