

**UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU**

**ANDRESA DE MEDEIROS TOSTES**

**PERSONALIDADE CIVIL DO NASCITURO E SEUS REFLEXOS NO  
ABORTO**

São Paulo / SP

2022

ANDRESA DE MEDEIROS TOSTES

**Personalidade civil do nascituro e seus reflexos no aborto**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade São Judas como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador

**Prof. Dr. Kim Modolo Diz**

**São Paulo / SP**

**2022**

ANDRESA DE MEDEIROS TOSTES

**Personalidade civil do nascituro e seus reflexos no aborto**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade São Judas.

São Paulo, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Kim Modolo Diz**

Orientador

Universidade São Judas

São Paulo / SP

2022

## Personalidade civil do nascituro e seus reflexos no aborto

Andresa de Medeiros Tostes

**Resumo:** O corpo da mulher, concebido como objeto, há tempos tem sido alvo de opiniões e imposições de toda sorte de instâncias sociais, que desmerecem o direito de escolha da própria mulher, principalmente no que tange à gestação de uma criança. A legislação brasileira criminaliza o aborto, trazendo apenas três situações como exceção: em caso de estupro; se não houver outro meio de salvar a vida da gestante; quando o nascituro portar anencefalia. Desse modo, durante a gravidez, o feto aparenta possuir mais direitos e proteção que a gestante, retirando dela o direito de interromper a gestação por volição. No entanto, o Código de Processo Civil define como pessoa aquele que nasce com vida, apesar de pôr a salvo o direito do nascituro desde a sua concepção. Até os seis meses de gestação, o nascituro não possui condições de sobreviver fora do corpo da mãe, senão por formas invasivas, por meio de recursos tecnológicos. De modo natural e independente, a vida não está assegurada até os seis meses de gestação fora do útero, por isso, fala-se em expectativa de vida útil. Dessa forma, não poderia um nascituro ser considerado pessoa, nem mesmo ter resguardado direito que viria a ter a partir do nascimento com vida ou se houvesse possibilidade de vida útil, razão pela qual acredita-se que o aborto até os seis meses de gestação deveria ser direito de escolha da mulher, não incidindo crime contra a gestante, como legisla o atual código penal e civil.

**Palavras-chave:** Personalidade Civil. Nascituro. Aborto.

**Abstract:** The woman's body, conceived as an object, has long been the target of opinions and impositions from all sorts of social instances, which undermine the woman's right to choose, especially concerning the pregnancy of a child. Brazilian legislation criminalizes abortion, with only three exceptions: in the case of rape, if there is no other way to save a pregnant's life when the unborn child has anencephaly. Thus, during pregnancy, the fetus appears to have more rights and protection than the pregnant woman, depriving her of the right to interrupt the pregnancy by volition. However, the Code of Civil Procedure considers a person who was born alive, despite protecting the right of the unborn child from conception. Up to six months of gestation, the unborn child can not survive outside the mother's body except through invasive forms through technological resources. Naturally and independently, there is no guarantee of a lifetime until the six months of pregnancy outside the womb, so there is lifespan only. Therefore, an unborn child could not be considered a person, nor could he have protected the right that it would have from birth with life or if there was the possibility of a lifespan. For this reason, abortion up to six months of gestation should be a right of a woman's choice, not involving a crime against the pregnant woman, as legislated by the current penal and civil code.

**Keywords:** Civil Personality. Unborn. Abortion.

## **Palavras Iniciais**

Em meio a uma sociedade advinda de uma cultura patriarcal, com enfoque no desejo do homem, que vê a mulher como um objeto de direito dele, consolidaram-se como determinados os entendimentos quanto ao corpo feminino e suas próprias escolhas sob este. O direito da mulher e sua liberdade são feridos, por diversas vezes, em razão da cultura patriarcal, que a coloca como vilã, sendo ela, na verdade, uma vítima. A sociedade insiste ainda em puni-la pelo simples fato de ser mulher, não prioriza a sua saúde física e mental, e principalmente o seu querer individual. No que tange à concepção de filhos, não são consideradas as suas condições de subsidiar a sua vida, muito menos a de uma criança que está sendo gerada, além das consequências advindas pela falta de apoio social, por parte do estado, que não acolhe essas mulheres, nem lhes garante acompanhamento médico, e, ainda, pela ausência de legislação, que não as protege, mas as condena.

