

A PROBABILIDADE DO ABORTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ana Isabela Loma SCHUTZE¹
Michelly Macedo GONÇALVES²

RESUMO: O presente artigo visa explicar a probabilidade da permissão do aborto no Brasil e seus reflexos perante a sociedade. Debate-se aqui o direito à vida contra o direito ao corpo quando impossibilitada a vinda de um nascituro ao mundo. Atualmente, o Código Penal serve de amparo legal tratando a temática como crime, entretanto, abre meios despenalizatórios para esta prática. Despenalizar significa deixar de aplicar a pena em determinado ato realizado, ainda que calcado por ato criminal, quer seja quando prejudicial à saúde da gestante (aborto necessário) ou quando o aborto no caso da gravidez resultar de estupro. A polêmica gerada em torno do aborto no Brasil é conflitante e delicada sendo existente no cenário mundial a proibição da prática do aborto. O Brasil prevê somente as duas hipóteses já mencionadas para que não seja imputada a pena ao agente, entretanto, seria possível o surgimento de novas despenalidades? Ou ainda, seria aceitável a descriminalização? Caso a resposta fosse positiva, confrontaria os princípios constitucionalmente previstos ao nascituro e a gestante? A sociedade brasileira descarta a ideia da legalização do aborto e discute-se atualmente no Senado a descriminalização deste até os doze primeiros meses de gestação. Diante a esfera controversa será analisada a problemática em sede nacional e internacional.

Palavras-chave: Despenalização. Aborto. Necessário. Inviável. Descriminalização. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O aborto é um dos assuntos mais polêmicos que vem sido discutido no Brasil. Esta temática é debatida desde que o ato surgiu quando não era nem previsto em lei, e, atualmente discute-se a descriminalização. Discriminar é puramente dizer que deixou de ser crime e que ao agente que comete não lhe será imputada a pena prevista legalmente.

Na legislação brasileira o Código Penal prevê duas hipóteses onde não será aplicada a pena ao agente, entretanto, é limitada esta forma despenalizatória

¹ ¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: schutze.isabela@gmail.com.

² ² Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: michelly_macedo@hotmail.com

somente quando o aborto for necessário (prejudicial à saúde da gestante) ou quando resultante de estupro. Desta forma, limita-se também a presente discussão somente quanto à possibilidade do surgimento de novas hipóteses de despenalização ou quanto a total descriminalização.

O principal objetivo é a defesa dos direitos constitucionalmente previstos ao nascituro que tem limitada sua manifestação de vontade para o surgimento à vida, como também, os direitos previstos a gestante que por certa justificativa, não pretende dar a luz. Estando estes conflitantes, surge a necessidade de averiguação para uma solução racional.

2 O ABORTO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A etimologia da palavra aborto vem da ideia do encerramento de uma gestação - Ela vem do Latim *ABORTUS*, “desaparecido, com a gestação encerrada”, (Lista de Palavras, 2012) – assim, era considerado um crime grave contra a vida humana que por sua vez acabava com esta.

O Código Penal de 1940 tornou mais clara a legislação sobre o tema. Ele instituiu que o aborto é um dos “crimes contra a vida” e que apenas pode ser feito em casos de estupro e risco de vida da mulher (História Digital, 2013). Surge-se então a previsão legal no Código Brasileiro onde o aborto passaria a ser punido com penas de 1 a 3 anos quando provocado pela gestante, 3 a 10 anos quando provocado por terceiros sem o consentimento da gestante e de 1 a 4 anos com o consentimento da gestante, uma vez que antes o auto aborto era livre de pena e o aborto resultante de morte era punível somente quando feito por terceiro.

Para melhor conceituar o conteúdo, define Fernando Capez o aborto como (2014, p.144):

“[...] a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto na 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.” (Capez, 2014, p.144)

Desta forma, não basta somente à expulsão do feto, este deverá estar obliterado para considerar-se aborto. E ainda, este aborto somente não será punível

quando realizado por um médico nas hipóteses da continuação da gestação ser nociva a saúde da gestante ou se caso a gestação resultou do crime de estupro.

2.1 Direitos e Garantias Constitucionais

Trata-se de um tema muito polêmico o fato de saber quando se inicia a vida. O embrião em desenvolvimento é protegido através da Constituição Federal dentre os direitos e garantias constitucionais, no que tange ao direito à vida (art. 5º).

Dispõe conjuntamente o Código Civil em seu artigo 2º que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Editora Saraiva, 2015). No direito civil a personalidade civil inicia-se com nascimento com vida, mas o nascituro já possui o direito como pessoa civil. O nascituro é sujeito de direito que teve a gênese *in útero* e *in vitro*.

