

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO EFETIVADA NO PRIMEIRO TRIMESTRE: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Dayana Melo dos Santos¹
Eduardo Fernandes Pinheiro²

RESUMO

Este trabalho consiste na análise do crime capitulado nos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, qual seja: o aborto e suas formas derivadas, relatando de forma sucinta a proteção do bem jurídico em questão, a criminalização de um comportamento que constitui exercício legítimo de um direito fundamental, e a proporcionalidade entre a ação prática e a reação estatal. A criminalização do aborto tem por finalidade a proteção da vida, contudo, ao assegurar o cumprimento de tal preceito, ao mesmo tempo em que protege o direito de um, deixa de subsidiar o direito de outrem, nesse caso, o da mulher. Assim, sendo um tema de alta relevância e discussão desde os primórdios, na qual tem sido objeto de luta pelos movimentos feministas, no sentido de igualdade de direitos e liberdade da mulher para com o seu corpo, ou por outro lado, pelo enfrentamento das críticas por movimentos religiosos, tem-se que a proteção das garantias constitucionais da mulher deve ser analisada pela perspectiva jurídica de forma minuciosa, levando em consideração os mais intrínsecos direitos fundamentais da mulher, por não se tratar apenas de criminalizar, mas também por ser uma prática que pode gerar problemas irreversíveis.

Palavras-chave: Preceitos fundamentais; aborto; descriminalização.

1. INTRODUÇÃO

O aborto praticado pela mulher foi introduzido como crime no ordenamento jurídico brasileiro em 1940, com a vigência do Código Penal, entendeu o legislador o aborto praticado pela mulher ou praticado por terceiro, com ou sem seu consentimento, deveria ser considerado como crime contra a vida.

A interrupção voluntária da gestação tem sido objeto de discussões ao redor do mundo, tendo em vista que envolve não apenas aspectos jurídicos, mas também envolve valores sociais, aspectos morais, religiosos e como consequência surge

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/2 BN. E-mail – dayana.melosantos@gmail.com.

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista, Orientador – E-mail - efernandespinheiro@gmail.com.

opiniões e entendimento diversos, quando a descriminalização ou não da sua execução.

No Brasil há três hipóteses em que o aborto não é punível, qual seja: aborto necessário (quando a vida da mãe esta em risco), aborto sentimental (quando a gravidez é fruto de estupro), capitulado no art. 128 do Código Penal e, a antecipação terapêutica do parto, recente introduzida na legislação, nos de fetos que sejam diagnosticados com anencefalia, situação esta que resulta de malformação do cérebro, restando comprovada que não será possível à vida extrauterina.

As diversas discussões estão em torno de quem é a favor da descriminalização, tendo em vista que a mulher possui direito de decidir o que fazer com seu corpo, e as opiniões opostas insurgem pelo direito a vida do feto.

Os movimentos feministas, assim como alguns doutrinadores tem suscitado a não observância dos direitos fundamentais da mulher, tendo em vista que ao mesmo tempo em que assegura o direito à vida do feto, deixa de resguardar os direitos que a mulher tem de escolher o que fazer com seu corpo.

Dessa forma, busca-se refletir isento de preconceitos, sobre os direitos assegurados a mulher e também o direito à vida do feto, uma vez que a lei penal brasileira preconiza que a criminalização do aborto tem por objetivo resguardar a vida, entretanto, mister se faz o estudo e levantamento a respeito da eficácia da punição, tendo em vista o crescente número de casos de abortos praticados em clinicas clandestinas, que não oferece o mínimo de amparo ou segurança a gestante, os quais resultam em mutilação, interrupção mal sucedida em que por vezes levam a óbito o feto e a mãe.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

2.1. SURGIMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO MUNDO

Desde o exórdio da civilização humana, segundo a antropologia, há indícios que evidenciam a preocupação com a preservação da vida do feto ou embrião, estando registrado nos documentos mais antigos que contam a história da humanidade.

Durante toda a história do aborto, no mundo todo pode se observar as infundáveis discussões, debates e posicionamentos divergentes, que analisam

aspectos éticos, morais, legais e religiosos, e que de acordo com cada região e época é punido ou não.

Há registros no antigo Egito³, que indicam que eram realizados procedimentos de obstetrícia, podendo ser entendidos como procedimentos que tinham como objetivo o bem estar físico da gestante, assim como do feto ou embrião.