No presente artigo, visa-se demonstrar como o artigo 2 do Código Civil despreza a mulher quando põe a salvo os direitos de um ser que não possui expectativa de vida útil, em se tratando dos seis primeiros meses da gestação, não havendo, portanto, que se falar em direito garantido, apenas em expectativa. Além de mostrar como a sociedade insiste em tratar a mulher como um objeto, não respeitando a sua própria existência, quando homens decidem sobre o seu corpo e sua vida, demonstrar-se-á como diversos países evoluíram culturalmente, abraçando a causa feminista e enxergando a mulher como pessoa digna de direitos. No Brasil, as mulheres ainda precisam recorrer a métodos precários e perigosos, expondo-se ao risco de morte para ter o direito à escolha, tendo em vista que o Estado se exime da responsabilidade de proteger os seus direitos e a sua própria vida.

Os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal, quando postos em discussão, são seletivos, fala-se muito em proteger aquele que é vulnerável, aquele que não pode falar por si, mas pouco se fala daqueles que são calados, excluídos. O artigo 2 do Código Civil Brasileiro silencia a mulher, pondo a sua frente um ser que não cumpre os requisitos para ter e exercer direitos, exclui a vontade da mulher, faz impor algo que deveria ser planejado e desejado, cria reflexos que aumentam os julgamentos sobre a mulher, criminalizando-a por não querer ser mãe em determinado momento de sua vida, ou até mesmo por não poder ou não ter condições de sê-lo. Por fim, busca-se demonstrar como a legislação é omissa e como seu uso é seletivo, já que a criminalização do aborto não faz com que a prática

não aconteça, apenas a precariza e faz com que mulheres se submetam a procedimentos fora dos padrões mínimos de segurança.

### **Nascituro como pessoa**

Para o Direito, pessoa é aquela capaz de integrar um dos polos de uma relação jurídica, deve, portanto, possuir personalidade jurídica para tal. Não se deve, no entanto, confundir personalidade e capacidade. A capacidade civil traduz-se pela aptidão que a pessoa tem de adquirir e exercer direitos, enquanto a personalidade trata de um conjunto de prerrogativas individuais inerentes à pessoa humana. A esse propósito, o Jurista Orlando Gomes conceitua a capacidade jurídica da seguinte forma:

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade [...] A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. (GOMES apud GAGLIANO, 2014, p. 104.)

Existem duas correntes doutrinárias que versam sobre o início da vida: a natalista e a concepcionista. O Código Civil Brasileiro adota, em seu art. 2, a teoria natalista, conceituando pessoa como aquele que nasce com vida, contudo, põe a salvo os direitos do nascituro, aquele que ainda não nasceu. O professor Washington de Barros Monteiro esclarece:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade (MONTEIRO, 2003, p. 64).

O Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 54, a qual versa sobre o aborto do feto anencéfalo, trouxe a interpretação legal para que fosse descriminalizado o aborto nestes casos. Assim, comenta sobre o início da vida,-vejamos:

“No julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida,

mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, **o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade**, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária. Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente: **O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva** (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). **E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: **o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...) O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.**" (Grifei)

Pode-se ainda extrair do voto do Sr. Ministro, que, por analogia, tanto o feto anencéfalo quanto o feto de até 6 meses não possuem vida útil extrauterina, não sendo, portanto, pessoa. Vejamos alguns dos posicionamentos do Ministro em seu voto:

“É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante –, estabeleceu como impune o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misonéismo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo [...].”

“Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.”

“Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.”

Assim, como bem pontuado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, o direito à vida, ainda que direito fundamental e cláusula pétrea, não é absoluto, o que pode ser verificado pelas próprias tipificações da Constituição Federal, bem como Código Penal. Assim como há distinção nas penas dos crimes contra a vida, há ainda a admissão de pena de morte em caso de guerra conforme art. 84, XIX da CF.

E ainda, nas palavras, citadas no voto, da Ministra Cármen Lúcia (2004), “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”

Sobre o aborto, José Afonso da Silva (2014) ensina que existiam três tendências para o tratamento do tema na Constituinte, e assim disciplina:

Apesar de a Constituição não enfrentar diretamente a questão, uma corrente queria proibir o aborto, assegurando o direito à vida desde a concepção. Uma segunda visão previa vida apenas na vida extrauterina, sendo a interina "inseparável do corpo que a concebesse ou recebesse" assim, de "responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto". Por fim, terceiro entendimento era o que a Constituição não deveria se posicionar a respeito da proibição ou permissão do aborto. (SILVA, 2014, p. 205)

Contudo, há uma divergência de entendimento entre o Código Civil e o Código Penal, tendo em vista que o art. 2 do Código Civil adota a teoria natalista, já tratada no presente

artigo, enquanto no Código Penal, ao tipificar o aborto, adota o conceito científico de que a gestação tem início com a nidação, ou seja, a implantação do óvulo fecundado na parede do útero, o que gera conflito ao se debater a legalização da prática, devendo ter como foco o reconhecimento dos direitos fundamentais da mulher, como sujeito de direitos e titular de dignidade humana a ser resguardada e garantida pelo ordenamento jurídico.