Entretanto, existem algumas situações que existem a possibilidade da interrupção da gestação, e neste caso, diante ao conflito entre o direito à vida do feto e da mãe, questiona-se o prevailecimento da decisão em favor da gestante. Existem casos onde não resta outra alternativa senão o aborto. Ao nascituro lhe é concedido o direito à alimentos e filiação, porém, será analisado posteriormente se em determinados casos estes direitos concedidos ao titular de direito eventual poderia se sobrepor a vida materna da gestante ou, quando inviável a gestação, o direito da mulher se sobrepor ao direito do nascituro.

2.2 Casos de anencefalia

Anencefalia trata-se de uma má-formação, sendo uma anormalidade grave, devido ausência parcial ou total do encéfalo. A discussão sobre este assunto iniciou em 2004, quando ocorreu um dos julgados mais importante do Supremo Tribunal Federal onde questionavam-se: podem grávidas de fetos anencéfalos optar por interromper a gestação com assistência médica?

Em 2012 chegou ao fim este julgamento, sendo que oito dos ministros relatores votaram a favor para que pudesse haver a procedência da ADPF 54:

ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (Supremo Tribunal Federal, 2012)

Sendo declarado inconstitucional, permite-se a interrupção desta espécie de gravidez na qual é tipificada nos artigos 124,126,128 incisos I e II do Código Penal Brasileiro. Ainda, afirma o relator em autos do processo:

De acordo com o entendimento firmado, o feto sem cérebro, mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, principalmente, de proteção jurídico-penal. "*Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica*" (Migalhas, 2015).

Cabe ressaltar que a gravidez anencéfala, trata-se de uma gravidez de alto risco devido a posição anormal que o feto se encontra, trazendo assim um risco de vida para a gestante, em razão da anomalia severa. Sendo assim, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, caberá o consentimento da gestante em optar pela retirada do feto conforme dispõe a Resolução CFM nº1.989/2012 do Conselho Federal de medicina.

2.3 Direito ao corpo da gestante

Existem casos em que uma gravidez poderá trazer riscos de vida à gestante e o fato de trazer riscos de vida para a mulher seria uma das causas para uma possível interrupção da gravidez. No ano de 2015, na cidade do Rio de Janeiro, uma mulher estava grávida e descobriu que eram gêmeos siameses – também chamados de xifópagos - no quais portavam uma enfermidade grave que ocorre a duplicação da coluna vertebral. Fora diagnosticado através de laudos médicos que os gêmeos tinham apenas quatro membros e apenas um coração, impedindo a vida após o nascimento.

Caso a gestante continuasse com esta gravidez a mesma ficaria estéril, conforme foi orientada por seu médico, como também todo o sofrimento estava ali sendo prorrogado, lhe trazendo uma verdadeira tortura psicológica pelo fato de saber que seus filhos gêmeos siameses não nasceriam com vida, não tinham chance de sobreviver. Em primeiro momento, a grávida teve seu pedido negado pela juíza, sendo assim decidiu entrar com recurso da decisão que negou seu direito ao aborto. No sexto mês de gestação conseguiu a permissão pela 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça ao julgar o Habeas Corpus que requeria a interrupção da gravidez.

Neste caso em concreto, é possível notar que somente após os laudos médicos demonstrarem todo o risco da gestação é que os desembargadores utilizaram deste argumento como base, quer seja, o fato da gestação ser de alto risco, podendo ocorrer patologias tais como: hipertensão, complicações no parto, polidromnia (trata-se de um excesso de líquido amniótico), como também a possibilidade de tornar a gestante estéril.

2.1.1 Despenalidades do artigo 128 do Código Penal

O Código Penal Brasileiro traz em seu artigo 128 nos traz as hipóteses onde não se punirá 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 (Editora Saraiva, 2015) – aborto necessário e aborto sentimental.

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contém causas de exclusão da antijuridicidade (Jesus, 2013), desta forma o ato fica limitado somente a duas hipóteses. Entretanto o sistema penal jurídico poderia inovar? Ou seja, poderia trazer a possibilidade de novas hipóteses de antijuridicidades?

A premissa parte da ideia de má formação, como por exemplo, o caso de xipófogos (gêmeos ligados somente por um corpo) e de anencefalia (sem cérebro) quando em determinados casos é impossível dar continuidade a gestação da vida uterina. No Brasil atualmente, o Supremo Tribunal Federal autoriza o aborto em decorrência de anencefalia uma vez que a medida preserva a dignidade da mãe ao poupá-la do sofrimento de gestar uma criança que não terá chances de sobrevivência após o parto (Jus Brasil, 2012), sendo considerado como fato atípico no mundo jurídico.