Na antiguidade, não havia preocupação com os direitos da mulher ou à vida intrauterina, o direito era indiferente a interrupção da gestação, onde a mulher podia decidir se levaria a gravidez adiante ou não, como esclarece Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci, vejamos:

Na antiguidade o Direito era indiferente à prática do aborto, pois considerava-se o feto como simples anexo ocasional do organismo materno, de cujo destino a mulher podia livremente decidir. (FRANCO E NUCCI. 2011. P. 333).

O aborto passou a ser visto sob nova perspectiva, a partir de Sócrates e Aristóteles, que iniciaram o pensamento de que o aborto deveria ser visto como um meio de contenção do aumento populacional. Sócrates admitia o aborto, defendendo a livre escolha da mulher, admitindo a liberdade de opção pela interrupção da gravidez. Já Aristóteles, recomendava que o aborto fosse praticado antes que o feto tivesse recebido sentidos e vida.

Importante registrar que na “Grécia o uso do aborto se difundia por toas as camadas sociais, apesar do juramento de Hipócrates (a nenhuma mulher darei substância abortiva)”. (FRANCO E NUCCI. 2011. P. 334).

Na Roma Antiga, não se punia a morte do feto, porém, posteriormente, sob novo prisma, o aborto passou a ser considerado um ato criminoso, em virtude de ser visto como uma ofensa ao direito do marido, pois havia a expectativa da continuação da prole.

A forma de pensar e de ver o feto e embrião como sendo uma vida e com direitos a serem resguardados, começou a ser modificada com o surgimento do cristianismo, que agregou novos valores a sociedade.

³ CONTEUDO JURÍDICO. **Evolução histórica do Aborto.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>>, Acessado em 06 junho de 2018.

Com expansão do cristianismo, despontou grandes mudanças na criminalização da prática do aborto, vez que a igreja trazia o direito canônico de forma repressiva e punitiva, assim, diante desse cenário, em diversas regiões havia total submissão aos ideias religiosos, situação que gerava severas penalidades.

Assim explica Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci:

O cristianismo introduziu no conceito do aborto a ideia de morte de um ser humano, punindo-o como homicídio. Discutia-se no começo o momento em que a alma racional penetrava no organismo em formação, distinguindo-se uma fase inanimada, em que a destruição do feto tinha uma penalidade mais branda. O argumento da Igreja era a perdição do ser morto sem haver nela ingressado pelo batismo. No século XVIII foi abolida essa distinção e estabelecida uma só proteção penal sobre o feto, desde o momento da geração, tornando-se regra geral no século passado. Era punido como homicídio e comumente se impunha a pena máxima. (FRANCO E NUCCI. 2011. P. 334).

Após a revolução francesa, houve completa alteração no cenário a respeito da criminalização pela prática do aborto, sem que em 1803, a lei inglesa passou a punir severamente o aborto e, no ano seguinte, na França também aderiu a criminalização e posteriormente como outras legislações na Europa passaram a adotar o mesmo modelo.⁴

Nos Estados Unidos era permitido em todas as fases gestacional, contudo, em 1828 foi regulamentada a criminalização no estado de Nova York. Conquanto, ao contrário do que primordialmente se pensaria, passou a penalizar em razão da saúde da mulher, pelo risco de morte que havia com as intervenções cirúrgicas em razão da precariedade tecnológica, e não pela preservação da integridade física do feto/embrião.

Somente em 1967 no estado do Colorado, nos Estados Unidos, foi aprovada a primeira lei que permitia o aborto. Entretanto era necessário preencher alguns requisitos, que variava de acordo com cada estado, além do mais, era legal o aborto até determinado estágio, que ficava em torno do primeiro trimestre da gestação.

A prática chegou a sua extrema, quando em 1973, a Suprema Corte de Justiça determinou a todos os estados a legalização do aborto, em todos os estágios

⁴ CONTEUDO JURÍDICO. **Evolução histórica do Aborto**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>>, Acessado em 06 junho de 2018.

da gravidez, em detrimento da mulher. Assim, tornou-se um direito constitucional da mulher.⁵

2.2. CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

No Brasil, no Código Criminal do Império o aborto era considerado crime, quando praticado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Contudo, somente em 1890, o Código Penal da República considerou o aborto praticado pela própria gestante.