O Brasil não é o único a adotar a teoria natalista, Espanha e Portugal também adotam essa corrente, muito embora haja ainda certas distinções entre as três legislações. Na legislação espanhola, especificamente em seus artigos 29 e 30 do Código Civil, verifica-se não haver reconhecimento de personalidade jurídica ao nascituro. Manuel Albaladejo (1975) afirma que a lei não exige apenas o nascimento com vida para aquisição da personalidade jurídica, mas também o reconhecimento como pessoa, por isso, também são consideradas a forma humana e a viabilidade – o requisito de viabilidade baseia-se num critério legal, o do decorrer de 24 horas após o nascimento. No entanto, embora a legislação espanhola não reconheça o nascituro como pessoa, não resguardando, assim, os seus direitos, a partir do nascimento com vida, há a retroatividade dos efeitos de direitos, existentes desde o momento da concepção. O doutrinador espanhol entende que a legislação, embora confira ao nascituro tutela jurídica e lhe reconheça uma série de expectativas de direitos, assim o faz apenas por considerar o nascituro um bem jurídico necessitado de tutela, mas não por considerá-lo pessoa.

Nessa mesma perspectiva, o atual Código Civil português, também adotante da teoria natalista, prevê, em seu art. 66, que se adquire a personalidade no momento do nascimento completo e com vida, bem como os direitos que a lei reconhece aos nascituros que dependem de seu nascimento.

### **O ativismo feminino**

Os direitos de liberdade, fraternidade e Igualdade, levantados pela revolução francesa (sec. XVIII), fomentado pelo iluminismo (séc. XVII e XVIII) – movimento cultural e filosófico que buscava gerar mudanças políticas, econômicas e sociais na sociedade da época, e defendia ideias como a igualdade de todos os homens perante a lei e o combate à sociedade de privilégios – não eram aplicados às mulheres, que eram excluídas da propriedade e do

direito. O feminismo surgiu nesse contexto como um movimento que buscava a equidade entre gêneros, homem e mulher. Ao longo da história, teve três fases ou “ondas”, termo utilizado por Marscha Lear, em 1968.

Segundo Garcia (2011), o termo feminismo pode ser definido como:

A tomada de consciência das mulheres como coletivo humano, da opressão, dominação e exploração de que foram e são objeto por parte do coletivo de homens no seio do patriarcado sob suas diferentes fases históricas, que as move em busca da liberdade de seu sexo e de todas as transformações da sociedade que sejam necessárias para este fim. Partindo desse princípio, o feminismo se articula como filosofia política e, ao mesmo tempo, como movimento social (GARCIA, 2011, p.13).

Dworkin (2009) atenta para o equívoco de se tratar todas as mulheres que se consideram feministas como adeptas das mesmas opiniões, uma vez que existem no feminismo diversas posições acerca das estratégias para melhora da condição da mulher na sociedade, bem como divergências quanto a outros temas debatidos pelos movimentos feministas.

A primeira onda do feminismo ocorreu durante o final do século XIX e início do século XX, era voltada a questões jurídicas e direitos políticos, em especial o direito ao voto feminino (sufrágio). A segunda onda, também conhecida como feminismo radical, ocorreu entre as décadas de 1950 e 1980, durante a crise da democracia, visava à ampliação da luta pelos direitos das mulheres, abrangendo questões como sexualidade, trabalho, família, direitos reprodutivos, desigualdades sociais fáticas, bem como igualdade legal. Possuía enfoque também quanto à violência doméstica e reivindicações por mudanças nas leis que disciplinavam o divórcio. A terceira onda, situada nos anos 1990, discutiu os paradigmas postos pelas ondas anteriores, com incremento do feminismo negro, que alertava para a necessidade de estabelecer recortes de raça e classe para a especificidade das mulheres.

Durante longos séculos, à mulher foi reservado o espaço doméstico em contraposição ao espaço público, sem exercício pleno de direitos civis. Maria Berenice Dias destaca que “a presença da mulher é uma história de ausência, na medida que o Direito não concedeu um lugar às mulheres, a mulher era imposta à submissão e aos filhos a obediência.” (DIAS, 2015, p.100).

