

RESUMO EXPANDIDO

Rede de Ensino Doctum – Unidade Caratinga

Trabalho de conclusão de curso II

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO DO BRASIL.

ABREU, Rheryson Oliveira de¹

LISBOA, Álvaro Carvalho²

SOUZA, Bruna Cristina³

RESUMO

O aborto além de ser tratado como um caso de saúde pública, também pode ser entendido como um problema social, sendo muitas vezes praticado clandestinamente, o que pode levar a danos não somente físicos, mas psicológicos para as mulheres que o praticam. Para muitos juristas a proibição do aborto voluntário viola os direitos e garantias constitucionais da gestante, para outras legalizar significa refutar o direito da nova vida em formação vida, entrando neste contexto também questões religiosas e ideológicas. O objetivo desta pesquisa é promover discussões sobre a legalização do aborto no Brasil. A pesquisa foi realizada com uma abordagem bibliográfica, onde a metodologia qualitativa foi utilizada para compreender a importância do tema em estudo. Por meio da análise crítica de diferentes materiais, buscou-se identificar a essência de cada item analisado, apontando as principais peculiaridades e contrapontos do tema proposto e sua relevância social e jurídica.

Palavras-chave: Aborto. Criminalização. Direito a vida. Mulher.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Doctum, unidade de Caratinga.

² Discente do Curso de Direito da Faculdade Doctum, unidade de Caratinga.

³ Discente do Curso de Direito da Faculdade Doctum, unidade de Caratinga.

10/11
30/05/23
AUTENTICADO

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais espinhosos na sociedade brasileira, a descriminalização do aborto sempre é uma pauta frequente do STF (Supremo Tribunal Federal) e também em estados e comarcas são motivos de audiências públicas, onde advogados, juízes reúnem, informações e argumentos sobre a interrupção da gestação seja ou não mais criminalizada.

Tendo em vista a importância da temática acerca do assunto proposto, no que tange à problematização, o presente trabalho propõe uma análise bibliográfica de cunho qualitativo, sabendo que há uma grande demanda de mulheres que buscam a autorização judicial para efetuar o aborto, não só em casos de estupro, mas sim por diversos outros motivos que não podem ficar sem análise.

A criminalização quanto ao tipo penal do aborto viola diversos direitos fundamentais da mulher as margens da sociedade. Em 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) afastou a prisão preventiva de dois denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela prática de aborto com consentimento da gestante e associação criminosa, tipificado com base nos arts. 126 e 288 do Código Penal (CP). (BRASIL, 2017, p. 4) Barroso disse que a criminalização de atos como o julgado ferem diversos direitos fundamentais, entre eles, os sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. Em termos gerais, o aborto pode ser considerado uma questão de direitos reprodutivos, que engloba a autonomia e a liberdade das mulheres em relação à sua própria saúde e corpo. Nesse sentido, o aborto pode ser discutido no âmbito do direito constitucional, como um direito fundamental previsto na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos, como o direito à vida, à saúde, à igualdade e a não-discriminação.

Santo Agostinho, baseado na doutrina de Aristóteles, considerava criminoso o aborto quando o feto fosse dotado de alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, a partir deste momento o feto se dizia animado (CAPEZ, 2018). De um lado, há aqueles que argumentam que o feto é um ser humano desde o momento da concepção, e que a interrupção da gravidez é uma violação do direito à vida. Para esses defensores, o aborto deveria ser considerado um crime, punido pelo Estado como tal.

Com a impossibilidade de determinar o instante em que se tinha o feto animado, passou-se a punir o aborto, sendo considerado como critério decisivo para distinguir o feto animado e o feto inanimado o aparecimento dos movimentos fetais no ventre materno (DINIZ, 2010). No decorrer da história a Igreja teve um papel importante, pois teve grande influência sobre o tema do aborto. Já que sempre em seus ensinamentos condenava a prática do mesmo.

Existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdade disposto na Constituição Federal (MENDES, 2014, p. 255). A Constituição Federal consoante art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, considerado como o mais importante direito fundamental. Sendo o maior bem jurídico tutelado, e por ser essencial ao ser humano condiciona os demais direitos.

Entretanto, já existem alguns casos em que os tribunais já autorizam o aborto baseado sob o fundamento da anencefalia, como uma má-formação incompatível com uma vida extrauterina, porém, existem alguns conflitos pertinentes que devem ser vistos. Como os pontos conflitantes com os direitos fundamentais, que serão expostos como o direito à vida, e a dignidade da pessoa humana, analisados a margem da ADPF nº 54 que traz o entendimento do STF. De maneira genérica temos, o olhar superficial sobre este assunto já não cabe a jurisprudência, temos que pensar também que pensar nas questões de saúde pública, físicas e emocionais que mulheres, adolescentes ou até mesmo crianças se vem envolvidas quando pensam em praticar o aborto. Tratar o assunto só de forma legal ou moral seria ser negligente com o assunto, com esta com este assunto de forma genérica o tema do aborto também pode ser discutido no âmbito do direito civil, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil por danos causados em decorrência de abortos ilegais ou mal realizados. Nesse sentido, a discussão pode envolver questões de indenização, reparação de danos e responsabilidade médica.

O Ministro (BARROSO, 2016), em seu voto, ressaltou a autonomia da mulher gestante, assegurando-lhe seu direito de escolha, bem como a igualdade entre os sexos, mencionando também conceitos como a integridade física e psicológica da gestante, ressaltando que é a mulher quem suporta, em seu corpo e em seu psicológico, os efeitos da gravidez.

Luís Roberto Barroso (2016)⁴ se deu ao trabalho ainda de apresentar alternativas à criminalização do aborto, como se observa:

Existem inúmeros outros meios, como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas não têm como sustentá-lo. Praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no habeascorpus nº 124.306/RJ. Relator: Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 02 março. 2023.

Partindo dessas premissas o objetivo principal deste artigo é, demonstrar como a atual legislação trata a temática, mas também será possível expor vários ideais de oposições e defesas, pontos e contra -pontos, por se tratar de um assunto altamente polêmico, e alvo de inúmeros debates., assim como analisar as possibilidades de atuação nos diferentes tipos de abortos discutir a possibilidade de serem julgados como crimes contra a humanidade; averiguar o que as normas de Direito internacional falam sobre responsabilidade internacional do Estado; fazendo uma abordagem crítica da omissão do Estado frente aos deveres assumidos e tratar como funciona a saúde pública nesses casos e abortos clandestinos.

2 ANÁLISE E COMENTÁRIO DO CONTEÚDO

Em suma, o aborto trata-se da interrupção da gestação, tendo como consequência a morte do feto. Essa conduta é prevista pelo Código Penal como um crime contra a vida. Salienta-se também que o ato não é tratado de maneira expressa na Constituição Federal de 1988, contudo, a Carta Magna possui Princípios e diretrizes usadas para interpretar e direcionar todo o ordenamento jurídico pátrio, e por isso, é também usada para realizar a interpretação das normas previstas pela Lei Penal. Os direitos fundamentais têm seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, em maior ou menor grau. A saúde decorre de forma direta do princípio da dignidade, sendo uma variação de primeiro grau deste atributo. Saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e espiritual do homem e não apenas a ausência de afecções ou doenças (UADI, 2000, p. 1170). O tema do aborto também pode ser discutido no âmbito do direito civil, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil por danos causados em decorrência de abortos ilegais ou mal realizados. Nesse sentido, a discussão pode envolver questões de indenização, reparação de danos e responsabilidade médica.