Descartada esta ideia, a maioria dos casos de xifópagos é concedida uma vez que estes têm somente de 5% a 25% de chance de sobreviver caso fossem separados do mesmo corpo. Tratando estas hipóteses como excepcionalidade, assim como o síndrome de down, é necessário que seja analisada a viabilidade da vida uterina para a gestante, uma vez que lhe é sabido o tempo de vida.

3 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATUALMENTE

Discute-se no Senado Brasileiro a possibilidade da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez no Sistema Único de Saúde dentro das doze primeiras semanas de gestação. Neste projeto houve diversos debates, sendo ressaltada a questão da saúde pública pela médica obstétrica Melania Morim (Revista Fórum, 2016):

“os países que aliam boas políticas de saúde reprodutiva e de educação sexual a legalização tem menos mortes maternas. E lembrou que a morte é o topo do iceberg do problema de saúde pública ocasionado pela criminalização. Sua fala também ressaltou que todos os métodos contraceptivos falham,

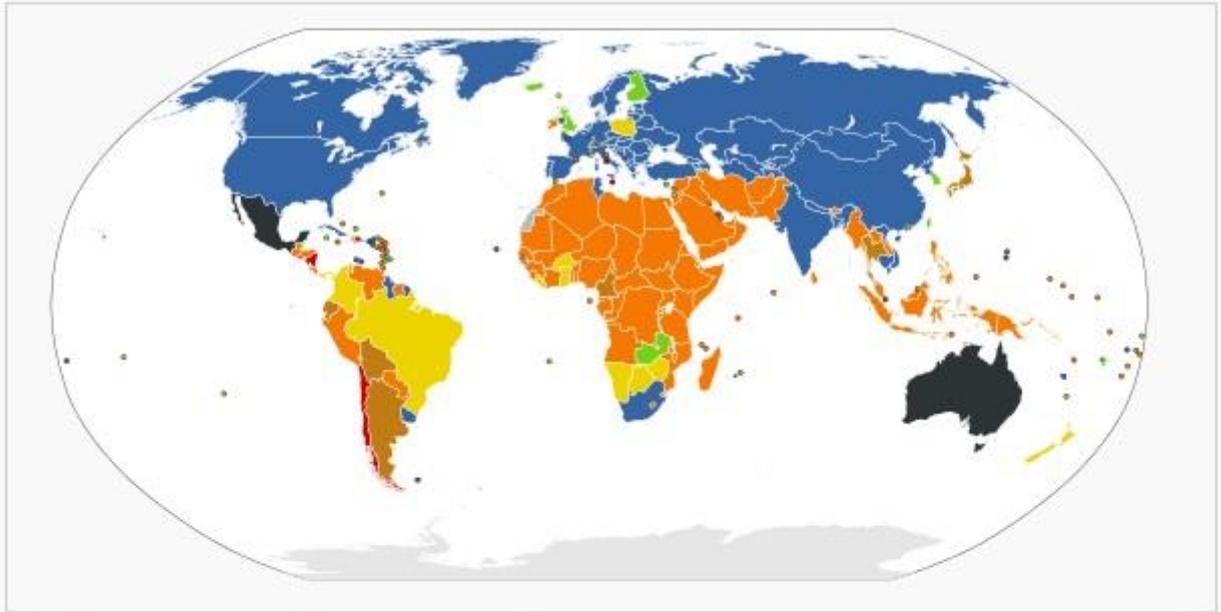
afastando a alegação comum de que só engravida quem quer.”
(Revista Fórum, 2016)

No cenário mundial, de acordo com a Organização das Nações Unidas, entre os anos de 1.990 e 2.014, as taxas de abortos, diminuíram significativamente nas regiões mais desenvolvidas do mundo (Organizações das Nações Unidas no Brasil, 2016), ressaltando que nas regiões que ainda estão em desenvolvimento permaneceram inalteradas essas taxas.

Fora realizado um estudo da Organização Mundial de Saúde (OMS), onde ficou concluído que a média de abortos para cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva (15-44 anos) em países desenvolvidos caiu de 46 para 27, enquanto nos países em desenvolvimento ficou praticamente estável, passando de 39 para 37.

Na Argentina, por exemplo, aceitam o aborto nos casos de estupro comprovados, perigo para a vida da gestante e incapacidade mental - ocorrência dirigidas aos tribunais (Jornal O Estadão, 2010), e em diversos casos debateram que não havia necessidade de intervenção judicial. Por questões morais entenderam que o Judiciário deveria intervir nas causas que não havia previsão legal para não ser punível, e ainda, que os médicos poderiam se negar a praticar abortos por "objeção de consciência".

