

O DIREITO DA GESTANTE VERSUS A PROTEÇÃO DO NASCITURO: CONFLITOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL.

THE RIGHTS OF PREGNANT WOMEN VERSUS THE PROTECTION OF THE UNBORN: ETHICAL AND LEGAL CONFLICTS IN THE CRIMINALIZATION OF ABORTION IN BRAZIL

Camilly Soares Mendes

Prof. Me. Carlos Henrique Miranda Jorge

RESUMO

O presente artigo analisa o conflito jurídico e bioético entre o direito ao livre-arbítrio da gestante e a proteção legal conferida ao nascituro, com enfoque nas implicações da criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de natureza exploratória, com metodologia baseada em revisão bibliográfica, documental e legislativa, incluindo projetos de lei, decisões judiciais e normas éticas de órgãos reguladores. O estudo tem como objetivo investigar a compatibilidade da legislação vigente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia reprodutiva e dos direitos fundamentais da mulher. Examina-se, especialmente, o Projeto de Lei nº 1904/2024, que propõe equiparar o aborto após 22 semanas ao crime de homicídio simples, inclusive nos casos resultantes de estupro, e suas consequências sociais, jurídicas e éticas. Além disso, o texto analisa precedentes judiciais, como a ADPF 54, que reconheceu a legalidade da interrupção da gravidez em casos de anencefalia, e discute a possibilidade de expansão desse entendimento para outras patologias fetais graves, a exemplo da Síndrome de Edwards.

Palavras-chaves: aborto, descriminalização, genitora e nascituro.

ABSTRACT

This article analyzes the legal and bioethical conflict between the right to free will of pregnant women and the legal protection granted to the unborn child, focusing on the implications of the criminalization of abortion in the Brazilian legal system. The research adopts a qualitative, exploratory approach, with a methodology based on bibliographic, documentary and legislative review, including bills, court decisions and ethical standards of regulatory bodies. The study aims to investigate the compatibility of current legislation with the constitutional principles of human dignity, reproductive autonomy and fundamental rights of women. In particular, it examines Bill No. 1904/2024, which proposes to equate abortion after 22 weeks with the crime of simple homicide, including in cases resulting from rape, and its social, legal and ethical consequences. Furthermore, the text analyzes judicial precedents, such as ADPF 54, which recognized the legality of terminating pregnancy in cases of anencephaly, and discusses the possibility of expanding this understanding to other serious fetal pathologies, such as Edwards Syndrome.

Keywords: abortion, decriminalization, mother and unborn child.

INTRODUÇÃO

A descriminalização do aborto representa uma das questões mais complexas e controversas do ordenamento jurídico desde a criação do código penal, isto porque no Brasil o aborto é permitido apenas em hipóteses legais específicas, cabendo ao médico sua realização. Diante disso, esta pesquisa busca analisar as legislações vigentes, retratando as possibilidades da implementação de novas leis e políticas públicas acerca dos direitos fundamentais da genitora comparados à proteção jurídica do nascituro desde sua concepção, contribuindo para o aprimoramento legislativo e propondo soluções compatíveis para a garantia de ambos os direitos de forma acessível a todos. Ainda, a investigação expõe uma reflexão sobre a compatibilidade do sistema penal atual com a realidade social brasileira e destaca as dificuldades enfrentadas por mulheres em situações de vulnerabilidade, que muitas vezes recorrem a procedimentos inseguros devido à falta de informação, apoio institucional e acesso a serviços de saúde adequados.

1. O LIVRE ARBÍTRIO DA GENITORA E O DIREITO DO FETO DESDE SUA CONCEPÇÃO.

O direito ao livre-arbítrio da gestante e a proteção jurídica conferida ao nascituro configuram um dos principais conflitos bioéticos e jurídicos da atualidade. Diante desse cenário, impõe-se uma análise crítica do projeto à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais da mulher e à proporcionalidade penal.

Em 10 de dezembro do ano de 1948 foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a resolução 217 A III, trazendo em seu texto a Declaração Universal de Direitos Humanos, que assim regia:

Artigo 2º - Todo ser humano tem capacidade para gozar dos direitos e das liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição. (DHUD, p. 4, 1948).

Em setembro de 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo e com a participação de 179 países incluindo o Brasil, representou um marco histórico ao estabelecer uma nova abordagem sobre as relações entre população, desenvolvimento e bem-estar individual. O evento resultou na adoção de um programa de ação para os 20 anos seguintes, centrado na promoção dos direitos humanos e no fortalecimento da autonomia das mulheres como eixos fundamentais para o desenvolvimento. A partir dessa mudança de paradigma, os programas populacionais deixaram de focar exclusivamente no controle demográfico e passaram a priorizar metas como a redução da mortalidade materna e infantil, o acesso universal à educação, especialmente para meninas, e a ampliação dos serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar (Patriota,

2004, p. 34).