Nas palavras do doutrinador Guilherme Souza Nucci, aborto, em síntese, pode ser definido como “a cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando a morte do feto⁵. Esta prática foi tipificada no Código Penal brasileiro, em seus art. 124, e seguintes, como crime, possuindo a seguinte redação:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro. Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017., p. 544.

anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada 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: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.⁶

Portanto, partindo da legislação penal em vigor, observa-se que o Código elenca apenas duas hipóteses de excludentes de antijuridicidade, quando se trata da prática abortiva, sendo: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, por seu representante legal.”⁷

A proibição legal do aborto se baseia no direito à vida, considerando que o feto como um ser independente, não cabendo à gestante decidir sobre sua destinação

Utiliza-se como argumento dessa discussão os dizeres do Ministro Cezar Peluzo, em seu voto contra a antecipação do parto em casos de anencéfalos, na ADPF 54⁸:

Vida é fenômeno pré-jurídico, do qual o direito se apropria para determinados fins, mas que jamais, em nenhuma circunstância, pode regular de maneira contraditória à própria realidade fenomênica. Não cabe apelo aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e da legalidade, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. (...) O crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura ou extrauterina. A compreensão jurídica do direito à vida, portanto, não legitima a morte dado o curto espaço de tempo da existência humana. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo é fato típico do crime de aborto, sendo vedada pelo CP e pela ordem jurídica.

Um dos temas mais espinhosos na sociedade brasileira, a descriminalização do aborto sempre é uma pauta frequente do STF (Supremo Tribunal Federal) e também em estados e comarcas são motivos de audiências públicas, onde advogados, juízes reúnem, informações e argumentos sobre a interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação não seja ou não mais criminalizada. Ao decorrer desta revisão apresentaremos outros autores e outras bibliografias relevantes sobre o tema.

⁶BRASIL, **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 22 de maio de 2023.

⁷ Idem.

⁸ BRASIL, **ADPF 54**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso do em 21 de maio de 2023. p. 241

Acerca do aborto, Daniel Sarmento (2005, p. 59) esclarece que:

[...] a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, na medida em que envolve o manejo de princípios e valores de máxima importância consagrados na nossa Carta Magna.

O artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, garante proteção integral à vida, porém, não trata especificamente do marco inicial de tal proteção:

Art. 5º 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: [...]. (BRASIL, 1988, p. s. n.)

Quando o próprio legislador identifica esses direitos, é necessário que os coloque na Constituição, no mais alto hierárquico da legislação pátria, para servir como uma espécie de caminho ou direção a ser seguida por todo ordenamento jurídico, ligado diretamente à proteção dos direitos fundamentais. (ALVES, 1999).

Assim, demonstra-se que um indivíduo passa a ser detentor de direitos a partir de seu nascimento com vida, contudo, por conta da expectativa de vida que permeia sua estada no útero materno, a Lei lhe assegura os direitos para que possa chegar a ter uma vida extrauterina.

Atualmente, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), tutela o crime de aborto em seus artigos 124 a 128, protegendo exclusivamente a vida intrauterina, promovendo a proteção à vida do feto, tipificando o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e o aborto provocado por terceiro, e ainda prevendo duas exceções, que são o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Assim, o Código Penal não deixa espaço para dúvidas quanto à tipicidade da prática do aborto. Contudo, é importante que cada caso seja analisado individualmente, considerando acerca do aborto, Luís Roberto Barroso (2016, p. s.n.) destacou que “A criminalização de atos como o julgado ferem diversos direitos fundamentais, entre eles, os sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada”. Mediante estes fatos podemos afirmar problema jurídico da criminalização do aborto é bastante complexo e controverso, e envolve questões relacionadas à ética, direitos fundamentais e valores sociais.

O Ministro (BARROSO, 2016), em seu voto, ressaltou a autonomia da mulher gestante, assegurando-lhe seu direito de escolha, bem como a igualdade entre os sexos, mencionando também conceitos como a integridade física e psicológica da gestante, ressaltando que é a mulher quem suporta, em seu corpo e em seu psicológico, os efeitos da gravidez.