No Brasil, somente a partir do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, com o reconhecimento de sua plena capacidade jurídica, promovendo alterações substanciais no

Código Civil e conferindo-lhe maior autonomia, a mulher deixou de ser considerada incapaz civilmente ao casar-se e passou a poder escolher seu trabalho. Em 1977, houve outro grande avanço para o reconhecimento da autonomia e liberdade da mulher, a regulamentação da Lei do Divórcio, que previa a possibilidade da dissolução matrimonial, tornava facultativo o uso do sobrenome masculino e substituía a expressão "desquite" por "separação". Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, houve o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres expresso no inciso I do artigo 5, e por fim, a edição da Emenda Constitucional no.66/2006 que, para a maioria da doutrina jurista, aboliu a discussão de culpa no divórcio, que implicava quantificação de eventual pensão alimentícia, sendo que, ao cônjuge culpado eram conferidos valores insuficientes à sobrevivência, sem garantia do padrão de vida gozado quando da vigência do casamento, o que é denominado de alimentos civis.

A legislação atual permite a realização do divórcio de forma direta, independente da aferição de elementos objetivos (lapso temporal mínimo) ou subjetivos (atribuição de culpa pelo fim do casamento) para a sua decretação, sendo possível a sua realização de forma consensual tanto judicialmente, perante o Poder Judiciário, quanto extrajudicialmente nos cartórios extrajudiciais de Registro de Pessoa Civil, quando inexistentes filhos menores de idade. Desse modo, tornou-se irrelevante a discussão acerca de qual cônjuge seria o responsável pelo fim do casamento, o que por muito tempo foi considerado culpa da mulher, cuja responsabilidade pelo lar e pela família deveria ser sua única ocupação.

### **Legalização ou Descriminalização**

Historicamente, o aborto sempre foi considerado crime no Brasil. O Código Criminal do Império, de 1830, trouxe previsão do crime de aborto nos artigos 199 e 200, com punição apenas para o terceiro que o praticasse, de modo que a gestante que o praticou ou que consentiu a sua prática não era criminalizada, já o Código Penal de 1890 passou a criminalizar o aborto, tipificando-o nos artigos 300 a 302. O Código Penal Brasileiro de 1940, o qual ainda vigora, em sua parte especial tipifica o aborto como crime, seja ele praticado por terceiro ou pela gestante, com ou sem o seu consentimento, havendo três exceções como mencionado anteriormente, especificamente nos artigos 124 a 127. Relevante ainda é o posicionamento da autora Soraia da Rosa Mendes:

O aborto é um direito fundamental exclusivo das mulheres em decorrência do direito à autodeterminação. O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação (MENDES, 2012, p. 229-230)

A autora defende ainda que a tipificação do aborto, trazida pelo Código Penal de 1940, sequer foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na medida em que os direitos fundamentais garantem às mulheres o delineamento autônomo de suas próprias vidas, a partir do que a autodeterminação significa para cada mulher, sendo que o delineamento autônomo não pode ser realizado à revelia da própria mulher envolvida.

No âmbito dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, assumiu o compromisso com o respeito aos Direitos Humanos. Na conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em 1993 e organizada pela Organização das Nações Unidas, foi feita a recomendação de que os Estados elaborassem um plano nacional para identificar o que era necessário para a melhoria e promoção dos Direitos Humanos em seu território. Assim, o Brasil editou, por meio de decreto presidencial, três Programas Nacionais de Direito Humanos no Brasil; nos anos de 1996, 2002 e 2009. O Programa Nacional de Direitos Humanos 3, ainda em vigor, revogou o segundo Programa Nacional, detalhando de forma inédita, não apenas eixos e diretrizes, mas também a forma como deveria ser implementado. A redação original do PNDH-3121 previa o apoio e a aprovação de projeto de lei para descriminalização do aborto, contudo, o texto foi alterado pelo Decreto nº 7.177 de 2010, suprimindo a descriminalização, e considerando-o questão de saúde pública.

Adentrando ao que se defende neste artigo, muito embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro, é preciso observar o requisito de vida útil, a exigência de que o nascimento ocorra com vida para que o nascituro seja considerado, de fato, pessoa. Contudo, nos primeiros 6 meses de gestação, o feto não possui viabilidade de vida extrauterina, a não ser pela utilização de novas tecnologias como Unidade de Tratamento Intensiva neonatal (UTI neonatal). De forma natural e independente, caso o nascimento ocorra dentro dos seis primeiros meses de gestação, o bebê não tem chances de sobreviver. Falamos, portanto, dentro deste período, de mera expectativa de vida útil, sendo um período frágil da gestação,

não havendo viabilidade de vida extrauterina, motivo pelo qual se defende a legalização do aborto nestas condições, podendo a gestante optar pela continuidade ou não da gestação.