Um dos programas criados a partir da CIPD foi “O Fundo de População das Nações Unidas” (UNFPA) uma agência da ONU (Organização das Nações Unidas) que trata de questões populacionais. Desde sua criação, em 1969, tem sido um fator desencadeador nos programas de desenvolvimento populacional relacionados com os temas de saúde sexual, reprodutiva e igualdade de gênero.

De acordo com pesquisa realizada pelo UNFPA em 2024, entre os anos de 2000 e 2023, a taxa média de nascimentos entre adolescentes brasileiras de 15 a 19 anos foi de 43 para cada mil, ao passo que, em Angola país marcado por acentuada vulnerabilidade econômica e fragilidade social, o índice alcançou 163 nascimentos por mil adolescentes (Unfpa, p.73, 2024).

Nesta perspectiva, delegados de todas as regiões e culturas concordaram que a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento fundamental da igualdade de gênero, sendo que, programas como esse auxiliam no controle e fiscalização da garantia desses direitos. O Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, pressupõe

Capítulo II. PRINCÍPIOS. Princípio 4: O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. (Patriota, p. 43-44, 2004).

Nessa concepção os direitos reprodutivos e sexuais se tornaram direitos humanos. Em 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim (China), havia expressa referência à igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exigindo-se o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências.

Através desses e de vários programas humanitários, o tema relacionado aos direitos sexuais e reprodutivos se inseriu no âmbito dos direitos individuais à autodeterminação, à integridade física e ao direito de não sofrer discriminação. Nessas circunstâncias encontra-se um grande confronto entre as concepções quando há colidência entre a garantia do direito da liberdade e reprodução da genitora comparada e as garantias geradas ao nascituro desde sua concepção, dando ensejo a uma discussão permanente sobre os temas.

Vista sobre essa perspectiva, o tema “aborto” torna-se um grande paradoxo, na medida em que a sua tipificação prescreve uma peculiaridade especial, pois a mulher é, ao mesmo tempo, autora e vítima do delito, autora, pois quando realiza o aborto viola o bem jurídico tutelado (vida intrauterina), e vítima, pois caso venha a praticar um aborto inseguro é violada a sua integridade física e psíquica.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, considera-se que todos os seres humanos são nascidos livres e iguais em dignidade e direitos; todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança. O Art. 2º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, preconiza que “A personalidade civil

da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro ''(Brasil, 2002).

Embora a personalidade civil se inicie com o nascimento com vida, o nascituro tem seus direitos resguardados desde a concepção, como o direito aos alimentos, regulamentado pela lei 11.804/2008. Conforme autua a lei, a gestante pode ingressar com uma ação judicial para receber alimentos gravídicos, ou seja, para receber alimentos mesmo antes do nascimento da criança, desde que tenha indícios de paternidade. A ação pode ser proposta a partir do momento em que a gestante descobre a gravidez.

Além disso, um outro direito peculiar garantido ao nascituro é o da herança. Conforme estabelece o art. 1798 do Código Civil da Lei 10406/02: ''Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão '' (Brasil, 2002).

Contudo, apesar do nascituro ser protegido quanto aos seus direitos de ordem jurídica, deve ser mensurado os benefícios que recebe o feto desde o ventre materno comparado as garantias legais da genitora.

O Projeto Lei n. 434/2021, proposto pela Sra. Deputada Chris Tonietto, institui o Estatuto do Nascituro, que dispõe sobre a proteção integral do nascituro e dá outras providências, assim como, dita que a personalidade civil se inicia desde sua concepção:

Art. 3º A personalidade civil do indivíduo humano começa com a concepção. Parágrafo único. O nascituro goza do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade (PL. 434/2021).

O Estatuto protege e equipara o nascituro na sua personalidade civil mesmo não tendo nascido, com a pretensão de protegê-lo integralmente, não somente quanto o direito à vida, mas levando-se em conta sob sua interpretação a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento. Como meio de justificativa para a proposta de lei a deputada retrata a ausência de dispositivos claros e de normas que assegurem os direitos do nascituro, constituindo uma grave violação de compromissos já assumidos pelo Estado brasileiro, capaz de instaurar a insegurança jurídica e prejudicar a ordem constitucional brasileira. (PL. 434, p. 11, 2021)

Em contrapartida, toda a proteção pelos direitos do nascituro afronta diretamente a descriminalização do aborto e por conseguinte compromete diretamente a dignidade da pessoa humana, bem como a cidadania das mulheres, em razão de não ser reconhecida a capacidade ética, moral e política de tomar decisões reprodutivas para a concretização do seu projeto de vida.