Assim, com o Código Penal de 1940 o aborto surgiu na parte especial no capítulo I, em que trata dos Crimes Contra a Vida, de acordo com o disposto no artigo 124 – aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, artigo 125 – aborto provocado por terceiro e artigo 126 – aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, aduz no artigo 128 do Código Penal, 3 (três) hipóteses em que o aborto é permitido, as quais devem ser realizadas por médico especialista.

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.

Houve recente avanço na esfera jurídica em relação ao aborto, quando em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF-54 que descriminalizou o aborto para fetos anencéfalos.

Entende-se por fetos anencéfalos aqueles que permanecem no útero materno, estando vivo, no entanto não houve o desenvolvimento do cérebro, restando assim, o entendimento de que o feto se encontra morto, não tendo nenhuma possibilidade de vida extrauterina.

Por fim, quanto ao conceito de aborto, para Fernando Capez e Damásio E. de Jesus consiste na eliminação da vida intrauterina, ou seja, morte do feto:

⁵ FRANCO. Alberto Silva; NUCCI. Guilherme de Souza. Doutrinas Especiais. Direito Penal. Parte Especial I. V 5. São Paulo. 2011.

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto. (CAPEZ, 2010, p.143/144).

A interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). (JESUS, 2001, p.119).

Na mesma linha, Cleber Masson, assevera que gestante pode vir a óbito antes da expulsão do feto ou embrião, “aborto é a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção”. (MASSON, 2010, p. 65).

Diante dos conceitos mencionados, é uníssono que o aborto resulta na morte da vida intrauterina, assim sendo inquestionável o entendimento de que a criminalização da prática abortiva tem como objetivo a proteção da vida, sendo considerado o bem maior a ser tutelado, como prevê o artigo 5º, “caput” da Constituição Federal de 1988.

3. ATUAL SITUAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Segundo dados da OMS ⁶– Organização Mundial de Saúde, publicado em 2017, a nível global, são mais de 25 milhões de abortos inseguros que ocorrem anualmente, sendo a maioria realizada em países em desenvolvimento, como por exemplo, a África, Ásia e América Latina.

De outro lado, em países onde a prática abortiva é legalizada, 9 (nove) entre 10 (dez) abortos são executados de forma segura. Ainda segundo a OMS, os abortos efetivados de acordo com as diretrizes estipuladas por esta, reduzem significativamente o risco de complicações.

Ademais, a organização realizou estudos em países sob a ótica de permissão ou proibição do aborto, chegando à conclusão que nos países em que é permitido somente nos casos que a vida ou saúde da mulher estão em risco, apenas

⁶ NAÇÕES UNIDAS. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>, Acessado em 11 de junho 2018.

uma a cada quatro realiza o aborto de forma segura. Já nos países em que a prática é permitida, nove entre dez são realizados de forma mais segura.

As pesquisas apontam que na Europa e na América do Norte os abortos ocorrem de forma mais segura, e chamam a atenção por somarem a menor taxa de abortos nas regiões em que é legalizada a interrupção gestacional. Frisa-se que na maioria desses países o aborto é legalizado.

Por outro lado, nos países em desenvolvimento, como no Centro-Sul da Ásia, menos de um em cada dois abortos é seguro. Excluindo-se a África Austral, onde menos de um, a cada quatro abortos é seguro.

Para Gilda Sedgh,⁷ coautora do estudo e principal cientista e pesquisadora do Instituto Guttmacher, “assim como outros procedimentos médicos comuns, o aborto é muito seguro quando feito de acordo com as diretrizes médicas recomendadas. Isso é importante de ter em mente”.

Os percentuais apontam que cerca e 1/3 (um terço) dos abortos foram executados de forma menos segura, além de um dado ainda mais alarmante, onde cerca de 14% (quatorze por cento) dos abortos foram realizados sem qualquer segurança, dos quais decorrem de métodos ineficazes, além de resultar em problemas extremos levando a interrupção gestacional incompleta, hemorragias, lesões vaginal, cervical e uterina, bem como infecções.

No cenário atual, ainda há países que proíbem veementemente o aborto, são eles: El Salvador, Nicarágua, República Dominicana, Malta e Vaticano. Por outro lado, como citado por Julio Fabbrini Mirabete “atualmente, grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão, Estados Unidos etc.)”. (MIRABETE, 2012, p. 57).