Frente a globalização e desenvolvimento mundial, grande parte dos países da ONU autorizam o aborto, e em casos excepcionais limita-se as hipóteses em casos de risco de vida à mãe e/ou com problemas de saúde física ou mental. A tabela abaixo explana como vem sido abordado:



Situação jurídica do aborto ao redor do mundo:

■ Legal.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física ou mental, estupro/violação, defeitos no feto e/ou fatores socioeconômicos.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física ou mental, estupro/violação e/ou defeitos no feto.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física ou mental, e/ou estupro/violação.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe e/ou problemas de saúde física ou mental.

■ Illegal e sem exceções.

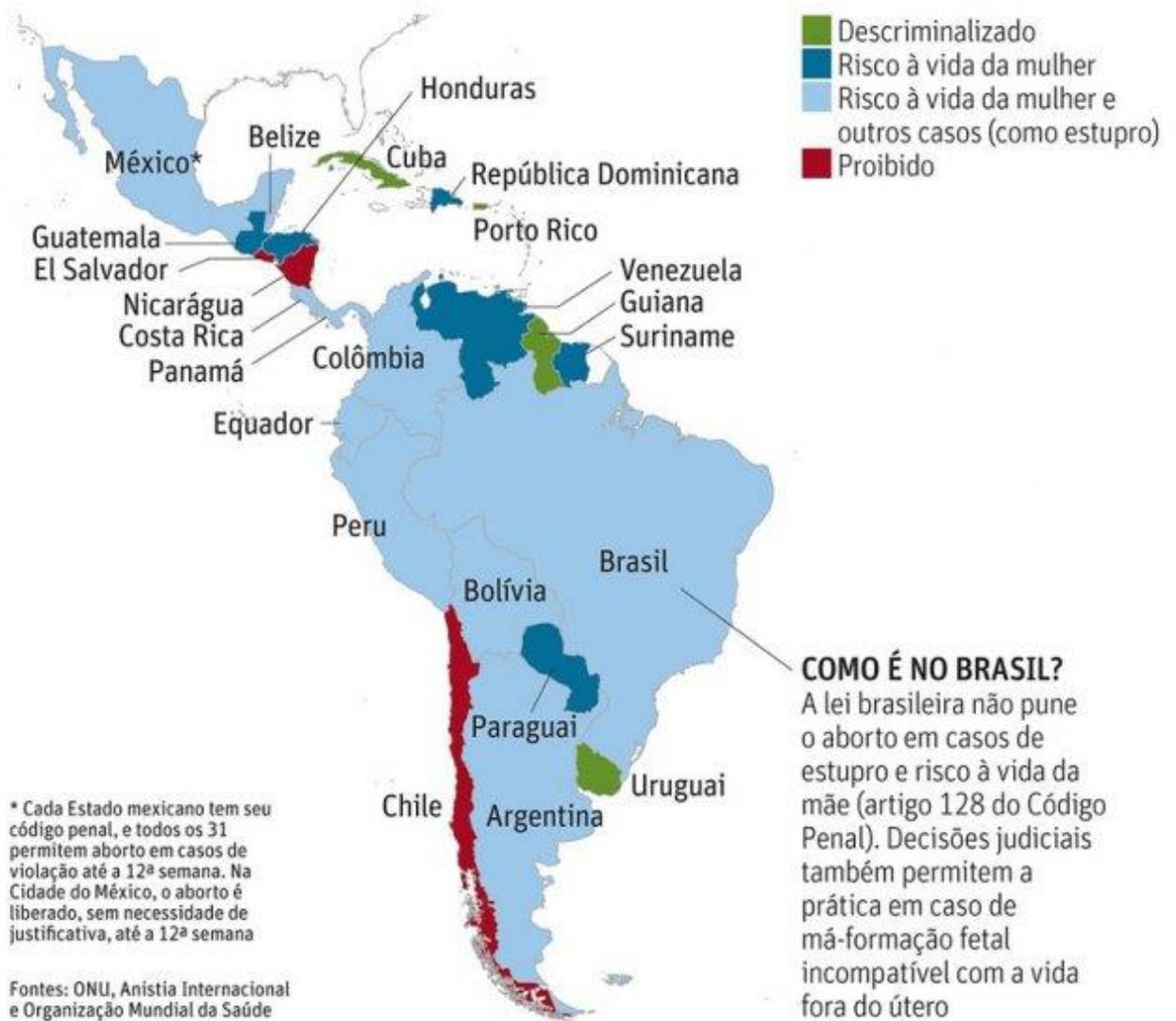
■ Varia por região.

