

ABORTO E A PROTEÇÃO À GESTAÇÃO

Marcelo Augusto de Toledo Lima*

A legislação brasileira traz diversas formas de proteção à gestação e ao nascituro, tudo em conformidade com o princípio basilar da nossa legislação pátria, ou seja, o art. 1º, III, da Constituição Federal:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Tendo como fundamento estrutural da nação brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana, têm-se duas formas de interpretação no contexto ora debatido que é o aborto.

Na primeira vertente encontramos o direito à vida como a raiz da dignidade da pessoa humana. Assim, desde a concepção o direito à vida deve ser prioridade, permitindo que haja dignidade na manutenção da espécie na vida desde o seu mais tenro momento.

Numa segunda vertente, já mais debatida, é que o corpo humano deve ser respeitado na forma mais ampla e em absoluto respeito à dignidade da pessoa humana, cada ser tem o direito de escolher que melhor entender para o seu corpo, não podendo sofrer interferência de terceiros quanto a gerencia de seu corpo.

Feitas essas observações iniciais passamos a trazer algumas outras situações a serem consideradas. Tem-se várias teorias quanto ao momento de aquisição da personalidade. Por exemplo: A teoria concepcionista que em suma diz que o início da vida humana ocorre no momento da fertilização do óvulo pelo espermatozoide, já a teoria natalista que tem como pensamento que a personalidade civil começa do nascimento com vida, e isso porque só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher. A teoria, a meu ver, mais adequada é a condicional, que o nascimento com vida é uma condição suspensiva, contudo, alguns direitos já estão

assegurados desde a concepção, ou seja, o nascituro tem perspectiva de personalidade, mas já possui alguns direitos, dentre eles o direito à vida (nascer).

Dentro dessa perspectiva foram criadas legislações com o intuito de proteger o desenvolvimento do nascituro, vejamos algumas dessas leis: a) Lei nº 11.804/2008 (Alimentos Gravídicos) que estabelece a obrigação do pai do feto em gestação em contribuir com as despesas extras da gestação; b) Lei nº 12.812/13 (Estabilidade de emprego da Gestante) que garante a gestante a proteção contra a dispensa imotivada desde a confirmação do estado de gravidez; c) alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; d) Lei nº 13.467/17 (Reforma trabalhista) que dá proteção à gestante para que não trabalhe em atividades insalubres e ou perigosas, se assim o médico da mulher entender, sem prejuízo de seus vencimentos, inclusive do adicional de insalubridade e ou periculosidade; e) Lei nº 10.048/2000 que dá preferência no atendimento à gestantes, sob pena de multa; entre outros direitos.

Existe uma contraprestação desses direitos que é justamente cuidar do feto com o zelo que necessita para um desenvolvimento saudável e natural. Assim, ainda na linha da proteção ao nascituro existe o Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal) que o defende inclusive da mulher que o carrega no ventre. Isso mesmo, a mulher que seguindo a teoria do natalista entende que o feto faz parte de seu corpo, hoje no Brasil (e em muitos outros países) não pode dispor de seus corpos como bem entender, se sua atitude colocar em risco a vida do nascituro (feto). Os artigos 124 e seguintes do Código Penal tipifica como crime o aborto de forma geral, excetuando as seguintes hipóteses: i) em sendo o único meio para salvar a vida da gestante/mãe; ii) gestação oriunda de um estupro e desde que consentido pela gestante ou seu responsável se menor; e iii) no caso de má formação do feto que estabeleça a impossibilidade de ter vida após o nascimento (ex.: anencefalia).

Assim, aceitar a argumentação da teoria natalista para descriminalizar o aborto é reduzir o nascituro a um apêndice. Nesse contexto entendemos que se for relativizada proteção ao nascituro, permitindo que a gestante opte pela interrupção da gestação, também deveria ser relativizada todas as demais proteções, o que levaria a permitir que a estabilidade de emprego à gestante somente passasse a existir após a 12ª semana, bem como o direito a pensão gravídica só poderia ser requerida também após a 12ª semana. Isso porque a gestação durante esse

interregno temporal seria passível de interrupção a qualquer momento, cabendo a decisão exclusivamente à “mãe” (mulher).

Ademais, é salutar lembrar que como o feto não se trata de uma vida, mas sim de uma parte do corpo da mulher, não há motivação para manter as proteções e privilégios hoje existentes.

Dessa forma, acredito que relativização da proteção ao nascituro poderá trazer reflexos muito mais danosos do que o que hoje ocorre com as mulheres que optam por transgredir a lei em clínicas clandestinas na busca de um aborto ilegal.

* Advogado militante em Ribeirão Preto/SP e professor universitário.