Entra também na lista dos países que descriminalizam o aborto, a Holanda onde a gravidez pode ser interrompida até a 22ª semana de gestação. Cabe enfatizar que, neste país incide o menor nível de abortos do mundo, tendo a educação sexual e acessibilidade a métodos contraceptivos seus maiores aliados.

Em Portugal o aborto foi legalizado em 1984, somente nos casos que ofereciam risco a vida da gestante, malformação fetal e estupro. No entanto, em

⁷ NAÇÕES UNIDAS. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>, Acessado em 11 de junho 2018.

2007, a interrupção da gestação escolha voluntária da mulher, passou a ser permitida, após um referendo nacional.⁸

Importante pesquisa realizada pela OMS, em 2017, apontou que na Europa, Portugal é o país com menor índice de abortos realizados a cada mil nascimentos vivos, tanto que para Francisco George, diretor-geral da Saúde do país, o resultado demonstra que o acesso à interrupção voluntária da gravidez foi “um grande sucesso”.

A Espanha em 1985 legalizou o aborto em três hipóteses: risco a saúde da física e psíquica da mulher, estupro e malformação do feto. Porém, desde o ano de 2010, é permitida interrupção da gestação até a 14ª semana, por decisão da mulher, havendo também a permissão para o abortamento até a 22ª semana em casos especiais. Esclarecendo que gestantes menores de idade precisam de autorização dos pais para interrupção ser permitida.

Em 2012, no Uruguai foi aprovada lei que descriminaliza o aborto em qualquer circunstância até a 12ª semana de gestação, em se tratando de casos de estupro, o procedimento pode ser realizado até a 14ª semana. Após a legalização, houve impacto de imediato incidindo na redução da taxa de mortalidade das gestantes.

No Chile, em agosto de 2017, foi aprovada à descriminalização, sob a égide de três circunstâncias: inviabilidade fetal, risco de morte da mulher e em casos de estupro.

Já no México, cada estado possui legislação própria. Contudo, na cidade do México é permitido o aborto até a 12ª semana de gravidez, cabendo à liberdade de escolha da mulher.

Outro país que a adota a legalização do aborto é a China, país este, que durante muitos anos esteve vigente a chamada política do filho único, sendo extinta devido o envelhecimento da população e pela queda na taxa de natalidade.

A Rússia foi a primeira a permitir o aborto sob quaisquer circunstâncias, sendo hoje o país com maior número de abortos voluntários.

Diante desse quadro, nota-se que, ainda há no mundo todo, vários países que não aderiram à legalização por vontade da mulher, como no caso da Polônia

⁸ DW BRASIL. **A legislação sobre o aborto no mundo.** Disponível em: < <http://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>>, Acessado em 12 de junho de 2018.

que é permitido somente em casos de estupro, incesto, malformação grave do feto ou risco à vida da mulher.

Na Argentina em 14 de junho de 2018, a câmara dos deputados aprovou o projeto de lei que descriminaliza o aborto até a 14^o semana de gestação, agora o o projeto segue para votação no Senado.

Importante esclarecer, que mesmo diante da criminalização, existem dados alarmantes com a estimativa de que, anualmente, cerca de 500 mil abortos são realizados de forma ilegal no país.

4. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA VIDA E DIGNIDADE DO FETO/EMBRIÃO

De acordo com as atuais concepções científicas, inexistente consenso a respeito do início da vida humana ou o momento a partir do qual ela deve ser juridicamente protegida. Assim, mesmo diante da ausência do termo inicial, para garantir essa proteção, a Constituição Federal de 1988, assegura a inviolabilidade do direito à vida, fixando diferentes graus de proteção, de acordo com o estágio de desenvolvimento do feto. (NOVELINO, 2015. p. 369).

Ainda, sendo evidente a colisão entre direitos fundamentais do feto e da gestante, Marcelo Novelino afirma que prevalece o argumento de que:

Um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a criminalização do aborto é no sentido de que a vida começa a partir da concepção e que a inviolabilidade desse direito deve ser considerada absoluta ou, pelo o menos, deve ser atribuída a ela peso suficientemente elevado a ponto de prevalecer sobre as razões fornecidas pelos direitos fundamentais da gestante. Sob esse prisma, qualquer medida estatal diversa da criminalização do aborto violaria a dignidade do feto e seria insuficiente para proteger a inviolabilidade do seu direito à vida de forma constitucionalmente adequada. (NOVELINO, 2015. P. 371).