Dessa forma, verifica-se que ao se analisar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a Suprema Corte entende não ser considerado como crime de aborto a interrupção da gravidez

até o terceiro mês de gestação, ou seja, tratando como inconstitucional a criminalização da prática do aborto, desde que respeitado esse limite de tempo de gravidez.

A presente pesquisa adota como marco teórico o posicionamento de Daniel Sarmiento⁹, ressaltando o direito da mulher e na autonomia que tem sobre seu corpo, não desprezando os direitos que são inerentes ao feto, mas considerando uma solução justa para a situação:

A cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita. Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora esta autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para a problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica.

Com base no exposto, a mulher não tem somente uma função reprodutiva, não tendo domínio sobre seu próprio corpo, devendo planejar sua gestação, pensando em todos os aspectos da sua vida, na vida com dignidade.

Existem alguns casos em que os tribunais já autorizam o aborto baseado sob o fundamento da anencefalia, como uma má-formação incompatível com uma vida extrauterina, porém, existem alguns conflitos pertinentes que devem ser vistos. Como os pontos conflitantes com os direitos fundamentais, que serão expostos como o direito à vida, e a dignidade da pessoa humana, analisados a margem da ADPF nº 54 que traz o entendimento do STF. Questão da descriminalização do aborto é complexa e controversa. No entanto, existem vários argumentos que apoiam a descriminalização do aborto no Brasil.

Um dos principais argumentos é que a criminalização do aborto não impede sua ocorrência, mas sim coloca em risco a vida das mulheres que buscam realizar o procedimento de forma clandestina e insegura. A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que, em países onde o aborto é proibido, cerca de 25 milhões de abortos são realizados de forma insegura a cada ano, resultando em cerca de 22 mil mortes de mulheres.

Outro argumento é que a criminalização do aborto viola os direitos das mulheres de decidirem sobre seus próprios corpos e suas vidas reprodutivas. Ainda, a criminalização do

⁹ SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista Mundo Jurídico. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmiento.pdf. Acessado em 22 de maio de 2023.

aborto tende a afetar principalmente as mulheres pobres e marginalizadas, que não têm acesso aos recursos necessários para buscar atendimento médico seguro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema jurídico da criminalização do aborto envolve questões fundamentais de direitos humanos, e não há uma resposta única ou fácil para ele. Muito além do aparato legal, é importante considerar aspectos legais, religiosos, sociais e econômicos.

É necessário considerar cuidadosamente as implicações éticas, jurídicas e sociais de cada abordagem, buscando sempre garantir a proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas envolvidas.

Outro ponto a considerar é com relação ao atendimento da mulher que necessita de realizar um aborto, pois além da garantia legal para conseguir interromper a gestação, é preciso pensar no acompanhamento médico e psicológico dessa mulher.

Além disso, a descriminalização do aborto não significa a promoção do aborto, mas sim a garantia de que as mulheres tenham acesso a serviços de saúde seguros e de qualidade, além de informações sobre planejamento familiar e prevenção de gravidez indesejada. Portanto, a descriminalização do aborto evitaria a mortalidade materna, uma vez que a gestante poderia optar por um tratamento seguro e autorizado pelo Estado, não precisando fazê-lo clandestinamente correndo risco de perder a própria vida.

4 REFERÊNCIAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. Crimes contra a vida. Belém: UNAMA, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso no habeascorpus nº 124.306/RJ**. Relator: Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 02 março. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 16^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. JR.,

COSTA, Paulo da, COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILARÈ, Édis. **Direito do ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Dreito internacional público e direito internacional privado**. 3. Ed. .São Paulo: Atlas, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **Responsabilidade internacional do Estado por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

TORRES, J. H; A criminalização do aborto é socialmente um desastre. **In:justificando.com**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/10/15/acriminalizacao-do-aborto-e-socialmente-um-desastre-defende-juiz-de-direito/>Acesso em: 01 março. 2023

UADI, Lammêgo Bulos. **Constituição federal anotada**. SãoPaulo: Saraiva, 2000.