Importante ainda esclarecer que descriminalizar e legalizar são conceitos diferentes, conforme explica Lia Zanotta Machado, professora da Universidade de Brasília (UNB) e doutora em Ciências Humanas. Descriminalizar é apenas fazer com que uma prática deixe de ser crime, enquanto legalizar significa regulamentar a prática do aborto e definir os momentos em que ele terá o apoio do Estado, além de estabelecer um limite, conforme as semanas de gestação.

“A descriminalização é controversa, pois pode ser feita de vários modos. Se você descriminaliza o aborto em qualquer época sem importar com os meses de gestação, por exemplo, pode causar um grave problema de saúde para a mulher e, evidentemente, a proteção do direito do feto fica pouco defendida. [...] Quando há a legalização do aborto, há uma diminuição das taxas de morte materna que se qualifica como a taxa de mulheres que morrem na gravidez, no puerpério e em até 3 meses depois do parto” (MACHADO, 2022)

Na América do Sul, quatro países legalizaram o aborto e dois descriminalizaram a prática, vejamos: legalizaram-no: a) Argentina – até 14 semanas (4 meses), apenas com a solicitação da mulher (lei aprovada em dezembro de 2020); b) Uruguai – até 12 semanas (3 meses) de gestação, apenas com a solicitação da mulher (legalizado desde 2012); c) Guiana – até 8 semanas (2 meses) de gestação, apenas com a solicitação da mulher (legalizado em 1995); d) Guiana Francesa – segue a legislação francesa. A pedido da mulher em até 12 semanas (3 meses); Descriminalizaram-no: a) Chile – até 14 semanas (4 meses) em casos de riscos de morte da mulher, estupro e malformação do feto (desde setembro de 2021); b) Colômbia – até 24 semanas (6 meses), não precisa de justificativa. Depois, em casos de incesto, estupro ou malformação fetal (desde fevereiro de 2022).

Contudo, seis outros países, incluindo o Brasil, ainda proíbem o aborto, com algumas exceções, vejamos: a) Brasil – até 22 semanas (6 meses) em casos de risco de vida da mulher, estupro e malformação do feto; b) Bolívia – até 8 semanas (2 meses), em casos de risco de vida para a mulher; c) Peru – até 22 semanas (6 meses) quando há risco de vida para a mulher ou para prevenir danos graves e permanentes à saúde da gestante; d) Venezuela – quando há risco de vida da mulher. Não especifica limite; e) Paraguai – quando há risco de vida da mulher. Não especifica limite; f) Equador – em casos de estupro ou quando há risco de vida da mulher. Não especifica limite.

Observando os demais países do mundo, na China, o aborto é permitido apenas com a solicitação da mulher, não havendo limitação gestacional; na Índia, o aborto é legalizado desde 1971 em casos de estupro, risco para a mulher ou má formação fetal, falha de métodos contraceptivos e risco para a saúde mental da gestante. O Canadá legalizou o aborto em 2016, o procedimento é realizado a pedido da mulher e não há um limite gestacional, contudo, o regulamento canadense varia de acordo com a província. Já o México descriminalizou a interrupção em 2021, o aborto é regulamentado por estado; a Cidade do México, por exemplo, permite o aborto até 12 semanas, sem necessidade de uma justificativa. Na Europa, o aborto é descriminalizado na maioria dos países, porém ainda é ilegal em Malta e Andorra.

Nos Estados Unidos, recentemente, a Suprema Corte derrubou a decisão do caso “Roe v. Wade”, de 1973, que concedeu às mulheres americanas o direito ao aborto legal. Com essa decisão, os estados voltam a ter o poder de definir se permitem esse tipo de procedimento, assim, espera-se que mais da metade dos estados passem a proibir o procedimento. O aborto, contudo, não é totalmente proibido nos Estados Unidos, visto que cada estado decide suas leis. Com esta nova decisão, os estados voltam a ser livres para legislar, proibindo ou autorizando, sobre o tema.