Em se tratando da concepção, ou seja, o momento que inicia a vida humana há divergências de posicionamentos, entre as principais, segundo Marcelo Novelino, estão:

A primeira que defende que a vida humana teria o seu início a partir da concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da qual resulta um ovo ou zigoto. (...) A segunda perspectiva entende que a vida humana em potencial começaria a partir do início da vida viável, uma vez que o embrião não pode se desenvolver fora do útero. Nessa linha, a vida humana teria o seu início com a nidação, ou seja, com a fixação do zigoto no útero materno. Por outro lado, há quem sustente que o dado

fundamental deva ser a capacidade neurológica de sentir dor ou prazer, o que ocorre por volta do décimo quarto dia após a concepção. De acordo com essa terceira perspectiva, a vida humana surgiria a partir da formação do sistema nervoso central. (NOVELINO. 2015. p. 369).

Por fim, Novelino esclarece a cerca de uma quarta concepção, que “ocorre entre a vigésima quarta e a vigésima sexta semanas de gestação, quando o feto passa a ter capacidade de existir fora do ventre materno”. (NOVELINO, 2015. P. 369).

A atual criminalização do aborto baseia-se exclusivamente na proteção do direito à vida do feto, embora atinja direitos inerentes à mulher, tais como, autonomia reprodutiva, dignidade da pessoa humana, direito à igualdade entre os gêneros e o direito à privacidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não criminaliza a interrupção da gestação nas hipóteses de aborto necessário (também chamado de terapêutico, admitido quando não há outro meio para salvar a vida da gestante) e sentimental (também chamado de humanitário, admitido quando a gravidez resulta de estupro, uma vez consentido pela gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal), dispostos no artigo 128 do Código Penal.

Além dos casos de descriminalização supracitados, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54, em 2012, declarou inconstitucional a criminalização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. A esse respeito, Nathalia Masson aduz:

No julgamento, destacou-se que a tipificação penal da antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico não estaria em conformidade com a Constituição, especialmente diante dos preceitos que garante a laicidade do Estado, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. (MASSON, 2018, p.253).

Salienta-se, que o Ministro Marco Aurélio, quanto ao confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os interesses da sociedade em preservar todos os seus integrantes, assim expôs:

Mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem a expressões ‘aborto eugênico ou eugenésico’ ou ‘antecipação eugênica da gestação’,

afasto-as, considerando o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada a sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. (ADPF 54; Rei; Min. Marco Aurélio; Jul. 12-04-2012; Plen. DJE de 30-04-2013).

Inicia-se então, discussões a respeito da não observância dos mais variados direitos fundamentais da mulher, passando-se analisar sob a ótica da harmonização dos interesses em conflito, como conceituado por Alexandre de Moraes:

Além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro), ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extrauterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria a penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas, (...) Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade. (MORAES, 2013, p.109).

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes do Estado, resultando em direitos e deveres que visam à proteção de todos os integrantes da sociedade, sendo importante ressaltar que estão sujeitos a limites e a restrições, podendo por vezes chocar com os princípios constitucionais, casos em que deverá prevalecer os princípios fundamentais da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES À MULHER

Os direitos fundamentais não é novidade no ordenamento jurídico, vez que surgiu em períodos diferentes, de acordo com a demanda de sua época. Assim, entende Marcelo Novelino, que:

O tratamento legislativo adequado sobre o tema não poderia deixar de considerar direitos fundamentais da gestante, os quais justificariam a adoção de outros meios mais apropriados para harmonizar os interesses em conflito, ao menos nos primeiros meses de gestação. (NOVELINO, 2015, p. 371).

Nesta senda, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido no julgamento do habeas corpus nº. 124.306/2016, da 1ª Turma do Supremo Tribunal

Federal, que decidiu no caso concreto, que o aborto praticado no primeiro trimestre de gestação, ou seja, até a 12ª semana de gravidez não é crime. Oportunidade em que reconheceu que a criminalização fere direitos fundamentais inerentes à mulher.

A criminalização, além de violar diversos direitos fundamentais da mulher, tornar a penalização incompatível com esses direitos.

São direitos fundamentais da mulher: autonomia reprodutiva da mulher, colorário da liberdade de escolha (CF, art. 5º, *caput*) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). (NOVELINO, 2015, P. 371).

Este primeiro assegura à mulher a liberdade de escolha, para que decida se deseja e quando deseja ter filhos. Para o Ministro Luís Roberto Barroso “o direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos”. (STF, HC 124.306-RJ, 2016).

A dignidade da pessoa humana está ligada a ideia da liberdade pessoal do indivíduo, para tanto “desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro”. (NOVELINO, 2015, p. 292).

Ainda nas palavras de Marcelino Novelino, “a dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito”. (NOVELINO, 2015, p. 293).

Partindo desse pressuposto, não é considerada como algo relativo, segundo Novelino:

A pessoa não tem mais ou menos dignidade da pessoa em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos inamissível, não pode ser perdida. (NOVELINO. 2015. p. 293 apud, Maurer, 2005).

A respeito do direito fundamental, à igualdade entre gênero (CF, 5º, I), no entendimento de Marcelo Novelino (2015, p. 371), “a criminalização do aborto causaria um impacto desproporcional nas mulheres em relação aos homens”.

Nesse sentido, Barroso, aduz:

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. (STF, HC 124.306-RJ, 2016)

É também direito fundamental da mulher, à privacidade, consoante ao art. 5º, X, CF/88, o que para Novelino (2015, p. 371 apud CASO ROE V. WANDE, 1973), considerado pela Suprema Corte norte-americana como “amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não a gravidez”.

Seguindo essa linha, ainda tem a violação do direito à integridade física e psíquica da mulher, com previsão no art. 5º, caput, e III, que insurge para a proteção contra interferências e lesões indevidas ao corpo e mente dos indivíduos. Entende Barroso, que “a integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação”. (STF, HC 124.306-RJ, 2016).

Ainda sobre os direitos fundamentais, há o entendimento de que a criminalização do aborto causa grande impacto, quando atinge de forma desproporcional as mulheres pobres, onde evidencia a discriminação social que recai sobre estas, o Ministro Barroso afirma que “por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro”. (STF, HC 124.306-RJ, 2016).

6. REFLEXOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Como explanado, no ordenamento jurídico brasileiro, o aborto não é crime, nos casos de aborto terapêutico, aborto sentimental e nos casos de anencefalia. Contudo, analisando detidamente os dados colhidos pela OMS, a criminalização não reduz o número de mulheres que executam a interrupção voluntária da gestação.

Em relação ao aumento dos casos de interrupção voluntária, Marcelo Novelino, explica que o aborto deveria ser analisado sob a ótica voltada para um problema de saúde pública e não como uma questão criminal, vejamos:

Aqueles que defendem a legalização do aborto no período inicial da gestação – em geral, nos três primeiros meses – afirmam que, para uma adequada harmonização dos interesses em conflito, este não deve ser tratado como questão criminal, mas como problema de saúde pública. (NOVELINO, 2015, p. 372).

Sob essa vertente, Novelino acrescenta, que o Estado deveria adotar medidas protetivas para o abortamento ocorrer de forma mais segura:

Nesse sentido, o Estado teria o dever de adotar medidas protetivas que permitam a realização do aborto em condições mais seguras, reduzindo os riscos à vida e à integridade física e psicológica da gestante. (NOVELINO, 2015, p. 372).

Entende Mauro Aranha, presidente do Cresmep (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo) que essa questão deveria ser tratada no campo da saúde, e não do campo criminal, vejamos:

Toda criminalização que envolve a saúde afasta os pacientes do médico, e isso em si é um grande dano. O que não significa que deva banalizar o aborto. Uma nova lei deve ser discutida por todos os envolvidos, principalmente as mulheres.⁹

Sob esse crivo, é possível observar que no mundo todo, tornar a interrupção voluntária da gestação um crime, não reduz os índices de abortamento, pelo contrário, distancia a gestante dos métodos mais seguros, levando inúmeras mulheres a clínicas clandestinas, que acabam por utilizar instrumentos que colocam em risco sua vida.

Embora existam diferentes percepções a respeito de descriminalizar ou aborto ou não, o cenário atual nos mostra que a forma que vem sendo conduzido o tema não tem surtido efeitos positivos, como assevera Marcelo Novelino, vejamos:

A criminalização do aborto, além de ineficiente para impedir sua realização, não é considerada a melhor forma de proteção do direito à vida, uma vez que os procedimentos geralmente utilizados e as condições nas quais a interrupção da gestação costuma ser realizada colocam em sério risco a saúde e a vida da gestante. (NOVELINO, 2015, p. 372).