A criminalização do aborto no Brasil faz com que muitas mulheres continuem com uma gestação indesejada, o que afeta sua integridade física e psíquica, acrescido ao fato de direitos constitucionais básicos, como o direito à saúde e todos os tratamentos dispensados formalmente na legislação para gestantes não atingirem toda população brasileira, fazendo com que as camadas mais desfavorecidas sejam frontalmente atingidas, não havendo outra alternativa a essas gestantes senão a

busca pela prática do aborto em clínicas clandestinas que não possuem todo aparato necessário a esse tipo de intervenção, ocasionando mortes e lesões corporais.

Nessas circunstâncias (Pereira, p. 29, 2015) aborda o aborto frente a duas dialéticas: em primeiro momento tem-se que a legislação referente ao aborto busca resguardar, a priori, o direito à vida em desenvolvimento, num segundo momento, a incolumidade física e psíquica da mulher.

Destarte é que, a saúde, inclusive a reprodutiva, não se caracteriza apenas pela ausência de enfermidades, mas também, pelo completo bem-estar físico, social e mental, uma vez que o ônus da gravidez é carregado unilateralmente pelas mulheres, se faz necessário ressaltar também que devem ser levados em consideração os direitos básicos de todos os casais em decidirem livremente sobre o número de filhos.

Ainda, (Biroli, p. 7-8, 2014) retrata que o direito a decidir sobre manter ou não uma gravidez faz parte do direito a decidir sobre o próprio corpo, que por sua vez faz parte dos direitos individuais básicos. O direito ao aborto é de caráter político porque corresponde ao direito do indivíduo, no caso, das mulheres, para dispor de si e do seu corpo. A forma que assume, assim como sua recusa, tem impacto na definição dos direitos de cidadania, com a implicação adicional de que sua recusa impacta diferentemente mulheres e homens e, portanto, define clivagens nesses direitos

À vista disso, deve haver melhor análise quanto aos direitos do nascituro e da genitora sobre as diretrizes da lei brasileira, tendo sempre como escopo principal e finalístico a não vedação e violação de um direito em busca da supressão do outro.

1.1 Projeto de Lei 1904/24 – equiparação do aborto após 22 semanas de gestação ao crime de homicídio simples.

Em decorrência das discussões sobre o direito à interrupção da gravidez, visando assegurar a proteção das mulheres sob a perspectiva do livre-arbítrio e da segurança sexual, o Código Penal Brasileiro, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passou a prever exceções à punição pelo aborto. Em especial, proteger as mulheres vítimas de estupro, autorizando o procedimento de aborto mediante consentimento da gestante, ou de seu representante legal quando incapaz, conforme dispõe o artigo 128, inciso II: "Não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal" (Brasil, 1940).

Entretanto, o referido código, apesar de haver expressamente previsto a exceção da prática abortífera, quando foi escrito, deixou de se manifestar quanto ao limite máximo no qual uma gestação pudesse ser interrompida, tornando-se indefinido e presumindo que o aborto poderia ser praticado em qualquer idade gestacional, mesmo quando o nascituro já viável.

Contudo, por meio da Resolução n.º 2.378/2024, publicada em 3 de abril de 2024, o Conselho Federal de Medicina proibiu a realização do procedimento de assistolia fetal por médicos após a 22ª semana de gestação, nos casos em que houver possibilidade de sobrevivência do feto, ainda que a gestação decorra de estupro.

Art. 1º É vedado ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, ato médico que ocasiona o feticídio, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei, ou seja, feto oriundo de estupro, quando houver probabilidade de sobrevivência do feto em idade gestacional acima de 22 semanas. (Resolução CFM Nº 2.378/2024, edição 64, seção 1, p. 92).

A partir dessa perspectiva, foi criado o Projeto Lei n.1904/2024, apresentado pelo deputado federal Sóstenes Cavalcante, nele há a proposta para alteração dos artigos 124, 125, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro, passando a acrescentar em seus textos que em casos de práticas de aborto após 22 semanas de gestação, serão aplicadas as mesmas penas do crime de homicídio simples, equiparando-os quanto a sua criminalidade e punição.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Parágrafo único. Quando houver viabilidade fetal, presumida gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código(PL.1904/2024).

Conforme a interpretação do deputado, segundo a proposta de lei, todas as mulheres, independentemente da causa, inclusive se forem vítimas de estupro, praticando o aborto depois das 22 semanas de gestação, serão acusadas criminalmente, podendo receber a mesma pena que um indivíduo que praticou um homicídio simples, variando de 6 a 20 anos de reclusão.

Nesse mesmo diapasão, a proposta de lei estende também aos profissionais responsáveis por praticar o aborto na gestante após o período de 22 semanas, sendo que, o médico que realizar o ato, mesmo sem o consentimento da gestante, será também processado criminalmente, podendo ser condenado à uma pena de 6 a 20 anos de reclusão, a mesma destinada ao condenado por homicídio simples.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Parágrafo único. Quando houver viabilidade fetal, presumida gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código”. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Parágrafo único. Se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, não se aplicará a excludente de punibilidade prevista neste artigo (PL.1904/2024).

Observando o acréscimo proposto pelo deputado federal, há uma exceção em que o juiz pode deixar de aplicar a pena de aborto após as 22 semanas a genitora. Essa hipótese se trata de um perdão judicial, em que a consequência da prática criminosa afeta a autora de uma forma tão grave que a pena que lhe seria aplicada, se torna a menos gravosa. Um exemplo desse tipo de situação seria o genitor dar ré em seu carro e acabar atropelando a genitora que estava atrás, levando o feto a óbito.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: “§ 2º O juiz poderá mitigar a pena, conforme o exigirem as circunstâncias individuais de cada caso, ou poderá até mesmo deixar de aplicá-la, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma

tão grave que a sanção penal se torne desnecessária (PL.1904/2024).

Como ideia principal para a elaboração da proposta de lei o deputado expressou que o aborto já está incluído debaixo do título "Dos Crimes contra a Pessoa", tendo o legislador já no ano de 1940 entendido o nascituro como uma "pessoa" no sentido jurídico do termo, e que na época em que o código foi promulgado se o legislador não colocou propositalmente limites gestacionais quanto à prática do aborto, foi por que não entendia que a prática deveria ser estendida até o 9º mês de gestação. Para ele, o aborto deve ser praticado até as 22 semanas.

Aos nascidos, então, de acordo com a leitura textual e sistemática da Constituição, é atribuída a titularidade dos direitos fundamentais. Essa conclusão resulta mais evidente quando observa-se que não há referência em qualquer passagem do texto constitucional aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto. Na mesma linha de engenharia institucional, todo o sistema de proteção da ordem social, referente à família, criança, adolescente e idoso (capítulo VII), que igualmente supõe a pessoa humana nascida como titular dos direitos fundamentais garantidos, sem qualquer ressalva ao nascituro ou embrião. (Weber, p. 21, ADPF 442).

A ausência de um limite máximo de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação não se daria apenas nos casos de violência sexual e porque o artigo 128 do Código Penal não estabelece qualquer previsão de limite, mas porque a Constituição brasileira não reconhece nenhum direito fundamental à vida senão após o nascimento, não importando se a gestação tenha sido, ou não, produto de violência.

No entanto, como garantia para um atendimento mais eficaz e humanitário o Ministério da Saúde no uso de suas atribuições, dispõe sobre os procedimentos de justificação e autorização da interrupção legal da gravidez no SUS. Essa portaria estabelece detalhadamente os passos para os profissionais de saúde e ampara a mulher na garantia de acesso a esse direito.

Art. 1º - O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei é condição necessária para adoção de qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvem riscos de morte à mulher.

Art. 2º - O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei compõe-se de quatro fases que deverão ser registradas no formato de Termos, arquivados anexos ao prontuário médico, garantida a confidencialidade desses termos (Portaria 1.508/GB/MS de 2005).

Por fim, a lei 12.845 de 2013 dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência. Não apenas estabelece obrigação dos estabelecimentos de saúde como também a integralidade desta assistência. Isso inclui a profilaxia para evitar a gravidez na situação de emergência, o acompanhamento ambulatorial para avaliar se não houveram danos e outras repercussões na vida reprodutiva e sexual desta mulher, e o acesso ao aborto legal e seguro.

2- A POSSIBILIDADE DE ABORTO DE ANENCÉFALOS E O PODER DE EXPANSÃO PARA DEMAIS DOENÇAS.

O direito à vida, é reconhecido como o mais fundamental de todos, sem o qual os demais não existiriam. Não se pode falar em propriedade, liberdade, dignidade, igualdade sem que impere sobre todos estes a garantia, em primeiro lugar, do direito à vida.

À luz dessa compreensão e amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, o aborto permanece, ainda nos dias atuais, como tema de intensos debates e opiniões divergentes. Trata-se de uma questão de ampla complexidade conceitual e normativa, abrangendo distintas possibilidades e interpretações. No âmbito da discussão sobre a prática abortiva, destacam-se diversas enfermidades fetais que suscitam controvérsias quanto à legitimidade de sua interrupção, entre as quais se encontra a anencefalia, conforme leciona Santana, Canêdo e Vecchi (2016):

A anencefalia seria mais bem definida como falha no fechamento do tubo neural entre a terceira e a quarta semanas de gestação (entre 23º e 26º dia do embrião), resultando na ausência total ou parcial da calota craniana (crânio e couro cabeludo) e do cérebro, (Santana, Canêdo e Vecchi, p. 2, 2016).