No Brasil, foi realizada uma pesquisa pelo Ministério da Saúde sobre a realização do aborto em território brasileiro. Cabe ressaltar que, muito embora as estatísticas obtidas demonstrem um panorama da nossa sociedade, ainda há de se considerar que, por se tratar de prática ilegal e criminalizada, muitas mulheres têm medo de se pronunciar quanto ao tema e ainda os dados em hospitais podem ser escassos para demonstrar a realidade da prática em razão de muitos abortos serem praticados em clínicas clandestinas ou então pela própria gestante com uso de medicações e chás – razão pela qual muitas das vezes as autoridades sequer possuem conhecimento do ocorrido. Assim, as pesquisas apresentam dados que podem estar subestimados em comparação com um número real que poderia ser obtido na hipótese de se tratar de um procedimento lícito.

A pesquisa constatou que, na adolescência, ocorrem cerca de 7% a 9% do total de abortos realizados por mulheres em idade reprodutiva. A maior parte dos casos, ocorre no segmento de 17 a 19 anos, ou seja, entre as adolescentes mais velhas. Estudos com adolescentes puérperas indicam que entre 12,7% e 40% delas tentam o aborto antes de decidir dar prosseguimento à gestação. Pesquisas qualitativas sugerem que 73% das jovens entre 18 e

24 anos cogitam a possibilidade do aborto antes de optar por manter a gravidez, e, ainda, foi encontrada uma razão de prevalência de 2,3% no uso de métodos contraceptivos entre as adolescentes que abortam e as que não abortam, o que reforça a tese de que as mulheres que recorrem ao aborto são usuárias de métodos contraceptivos e estão decididas a não manter uma gestação não planejada (BRASIL, 2009).

Além disso, dados de internação no Sistema Único de Saúde (SUS) mostram que a curetagem pós-aborto é o segundo procedimento obstétrico mais realizado nos hospitais públicos do país, superado apenas pelos partos. As complicações do aborto inseguro representam a quinta causa de internação obstétrica no SUS. Isso mostra o elevado custo da criminalização do aborto para o sistema público de atenção à saúde no Brasil, já que tais complicações estão diretamente relacionadas às precárias condições em que o aborto é realizado no país, por ser considerado ilegal. (VILLELA; BARBOSA, 2011, p. 57)

Saliente-se que ocorre cerca de um milhão de abortos clandestinos no Brasil, sendo que mulheres de baixa renda, afrodescendentes e jovens configuram índices de mortalidade materna (4ª causa no Brasil) e de internações na rede de saúde pública, devido a complicações da prática clandestina e insegura (230.000 internações/ano). (CAVALCANTE; BUGLIONE, 2008, p. 131)

A pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde demonstra ainda que entre as mulheres que declaram ter induzido o aborto, os estudos indicam que de 50,4% a 84,6% utilizaram o Misoprostol, havendo maior prevalência do uso dessa substância no Nordeste e Sudeste. [...] Predominantemente mulheres entre 20 e 29 anos, em união estável, com até oito anos de estudo, trabalhadoras, católicas, com pelo menos um filho e usuárias de métodos contraceptivos, as quais abortam com Misoprostol. (BRASIL, 2009, p. 15)

Cumprе ressaltar que o Misoprostol entrou no mercado brasileiro em 1986 para tratamento de úlcera gástrica, e até 1991, sua venda foi permitida nas farmácias, esse foi um tempo suficiente para a divulgação do medicamento como um método abortivo eficaz, mais barato que as clínicas clandestinas privadas e com menores riscos à saúde da mulher. (BRASIL, 2009, p. 34).

Para a realização do aborto, a utilização do remédio Misoprostol aparece em primeiro lugar com 39% das ocorrências. Em seguida, o recurso a uma clínica clandestina aparece com 29%, um percentual de 20% de mulheres que utilizam remédios caseiros e 14% recorrem a

parteiras ou “curiosas”, o que indica um alto grau de riscos, pois grande parte desses procedimentos resulta em abortos inseguros. (FARIA, 2013, p. 195)

Em pesquisa realizada pelos pesquisadores Débora Diniz, Marcelo Medeiros e Alberto Madeiro, em 2016, baseada em levantamento domiciliar, na qual foram utilizados os métodos de urna e entrevistas face a face, com mulheres entre 18 e 39 anos, conclui-se que o aborto é frequente entre as mulheres das mais variadas religiões, classes e grupos sociais, além de diferentes níveis educacionais, e ainda, que em 2015 aproximadamente 416 mil mulheres realizaram abortos, sendo que 1 em cada 5 mulheres aos 40 anos já realizou o aborto ao menos uma vez.

### **Considerações Finais**

Diante de todos os fatos levantados, deve-se ressaltar três pontos: 1º- a mulher desde o seu nascimento tem de lutar para garantir o seu espaço na sociedade; 2º- tendo em vista a sociedade patriarcal que prevalece ainda no século XXI, a mulher ainda permanece desamparada pela legislação, além de subestimada e objetificada; 3º- ainda que criminalizado, o aborto ocorre nas mais diversas famílias, desde as mais conservadoras as mais liberais.