Consequentemente, com a criminalização acaba gerando problemas ainda maiores, a situação econômico-financeira influencia drasticamente no número de abortos realizados, tendo em vista que não poucos são os casos de mulheres que decide realizar o procedimento por não tem condições financeiras de manter o filho.

Sob a percepção de Marcelo Novelino:

⁹ Disponível em: <https://pragmatismopolitico.com.br/2016/12/o-stf-legalizou-o-aborto-no-brasil-ate-o-terceiro-mes-de-gestacao.html>. Acesso em 07 de maio de 2018.

Não se pode olvidar que a criminalização dessa conduta acaba por atingir sobretudo, as mulheres das camadas mais pobres da sociedade, que, desprovidas de recursos necessários para realizar o procedimento em clínicas com infraestrutura adequada e profissionais especializados, ficam mais expostas aos riscos decorrentes do procedimento abortivo. (NOVELINO, 2015, p. 372).

De acordo com Novelino (2015, p. 372), “qualquer solução que seja adotada acarretará fortes restrições em direitos fundamentais que consagram valores extremamente relevantes para a nossa sociedade”.

Para o doutrinador Marcelo Novelino, tanto na esfera política quanto na jurídica, é de suma importância que o tema seja amplamente discutido, a fim de buscar meios apropriados para chegar a um consenso, assim (2015, p. 373) “apesar de apontarem para caminhos opostos, ainda assim encontram justificativa constitucional”.

Em entrevista realizada com a Defensora Pública do Estado de Mato Grosso, Dra. Erinan Ferreira Goulart, essa se posicionou da seguinte forma:

Apesar das mulheres terem conquistado grandes feitos na sociedade ao longo dos anos, a discussão sobre a descriminalização da interrupção voluntária da gestação ainda precisa ultrapassar barreiras e quebrar preconceitos, inclusive pelas próprias mulheres, que precisam se unir ainda mais em busca de seus direitos. Deve ser assegurado à mulher o direito de decidir sobre o que fazer com o seu corpo, cabendo somente a ela se quer ou não ter um filho. A mulher sofre todas as transformações, no corpo e na mente.¹⁰

Assim, a discussão não é defender a interrupção voluntária, e sim para quebrar preconceitos, visando à criação de políticas e métodos que tenham por finalidade diminuir o índice de abortos executados, e ainda colocar fim na clandestinidade dos procedimentos que resultam em morte de muitas mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos anos, a criminalização do aborto vem sendo por vezes discutida, em outras culturas ainda é considerado um tabu, e outras o tema é tratado de forma menos complexa, onde se analisa a subjetividade de todos os envolvidos e seus direitos perante o âmbito jurídico.

¹⁰ Defensora Pública do Estado de Mato Grosso, atuante no Núcleo Criminal da Capital. Possui 13 anos de profissão.

Não muito diferentes de vários países, no Brasil o aborto trilhou um longo percurso até convergir no atual modelo adotado pelo ordenamento pátrio, que reconhecendo a vida como um bem inviolável, impõe a quem tentar contra ela, sanção penal.

Assim, como o enfoque principal deste estudo, buscou-se analisar os direitos fundamentais inerentes a mulher, mais especificamente os direitos conforme rege o artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A vida é um direito fundamental, indiscutivelmente inviolável, por consequência, nesse contexto, o Código Penal define o aborto como crime, nos artigos 124 e 126, sendo considerado crime contra a vida.

No Brasil, no que se refere à interrupção voluntária da gestação, teve alguns avanços, quando da aprovação da ADPF-54, que descriminalizou o aborto nos casos de anencefálicos, e ainda, após o voto do Ministro Luis Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 124.306, que concedeu liberdade aos envolvidos no caso concreto, trouxe ainda mais enfoque aos direitos fundamentais da mulher, e assim, abrindo precedentes na esfera jurídica quanto à descriminalização.