Depois de diagnosticada a moléstia e constatada na prática a inviabilidade do feto no caso de anencefalia o tema para interrupção da doença veio à tona para votação no Supremo Tribunal Federal por meio de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde- CTNS, pleiteando que fosse declarada inconstitucional a interpretação que considerava o aborto de anencéfalo como crime, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia.

Uma vez diagnosticada a anencefalia e constatada, na prática, a inviabilidade de vida extrauterina do feto, a questão da possibilidade de interrupção da gestação passou a ser objeto de análise no Supremo Tribunal Federal. O tema foi submetido à apreciação da Corte por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), a qual pleiteava o reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação que qualificava como crime o aborto de fetos anencéfalos. A ação buscava assegurar o direito constitucional da gestante de optar pela interrupção da gravidez nesses casos, bem como o direito dos profissionais de saúde de realizarem o procedimento, desde que a anomalia fosse devidamente atestada por médico habilitado.

Para o Ministro e relator do caso, Marco Aurélio (ADPF 54, p. 55, 2013) “o feto anencéfalo mesmo que sendo considerado biologicamente vivo não goza de proteção jurídica e muito menos mesmo de proteção jurídico penal, por consequência, a interrupção da gestação nesses casos não configura crime, revelando-se conduta atípica sua prática.”

Em 12 de agosto de 2012 a ADPF foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, declarando que por considerar a anencefalia uma condição muitas vezes fatal, tendo em vista que a vida do feto não tem potencial de desenvolvimento, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é considerado aborto e, portanto, não se configura crime. A decisão permitiu que gestantes de fetos anencéfalos tivessem o direito de interromper a gravidez se ausentando de serem criminalmente processadas.

Partimos do princípio de que nenhuma mulher quer abortar, pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente, a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à saúde e à sua própria vida. Quando a mulher opta pelo abortamento, não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir consequências irreversíveis sobre sua vida, seu corpo, sua psique e seu futuro (Bitencourt, p. 117, 2011 apud Sturza e Albarello, p. 20, 2015).

Quanto a possibilidade do aborto de anencéfalos, também é possível intentar sobre o poder de expansão desse direito para outras doenças graves existentes na medicina. O atual Código Penal seguiu valores sociais da década de 30. Desse período até a sociedade atual, várias mudanças ocorreram, entre elas axiológicas, medicinais, científicas e tecnológicas. Tais modificações trouxeram a necessidade de atualizações legislativas, e uma delas refere-se a algumas questões relacionadas à concessão da prática do aborto em casos especiais e de extrema relevância.

Com base nesse entendimento, uma gestante portadora de feto acometido por doença rara impetrou habeas corpus, visando assegurar a possibilidade de interrupção da gravidez em decorrência do diagnóstico de Síndrome de Edwards. Segundo os professores e doutores em revisão realizada sobre a Síndrome de Edwards, ou de forma técnica nomeada como “Trissomia 18” analisando seus aspectos clínicos, etiológicos, prognósticos e éticos, no qual Rosa, Zen, Graziadio e Paskulin (2013), concluíram que:

A síndrome de Edwards é uma doença caracterizada por um quadro clínico amplo e prognóstico bastante reservado. Há descrição na literatura de mais de 130 anomalias diferentes, as quais podem envolver praticamente todos os órgãos e sistemas. Seus achados são resultantes da presença de três cópias do cromossomo 18. A principal constituição cromossômica observada entre estes pacientes é a trissomia livre do cromossomo 18, que se associa ao fenômeno de não disjunção, especialmente na gametogênese materna. A maioria dos fetos com síndrome de Edwards acaba indo a óbito durante a vida embrionária e fetal. A mediana de sobrevivência entre nascidos vivos tem usualmente variado entre 2,5 e 14,5 dias (Rosa, Zen, Graziadio e Paskulin, p. 111, 2013).

Atestada a magnitude da doença e a ameaça de se alastrar por todo o corpo, atingindo vários órgãos do feto e gerando mínimas chances de sobrevivência, a genitora se viu amparada pela busca do direito da interrupção da gravidez, na tentativa de diminuir tanto o seu sofrimento quanto o do nascituro.

Sendo assim, realizou o pedido para realizar a prática abortífera em primeira instância, sendo negado o seu pedido. No entanto, usufruindo ao direito de recorrer em todos os graus de jurisdição, a genitora impetrou habeas corpus nº 932495 perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que igualmente, denegou o pedido, por maioria a ordem. Em razão da decisão de segunda instância, não

restou alternativa senão buscar a tutela perante o Superior Tribunal de Justiça.

A genetriz, impetrou o habeas corpus então perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando em suma, que estava na 30ª semana de gestação de feto que, conforme documentação médica juntada aos autos, não teria viabilidade de vida extrauterina, uma vez que foi identificada alteração genética denominada Síndrome de Edwards e cardiopatia grave.

Ainda, declarou que caso continuasse com a gravidez, poderia obter grandes prejuízos psicológicos e risco à sua própria vida, requerendo fosse aplicado ao seu caso, por analogia, o entendimento firmado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que autoriza a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, sendo concedido salvo-conduto autorização para a realização do procedimento de interrupção de sua gravidez.

Conforme julgamento em 6 de agosto de 2024 pela Quinta Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça) o relator, conjuntamente com os demais ministros, denegaram o pedido, alegando que embora o feto apresentasse uma condição genética com prognóstico grave, a documentação médica encartada aos autos não comprovou a inviabilidade de vida fora do útero, impedindo a aplicação da decisão do STF sobre a anencefalia. Ademais, quanto aos dissabores mentais alegados pela genitora, tiveram o seguinte entendimento:

Não ignoro a complexidade da questão e o sofrimento psíquico experimentado pela gestante. Todavia, no caso concreto e na estreita via do habeas corpus - isto é, exclusivamente a partir dos elementos de prova juntados aos autos -, não identifico nenhuma das hipóteses excludentes da ilicitude sustentadas na impetração. (H.C, nº 932495/SC, 2024).

Por outro lado, conforme extraído do próprio julgamento na íntegra, o diagnóstico pré-natal realizado pela impetrante comprova o risco que o feto corre em não nascer, nascer prematuro, chegar a nascer e com pouca idade falecer e até sobreviver após o primeiro ano de vida mas portar severa deficiência mental:

Calcula-se que 95% dos fetos com trissomia 18 sejam abortados espontaneamente, durante a gravidez. Muitos nascem prematuros e 40% dos bebês morrem durante o parto. Entre os recém-nascidos que sobrevivem, estima-se que metade não chegue a completar um ano de vida. A sobrevida média para a síndrome de Edwards varia entre 3 dias e 14 dias. Os 5 a 10% dos pacientes com síndrome de Edwards que sobrevivem além do primeiro ano de vida apresentam severa deficiência mental (H.C n. 932495/SC, p.7, 2024).

Ainda, de acordo com o laudo do médico cardiologista responsável pelo caso, atestou a gravidade da doença, associada da malformação cardíaca também grave, resultando na pouca chance de sobrevivência do nascituro:

Com relação à síndrome de Edwards, a maioria dos fetos portadores desta trissomia não chega ao termo, ou seja, acaba indo a óbito durante a vida embrionária e fetal. As crianças que nascem apresentam um prognóstico bastante reservado, podendo falecer em dias ou meses de vida. A associação de síndrome de Edwards com a hipoplasia do coração esquerdo, torna o prognóstico bastante grave e muito provavelmente letal (H.C n. 932495/SC, p.7, 2024).

Por fim, o ultrassom obstétrico realizado em 07 de julho de 2024 a mesma hipótese foi confirmada:

Na avaliação da anatomia, presença de alteração cardíaca compatível com síndrome da hipoplasia do coração esquerdo, associado à derrame pleural bilateral e defeito de fechamento das 2 últimas vértebras sacrais. Esses achados são compatíveis com o resultado do QF-PCR/Exame que mostrou Trissomia do 18 (Síndrome de Edwards). Essa síndrome é considerada grave, onde a maioria dos fetos vão à óbito intra-útero ou logo após o nascimento. Nesse caso, a condição do feto é ainda mais grave em função da cardiopatia que o mesmo apresenta (resultado da alteração genética). Os dados acima, nos mostram que o feto tem um prognóstico reservado, muito provavelmente letal (H.C n. 932495/SC, p. 8 2024).

No entanto, apesar de todos os laudos e exames médicos indicarem que a probabilidade de vida do feto ao nascer era mínima, os ministros julgadores do caso entenderam que a continuidade da gestação não representava risco iminente à vida da gestante. Dessa forma, afastaram a aplicação da excludente de ilicitude prevista no artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), que dispõe que não se pune o aborto praticado por médico se não houver outro meio para salvar a vida da gestante (conforme destacado na ADPF 54).