As pesquisas trazidas neste artigo demonstram como a tipificação do aborto no Código Penal é ineficaz no combate à criminalidade que pretende reprimir. Destaca-se ainda o entendimento de Anderson Schreiber:

A maternidade deve ser uma dádiva desejada, não havendo, à luz da nossa ordem jurídica, qualquer razão legítima para que o Estado interfira na autonomia corporal da mulher, impondo-lhe, a partir de descuidos ou acidentes, uma gravidez involuntária. A maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição, como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (§7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à sua saúde e à sua vida.<sup>22</sup> (SCHREIBER, 2014, p. 71).

A legislação brasileira em vigência considera o nascimento com vida o marco inicial da personalidade, ainda que ponha a salvo os direitos do nascituro – concordando, assim, que este não é ainda pessoa, portanto não possui personalidade. Caio Mário da Silva Pereira

explica que a personalidade é atributo da pessoa humana e está a ela indissolúvelmente ligada, sendo que o início da personalidade implica o início da própria vida. Segundo o autor:

Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto do direito. O feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, 'portio mulieris vel viscerum', e não uma pessoa, um ente ou um corpo. Por isso mesmo, não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecidos às pessoas. Mas, isto não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se reconhecesse que o nascimento era requisito para aquisição de direitos, enunciava-se, a regra da antecipação presumida de seu nascimento, dizendo-se que "nasciturus pro iam nato habetur quoties de ius commodis agitur". Operava-se, desta sorte, uma comparação do concebido ao já nascido, não para considerá-lo pessoa, porém no propósito de assegurar seus interesses, o que excluía a uma só vez os direitos de terceiros e qualquer situação contrária aos seus cômodos (PEREIRA, 2013, p. 250).

O Ministro Marco Aurélio ainda em seu voto na ADPF 54 traz a seguinte assertiva:

“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.”

Podemos extrair que não havendo o objeto principal – vida – nem mesmo a sua viabilidade, não há o bem tutelado, tornando-se, portanto, conduta atípica. Assim, deve-se enxergar o aborto até os 6 meses de gestação, visto que não tratamos de pessoa, nem mesmo de viabilidade, uma vez que de forma natural o feto não sobrevive fora do útero.

Ademais, em relação ao aborto, os direitos fundamentais mais debatidos são o direito à vida, o direito ao próprio corpo, à igualdade, à liberdade de escolha e de autodeterminação, sendo certo que tais direitos devem ser considerados sobre a perspectiva da mulher, a quem a natureza atribui o processo gestacional.

Deve-se considerar que a gestação é um processo e um fenômeno fisiológico, que ocorre no interior do útero de um corpo feminino, fenômeno esse que não se dá no corpo masculino, que não acaba com o parto, término da gestação, mas que representa uma série de alterações tanto fisiológicas, pré e pós-parto, quanto de ordem social e econômica. Além disso, o nascimento de uma criança acarreta a tomada de decisões pela mulher, quer sejam para a criação desta criança ou para sua colocação em adoção, decisões que acarretam consequências jurídicas, sociais e morais, que são impostas à mulher quando o aborto não é permitido. Cabe ainda ressaltar que tais consequências não são impostas aos homens, na

medida em que, como não responsáveis pela gestação, o destino do seu produto não lhes acompanha e dele podem se desvencilhar a qualquer momento, sendo responsabilizados tão somente no âmbito cível.

Corrobora ainda a decisão da relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, do Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, que concedeu liminar pleiteada, viabilizando a interrupção da gestação de feto anencéfalo, assim dispôs: “A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.”

Destarte, a interpretação do artigo 2º do Código Civil parece ter sido feita de forma equivocada e, ainda, com a tipificação do aborto no Código Penal, o direito da mulher tem sido cada vez mais desrespeitado. Ao adotar a teoria natalista, o nascituro somente é considerado pessoa e passa a possuir personalidade ao nascer com vida, e, embora sejam postos a salvo os seus direitos ainda na barriga da mãe, ele ainda não os possui, tratando-se, portanto, de mera expectativa. Assim sendo, devem ser postos em primeiro plano os direitos daquele que já os possui, neste caso, a mulher gestante. Com este entendimento, o Código Penal estaria em discordância com o Código Civil, que, por sua vez, considera o aborto como crime à vida, sendo que, nos seis primeiros meses, não há que se falar em vida, já que o nascituro não sobreviveria fora do útero materno; pelo menos, não de forma natural. Se não houvesse as novas tecnologias, caso uma mulher entrasse em trabalho de parto dentro dos seis primeiros meses de gestação, o feto não sobreviveria, o que corrobora ainda mais o entendimento de que, limitando o período para realização do aborto, seria possível a realização de um procedimento seguro, protegendo a vida da gestante.

Como demonstrado, a criminalização não inibe a prática, apenas aumenta a precariedade. O aborto deve ser legalizado, assim poderão ser definidas as formas de realização, a limitação do tempo gestacional para que possa ser realizado, diminuindo risco de morte da mulher e do feto.

Defende-se ainda que a maternidade deve ser escolha da mulher, não imposta, como há muito tem ocorrido. A sociedade mudou com o decorrer do tempo e com os avanços tecnológicos, o que permitiu à mulher se desenvolver e alcançar um lugar de maior protagonismo na sociedade, ainda que não seja o ideal – pois muito ainda sofre para alcançá-lo – o que fez com que a maternidade não seja mais o foco principal da vida feminina, mas

muita das vezes seja preterido, em favor do desenvolvimento acadêmico ou profissional. A maternidade, quando não desejada e imposta à mulher, pode gerar consequências irremediáveis a ela e a própria criança gerada.

Ter um filho na sociedade atual não é algo tão simples e não deve ser romantizado, é necessário muito planejamento, afetivo e financeiro, não é somente pôr uma criança no mundo, é cuidá-la, amá-la, propiciar uma vida digna, com melhores oportunidades para o seu desenvolvimento. Impor isto a uma mulher deve ser considerado um ato cruel, não somente a ela, mas também à criança a quem tanto se tenta proteger. O termo muito utilizado atualmente, “pró-vida”, confunde-se com o termo real, “pró-nascimento”, e pouco se discute como será a vida desta mulher a quem muito se julga, por não desejar a maternidade, mas pouco se pensa em como será a vida desses dois seres.

## Referências

ALBALADEJO, M. **Derecho Civil I: introducción y parte general**. v. 1 – introducción y derecho de la persona. 4. ed. Barcelona: Bosch, 1975.

BRASIL. Ministério da Saúde. **20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil** – Brasília: editora: 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão, 14 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 11 nov. 2022.

CARDOSO, J; GUIMARÃES. L. **Aborto é legal ou descriminalizado em 6 países da América do Sul. 2022**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/aborto-e-legal-ou-descriminalizado-em-6-paises-da-america-do-sul>. Acesso em 25 out. 2022.

CAVALCANTE, A; BUGLIONE, S. **Pluralidade de vozes em democracias laicas: o desafio da alteridade**. In: MAIA, M. M.. Direito de decidir. Múltiplos olhares sobre o aborto. Belo Horizonte: Autêntica, 2008

CAVALCANTE, A; XAVIER, D. (Orgs). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 10 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, D; MEDEIROS, M; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva** [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. Disponível em

<<https://www.scielo.br/j/csc/a/8LRYdgSMzMW4SDDQ65zzFHx/abstract/?lang=pt>> Acesso em 18 out. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FARIA, Thais Dumê. **A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil**. 2010. Disponível em <[https://www.academia.edu/44106730/a\\_mulher\\_e\\_a\\_criminologia\\_rela%C3%87%C3%95es\\_e\\_paralelos\\_entre\\_a\\_hist%C3%93ria\\_da\\_criminologia\\_e\\_a\\_hist%C3%93ria\\_da\\_mulher\\_no\\_brasil\\_the\\_woman\\_and\\_the\\_criminology\\_relationships\\_and\\_parallel\\_between\\_the\\_history\\_of\\_criminology\\_and\\_history\\_of\\_women\\_in\\_brazi](https://www.academia.edu/44106730/a_mulher_e_a_criminologia_rela%C3%87%C3%95es_e_paralelos_entre_a_hist%C3%93ria_da_criminologia_e_a_hist%C3%93ria_da_mulher_no_brasil_the_woman_and_the_criminology_relationships_and_parallel_between_the_history_of_criminology_and_history_of_women_in_brazi)> Acesso em 18 out. 2022.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**. v. 1: parte geral. 16. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, C. C. **Breve história do feminismo**. São Paulo: Claridade, 2011.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

MENDES, S. R. **(RE)Pensando a Criminologia: Reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Universidade de Brasília, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003. Pág. 64.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

ROCHA. C.L. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

VILLELA, W. V; BARBOSA, R. M. **Aborto, saúde e cidadania**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.