Insta consignar, que toda discussão que existe a cerca da descriminalização do aborto, gera uma série de debates na sociedade como um todo. Tendo em vista que a criminalização tem permitido que muitos casos termine de forma trágica, além de ferir direitos, discrimina ainda mais aquelas que enfrentam dificuldades econômico-financeiras, as quais acabam por recorrer ao aborto em clínicas clandestinas de forma totalmente insegura.

Desta feita, chega-se à seguinte conclusão: manter a criminalização da interrupção voluntária da gestação não tem se mostrado um método eficaz, pelo contrário, tem afastado inúmeras mulheres da garantia de assistência à saúde física e psicológica, conseqüentemente ocorrem mutilações no corpo da grávida e no feto, abortos mal realizados, nos quais crianças chegam a nascer com problemas físicos e mentais. Então, observa-se que há uma crescente no índice de mulheres que cada vez mais recorrem a clínicas clandestinas, e se submetem a completa falta de estrutura para executar a interrupção.

Dito isso, para que se veja o fiel cumprimento da lei, e assegurar os direitos fundamentais da mulher, necessário é a adoção de políticas públicas destinadas ao amparo dessas mulheres/mães são vistas como criminosas ser assegurar seus direitos que são assegurados pela constituição, sendo necessário criar métodos

educativos e preventivos para o amparo psicossocial, físico e manter assegurada a dignidade da pessoa humana e, ainda criar clínicas especializadas que sejam regidas pelas instruções da OMS (Organização Mundial de Saúde), assim como melhores métodos de prevenção com contraceptivos, que efetivamente esteja de acordo com o dispositivo legal e ainda uma maior demanda de médicos especializados para o atendimento dessas mulheres, afim de que não se trate de uma questão jurídica, mas sim que seja vista como uma questão de saúde, onde a prevenção e amparo possam assegurar e garantir maior eficácia e diminuição no índice de abortos no país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> ,

Acessado em 10 junho de 2018.

ÂMBITO JURÍDICO. **Aborto.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17100> ,

Acessado em 10 junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>> ,

Acessado em 07 de junho de 2018.

BONAVIDES. Paulo Bonavides; **Curso de Direito Constitucional.** 26ª ed. São Paulo. Malheiros. 2011.

NOVELINO. Marcelo Novelino. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. Salvador. Juspodvm. 2015.

MASSON. Nathalia Masson. **Manual de Direito Constitucional.** 6ª ed. Salvador. Juspodvm. 2018.

CÓDIGO PENAL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** In: VADE Mecum. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 124.306. RJ. 2016.**

Impetrante: Jair Leite Pereira. Paciente: Edilson dos Santos; Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Rio de Janeiro. 16 de março de 2017.

Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 10 de junho de 2018.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 29ª ed. São Paulo. Revista e Atualizada. 2012.

CONTEUDO JURÍDICO. **Evolução histórica do Aborto**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>>, Acessado em 06 junho de 2018.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal**. V 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

DW BRASIL. **A legislação sobre o aborto no mundo**. Disponível em: <

<http://www.dw.com/pt-br/a-legisla%C3%A7%C3%A3o-sobre-aborto-no-mundo/a-41414071>>, Acessado em 12 de junho de 2018.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2009.

FRANCO. Alberto Silva; NUCCI. Guilherme de Souza. Doutrinas Especiais. Direito Penal. Parte Especial I. V 5. São Paulo. 2011.

MASSON. Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático: parte especial**. 2ª ed. São Paulo. Método. 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta**

procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>,

Acessado em 11 de junho 2018.

SEMANA ACADEMICA. **O aborto no direito penal brasileiro características e algumas implicações da descriminalização**. Disponível em:

<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigo/o_aborto_no_direito_penal_br

asileiro_caracteristicas_e_algunas_implicacoes_da_descriminalizacao.pdf>, Acessado em 10 junho de 2018.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Disparidades en la seguridad de los abortos entre países con diferentes restricciones legales.** Disponível em:

<<https://www.guttmacher.org/es/infographic/2018/disparidades-en-la-seguridad-de-los-abortos-entre-paises-con-diferentes>>, Acessado em 12 de junho de 2018.

GUTTMACHER INSTITUTE. **Un nuevo informe destaca las variaciones a nivel mundial en la incidencia y seguridad del aborto.** Disponível em:

<<https://www.guttmacher.org/es/news-release/2018/un-nuevo-informe-destaca-las-variaciones-nivel-mundial-en-la-incidencia-y>> Acessado em 12 de junho de 2018.