Partindo dessa premissa, passa-se a investigar se nesses casos, a saúde da mulher não deveria ser levada em consideração. Durante a proclamação de seu voto na ADPF 54 o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou o entendimento do médico Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, onde dizia:

A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte (ADPF 54, p. 395,2013).

O texto estabelece uma relação entre a anencefalia e a Síndrome de Edwards, destacando ambas como afecções letais. Nessa perspectiva, ficou evidenciado que o direito das gestantes à interrupção da gravidez em casos de Síndrome de Edwards deve ser resguardado, sendo inadequado restringir tal possibilidade apenas aos casos de anencefalia. Especialistas médicos ressaltam ainda a existência de outras patologias com prognóstico frequentemente incompatível com a vida, reforçando a necessidade de proteção legal ampliada para esses casos.

Para providenciar um maior amparo a gestante, com a garantia dos seus direitos e deveres constitucionais, visando assegurar sua saúde e integridade foi proposto o projeto de lei nº 2313/ 2022, que assim defende:

É preciso reconhecer que, no Brasil, historicamente, uma longa jornada já foi trilhada com a promulgação de normas voltadas para a proteção das mulheres, salvaguardando a esse grupo direitos essenciais. Todavia, ainda precisamos avançar para uma legislação forte e que abranja as reais necessidades da mulher. Diante desse fato, torna-se necessário o fomento de leis que atentem aos diferentes momentos e situações da vida das mulheres, dentre eles o período gestacional (PL. 2313,2022).

O Ministério da Saúde (p. 29, 2004), revelou que a assistência ao parto no Brasil não é homogênea. A maioria dos partos realizados no Brasil se dão no ambiente hospitalar, porém, essa não é a realidade de muitas gestantes brasileiras. Em muitas regiões do país, como Norte e Nordeste, especialmente em zonas rurais afastadas, ribeirinhas e lugares de difícil acesso, o parto domiciliar em alguns casos é uma opção da mulher. Ainda, grande maioria das mulheres que vão até os serviços de saúde para atendimento no primeiro mês pós parto, sua preocupação e dos profissionais de saúde consiste em avaliar o recém-nascido, esquecendo de se preocupar com a importância da consulta puerperal.

Nesse diapasão, à saúde pública brasileira e o atendimento de prontidão a gestante se mostram de extrema carência quando necessárias para um acompanhamento especializado. Deve-se priorizar o cuidado humanizado, a escuta ativa, o suporte contínuo e a garantia de direitos reprodutivos, respeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da integralidade da atenção à saúde.

Para tanto, algumas estratégias como o fortalecimento do diagnóstico precoce e qualificado, ampliando o acesso à ultrassonografia de alta resolução nos serviços de atenção primária (UBS) e secundária (centros de diagnósticos), com técnicos capacitados para detectar malformações ainda no primeiro trimestre; a implementação de protocolos nacionais padronizados para rastreamento de anomalias fetais, garantindo que todo município siga as mesmas etapas de coleta de dados e comunicação de resultados e a Criação de centros de referência regionais em ultrassonografia obstétrica e medicina fetal, onde casos suspeitos sejam avaliados em até 48 horas, tornam-se imperativos podendo otimizar processos de rastreamento, acolhimento e intervenção nos casos necessários.

Igualmente, a inserção de uma equipe multidisciplinar (psicólogo, assistente social, obstetra) disponível já no primeiro contato confirmatório, oferecendo acolhimento psicológico imediato e orientação sobre grupos de apoio, juntamente com um prontuário eletrônico integrado que alerte automaticamente a equipe sobre diagnósticos críticos e próximo passo no cuidado, são políticas publicadas que podem ser adotadas voltadas para diminuir o sofrimento materno.

Art. 3º É garantido à gestante o acesso a políticas públicas que permitam o pleno desenvolvimento da sua gestação e com suporte multidisciplinar à família que assegure o parto do nascituro e a sua infância, em condições dignas de existência (PL.213, 2022)

A teleconsultoria em medicina fetal, permitindo que médicos de unidades remotas discutam casos em tempo real com especialistas de centros urbanos também é um método capaz de antecipar a interrupção de uma gestação que não tem chances de alcançar o sucesso.