■ Não há informações.

(Esquerda Diário, 2015)

O ABORTO NA AMÉRICA LATINA

Países como Chile e El Salvador proíbem prática em todos os casos



(Esquerda Diário, 2015)

Cabe ressaltar que hoje são três países latino-americanos que proíbem o aborto em qualquer situação: Chile, El Salvador e Nicarágua. E, ainda, somente quatro países da América Latina permitem o aborto sem que seja necessário apresentar justificativa, até a décima segunda semana de gestação, como o Uruguai, Guiana, Porto Rico e Cuba (Jornal O Sul, 2015).

Nestes países, assim como a “objeção de consciência” também utilizam o termo “tempo de reflexão”, onde é concedido a gestante o prazo após atendimento psicológico para realizar a prática abortiva. Ainda assim, de forma geral,

realizar o aborto é necessário somente no caso de inviabilidade de continuar a gestação uterina.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se por fim, que deverá ser aplicada as regras da hermenêutica jurídica como técnica de ponderação. Diante ao caso em concreto, opta-se pela vida da mãe em detrimento do nascituro, tendo em vista que a probabilidade de vida da gestante é maior do que a do feto, por tornar-se inviável a continuação da gestação. Ainda, caso somente o laudo de seu médico particular não baste, far-se-á novo exame realizado por outros dois médicos, para que possam emitir o laudo médico comprovando esta inviabilidade.

Entende-se não ferir nenhum princípio constitucionalmente previsto uma vez que estaria diante da falta de exigibilidade de conduta adversa quando agravada a situação da gravidez. Analisar-se-á diante ao caso em concreto para a autorização do aborto sendo necessária a intervenção judicial e demais produções de provas, quando não for fato notório, como por exemplo, os casos de anencefalia.

E, ainda, para que não haja margem de dúvidas, para aperfeiçoar o posicionamento entende ser possível a permissão do aborto somente em casos de comprovada inviabilidade da gestação uterina, ainda que não prevista nos incisos do artigo 128 do Código Penal, desde que haja intervenção Judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Capez, F. (2014). **Curso de Direito Penal, volume 2, parte especial**. São Paulo: Saraiva.

Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, L. C. (2015). **Vademecum**. São Paulo: Saraiva.

Esquerda Diário. (2015). **Aborto legal x aborto ilegal: a realidade pelo mundo afora**. Acesso em 24 de 08 de 2016, disponível em Esquerda Diário: <http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

HISTÓRIA DIGITAL (2013). **Uma breve história sobre o aborto**. Acesso em 22 de 08 de 2016, disponível em História Digital: <http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>

Jesus, DAMÁSIO. d. (2013). **Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, p.161.

JORNAL O ESTADÃO (2010). **Interpretação sobre casos de aborto legal gera polêmica na Argentina**. Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Jornal O Estadão: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,interpretacao-sobre-casos-de-aborto-legal-gera-polemica-na-argentina,584670>

JORNAL O SUL (2015). **penas quatro países da América Latina permitem o aborto sem que seja necessário apresentar justificativa**. Acesso em 24 de 08 de 2016, disponível em Jornal O Sul: <http://www.osul.com.br/apenas-quatro-paises-da-america-latina-permitem-o-aborto-sem-que-seja-necessario-apresentar-justificativa-ate-a-12a-semana-de-gestacao/>

JUS BRASIL. (2012). **STF aprova legalização de aborto de anencéfalo**. Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Jus Brasil: <http://reuters-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/3085422/stf-aprova-legalizacao-de-aborto-de-anencefalo>

LISTA DE PALAVRAS (2012). **Abordando o Aborto**. Acesso em 2016 de 08 de 22, disponível em
Origem da Palavra: <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/aborto/>

MIGALHAS 2015. (2012). **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL**. Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54 DISTRITO FEDERAL : <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>

MIGALHAS. (2015). **Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo**. Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (2016). **Taxas de aborto em países desenvolvidos caem mais que nos países em desenvolvimento**. Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Organizações das Nações Unidas no Brasil: <https://nacoesunidas.org/taxas-de-aborto-em-paises-desenvolvidos-caem-mais-que-nos-paises-em-desenvolvimento/>

REVISTA FÓRUM (2016). ***A discussão sobre a legalização do aborto no Brasil.*** Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Revista Fórum: <http://www.revistaforum.com.br/ativismodesofa/2016/04/28/a-discussao-sobre-a-legalizacao-do-aborto-no-brasil/>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2012). ***Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal*** . Acesso em 23 de 08 de 2016, disponível em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal : www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf