

Rosa e Santos: Construção de alternativa constitucional ao aborto

30/09/2023

Em temas complexos como o debate sobre o aborto e sua possível descriminalização e legalização, algumas obviedades devem ser, preliminarmente, ditas.

Sim, o aborto, enquanto fenômeno será sempre um fato difícil, complexo e doloroso. Portanto, não se trata da defesa do ato abortivo, mas sim de uma nova perspectiva jurídico-penal e administrativa em relação ao tema. Sim, a criminalização do aborto, desde a concepção, há mais de 80 anos imutável em nosso Código Penal, em que pesem as profundas alterações de comportamento social, conquistas civilizatórias posteriores à Constituição Federal de 1988 e as importantes avanços que o Estado democrático de Direito incutiu em nossa sociedade, não tem produzido os efeitos de prevenção ou de repressão que se espera da dogmática jurídico-penal.



Sim, o diálogo com a sociedade brasileira é

fundamental para a construção de uma nova cultura em relação ao aborto, que contemple a construção — ou a tentativa de construção — de espaços de consenso entre as posições diametralmente opostas do *pro life* e do *pro choice* que, desde o *Caso Roe x Wade*, pautam as discussões sobre o tema mundialmente.

Neste sentido, sem prejuízo dos atuais modelos sul-americanos, entendemos que o modelo francês, construído a partir da célebre defesa da legalização do aborto pela então ministra da Saúde, Simone Veil, que, apresentando um projeto de lei para a descriminalização do aborto na França dos anos 1970 (contemporaneamente ao *Caso Roe x Wade*), por mais de 25 horas de debate, dialogou com um parlamento majoritariamente masculino e conservador.

Em 1975, foi promulgada a Lei Veil que, submetida ao Conselho Constitucional, foi declarada compatível com a Constituição francesa e demais normas de status similar. No processo de legalização da interrupção voluntária da gravidez, a descriminalização é apenas uma faceta de algo maior, com a criação de políticas públicas de saúde para mulheres, meninas e pessoas que gestam, garantindo-se a estas o reconhecimento a direitos e garantias fundamentais, como

decorrência da própria dignidade humana. E, estes são os pontos que merecem a atenção da sociedade: como garantir políticas de saúde e dignidade humana ao feto, ou ao nascituro sem antes que estes Direitos Constitucionais sejam garantidos às pessoas que iniciam uma gestação?

É sobre isso que tratamos quando partimos para a defesa da descriminalização (e não do ato de abortar simplesmente). A política criminal aplicada ao tema pela legislação brasileira já se mostrou amplamente ineficaz. Mulheres que deixaram de fazer abortos em decorrência da incriminação, conforme dados que mostraram que 1 em cada 7 mulheres de até 40 anos já realizou ao menos um aborto. A consequência da incriminação não protege a vida humana desde a concepção, como sustentam os defensores da manutenção do seu tratamento enquanto política de segurança pública.

Em verdade, a Constituição se apresenta violada em seus princípios da proteção aos direitos individuais, ao direito à saúde de mulheres, meninas e pessoas que gestam e, ainda, em relação à autonomia das cidadãs brasileiras no desenvolvimento do planejamento familiar, outro valor constitucional de grande repercussão na vida em sociedade.

O deslocamento do tema aborto do eixo da segurança pública para a saúde pública reflete também a proteção da vida que tanto se sustenta como primordial por aqueles que são contrários à descriminalização, mas que renegam às mulheres, às meninas e pessoas que gestam de forma contraditória tanto no que se refere às bases jurídicas, quanto às científicas.

Sem perder de vista a proteção da dignidade humana destas mulheres, a manutenção da criminalização do aborto, nesta quadra histórica da nossa sociedade, representa uma má-baliza entre direitos fundamentais em conflito, violando-se o princípio da proporcionalidade, na medida em que a relevância da proteção da vida do nascituro desde a concepção vinda por violar outros tantos direitos fundamentais das mulheres, meninas e pessoas que gestam.

A criminalização do aborto, por outro lado, se efetiva apenas em relação às parcelas vulnerabilizadas da sociedade brasileira, em verdadeira aporofobia, restando ao direito penal e ao sistema de justiça a repetição daquilo que lhe é peculiar em *terra brasiliis*: Num primeiro momento, a lei penal mantém-se como mero simbolismo, agindo como instrumento de controle dos corpos de pessoas que gestam, mas sem que estejam atingidos os objetivos de prevenção e repressão da prática — até hoje 1 delitiva.

Entretanto, é importante destacar que, desde 1999, a prática do autoaborto se insere no instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, sendo considerado crime de médio potencial ofensivo, pela própria legislação penal brasileira (Lei nº 9.099/95). Por outro lado, o sistema de justiça, com apoio do sistema de saúde em algumas hipóteses, age de forma seletiva, uma vez que os rigores da lei penal e suas cerimônias degradantes não atingirão a todas as mulheres e pessoas que gestam, mas escolherá a dedo, as mulheres em condição de vulnerabilização para responder criminalmente pela prática.

Sabemos quem são elas: as mulheres negras, as indígenas, as pobres, as vulnerabilizadas em geral. É, especialmente, sobre estas mulheres que recairá o efeito duplo da criminalização: a marginalização e o estigma e a ausência do Estado na proteção do seu direito à saúde. Com

essas breves considerações sobre a temática é importante frisar que a descriminalização pelo Supremo Tribunal Federal não é o modelo ideal, mas é o que se apresenta para suprir a lacuna legislativa necessária e urgente, ante a realidade em que pessoas que gestam estão morrendo e sofrendo lesões corporais às vezes definitivas diante da letargia de um parlamento que não se propõe a discutir o tema de forma responsável e dentro de balizas constitucionais, fundadas nas garantias e direitos fundamentais e na laicidade do Estado.

Contudo, a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, pelo Supremo Tribunal Federal, além de consentânea com sua função constitucional de zelar pela Carta Política, no exame da proporcionalidade entre princípios constitucionais em conflito, atende a critérios científicos e biológicos e é consentânea com a Lei de Biossegurança (cuja constitucionalidade já foi declarada anteriormente). Além disso, representa um primeiro — e imprescindível — passo em direção a uma nova política criminal que deverá acolher o aborto voluntário como um fenômeno social a ser tratado dentro do escopo das políticas públicas de saúde e assistência social, aplicando-se uma nova política criminal de redução de danos e com critérios legais e administrativos bem definidos.

Para este desenlace, nos encoraja citar a frase atribuída ao poeta chileno Pablo Neruda (pseudônimo de Neftalí Ricardo Reyes Basoalto — 1904-1973): "*Podrán cortar todas las flores, pero no podrán detener la primavera*". Será lei!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-set-30/rosa-santos-construcao-alternativa-constitucional-aborto/>