Assim, amparadas pelo desenvolvimento da tecnologia, de profissionais capacitados e de um Estado que apoie a genitora do começo ao fim de sua gestação, diagnosticando previamente os casos de fetos portadores de doenças graves, o aborto necessário poderá ser expandido, estendendo o prerrogativa utilizada para a exceção no caso de aborto de anencéfalos para cada caso concreto, sendo discutida a sua gravidade e relativizando o poder de aborto para doenças com grande potencial que impede a vida

extrauterina.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou que o debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil afronta diretamente os princípios que protegem a genitora, em comparação aos direitos que norteiam o nascituro desde sua concepção até a vida extrauterina. A análise desses direitos à luz das legislações vigentes e a busca pela aprovação das propostas de leis ainda pendentes sugerem que na prática esses direitos não são resguardados de forma eficaz, o que implica na discussão do tema por ainda longos anos. Através do estudo restou comprovado através da minuciosa análise de dados estatísticos e de comprovações na área da saúde, que o tema merece uma atenção maior no que tange as áreas mais periféricas, onde muitas vezes a garantia do direito não chega. A fixação de um número específico de semanas para a permissão da interrupção da gravidez ainda será um tema extremamente debatido, especialmente para que para a garantia de um direito não prejudique o outro. Por fim, o estudo relatou o poder de expansão de casos em que pode ser possível a realização do aborto, tema que é de imprescindível exame pelas Cortes Superiores do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Senado Federal. *Mulheres e direitos reprodutivos: o aborto no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/131831>. Acesso em: 12 dez. 2024.

DINIZ, D., MEDEIROS, M., MADEIRO, A. (2023). Pesquisa Nacional de Aborto - Brasil, 2021. *Ciencia e saude coletiva*, v. 28, n. 6, p. 1601–1606, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/mDCFKkqkyPbXtHXY9qcpMqD/abstract/?lang=pt>.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 434/2021- Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270201>. Acesso em: 17 jan. 2025.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Cartilha de defesa dos direitos sexuais e reprodutivos. Brasília, 2021. Disponível em: https://direitoshumanos.dpu.def.br/wp-content/uploads/2021/07/cartilha_defesa_direitos_sexuais_reprodutivos-2021.pdf. Acesso em: 25 fev. 2025.

Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA). Situação da População Mundial 2024 - Vidas entrelaçadas, fios de esperança: Acabando com as desigualdades na saúde e nos direitos sexuais e reprodutivos. Brasília, DF. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/2024-11/2024-SWOP-Portuguese-WEB.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.

ONU MULHERES. Plataforma Planeta 50-50 em 2030: Conferências. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

PEREIRA, Tiago e SILVA, Matheus. O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente as hipóteses de aborto legal. Disponível em: <https://profmatheus.com/wp-content/uploads/2017/05/dignidade-aborto.pdf>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2434/2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493>. Acesso em: 23 fev. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 42/2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=461754&filename=LegislacaoCitada+-PDC+42/200. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- APF 442. Número único: 0002062-31.2017.1.00.0000- Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 24 fev. 2025.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNFPA). Relatório sobre a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2025.

BIROLI, Flávia. *Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas*. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 15, p. 37-68, set./dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/QbtCQW64LCD8f7ZBv4RBSDL/>.

ROSA. M. F. Rafael; ROSA. M.C. Rosana; ZEN. G. R. Paulo; GRAZIADIO Carla, PASKULIN A. Giorgio. Trissomia 18: revisão dos aspectos clínicos, etiológicos, prognósticos e éticos. *Revista Paulista de Pediatria*, v. 38, n. 1, p. 45-52, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpp/a/dsM36zFXP5VnNb7Z4kyjsns/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, julgado em 11 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 21 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 932495 - SC (2024/0279093-7). Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, DF. Julgado em 19 ago. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=91&documento_sequencial=262096100®istro_numero=202402790937&publicacao_data=20240819. Acesso em: 21 abr. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, p. 76- 81, n.129, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=110631&paginaInicial=&paginaFinal=> Acesso em: 21 abr. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: princípios e

diretrizes. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf. Acesso em: 21 abr. 2025.

STURZA, Janaína Machado; ALBARELLO, Jéssica. A proteção ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana: controvérsias acerca do aborto de anencéfalos. *Revista Direito em Debate*, v. 24, n. 44, p. 66–92, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/3047>. Acesso em: 21 abr. 2025

SILVA, S. Luciana. Aborto: direito à vida ou dignidade da pessoa humana? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 334–363, set./dez. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n3/revista_v22_n3_334.pdf. Acesso em: 21 abr. 2025.

Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.989, de 10 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 maio 2012. Seção I, p. 308–309. Disponível em: https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/Resolu%C3%A7%C3%A3o-1989_2012_CFM.pdf. Acesso em: 21 abr. 2025.

SANTANA, Marcus Vinícius Martins de Castro; CANÊDO, Fernanda Margonari Cabral; VECCHI, Ana Paula. Anencefalia: conhecimento e opinião dos médicos ginecologistas-obstetras e pediatras de Goiânia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 413–424, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/rJxW89rW6w97GqBzZJNMcbq/?format=pdf>. Acesso em: 21 abr. 2025.