



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA
- FADI
CURSO GRADUAÇÃO DE DIREITO

ANTONIO CÂNDIDO MILAGRES

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

BARBACENA
2011

ANTONIO CÂNDIDO MILAGRES

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Dra. Odete Araújo Coelho

**BARBACENA
2011**

Antonio Cândido Milagres

LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Odete Araújo Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Junior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ____/____/2011

“Abre tua boca a favor do mundo, pela causa de todos os abandonados; abre tua boca para pronunciar sentenças justas; faze justiça ao aflito a ao indigente”. (Provérbios 31: 8-9)

RESUMO

O termo aborto vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu término normal, seja ele espontâneo ou provocado, tenha havido ou não expulsão do feto destruído. Desde a antiguidade até hoje, o aborto foi empregado como método de controle da natalidade. A prática é tão antiga quanto à humanidade. As mulheres nunca deixaram de realizá-lo, apesar de sanções, controles, legislações e intimidações surgidas através da história da humanidade. Urge que se faça uma reflexão acurada e mais profunda sobre o tema. As páginas que se seguem constituem fruto de uma longa e criteriosa pesquisa, motivada pela preocupante diretriz que vem seguindo a humanidade, diante das divergências se o aborto é ou não é crime. A metodologia utilizada foi a de compilação. Para esclarecer essa dúvida, é preciso direcionar o pensamento em razões sólidas, baseadas em critérios lógicos, éticos, filosóficos, jurídicas, científicos e bioéticos, sem, contudo, julgar, por serem merecedores de respeito os que têm esta ou aquela opinião diante de tão controvertido assunto.

Palavras-Chaves: Direito Penal – Aborto – Legalidade – Crime.

ABSTRACT

The term abortion is being used to refer to the termination of pregnancy before its normal termination, whether spontaneous or induced, or not there was delivery of the fetus destroyed. Since ancient times, abortion was used as a method of birth control. The practice is as old as mankind. The women never stopped doing it, despite sanctions, controls, laws and intimidation arising through the history of mankind. Urge to achieve an accurate reflection and deeper on the subject. The pages that follow are the fruit of long and careful research, motivated by concern following the guideline that has humanity in the face of disagreement is whether or not abortion is murder. The methodology used was to build. To clarify this question, we need to guide thinking on sound reasons, based on logical, ethical, philosophical, legal, scientific and bioethical issues, but without judging, because they deserve respect those who have this or that opinion before such controversial subject.

Keywords: Criminal Law - Abortion - Legality - Crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O ABORTO.....	8
2.1 Conceito.....	8
2.2 Histórico do Aborto.....	8
2.3 Na Idade Moderna.....	13
3 ABORTO: UM DIREITO OU CRIME.....	15
3.1 Proteção à Vida Humana.....	15
3.2 Abortamento Socioeconômico.....	17
3.3 A Legislação e o Aborto.....	18
3.4 Ponto de Vista Religioso.....	19
3.5 Abortamento Ideológico.....	20
3.6 Abortamento Médico.....	21
4 ABORTAMENTO PRIVADO.....	23
5 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS ANTI-ABORTO.....	24
6 ESPÉCIES DE ABORTO CRIMINOSO.....	26
6.1 Auto-Aborto Consentido.....	26
6.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido.....	27
6.3 Aborto Consensual.....	27
6.4 Aborto Qualificado.....	28
6.5 Espécies de Aborto Legal.....	29
6.5.1 Aborto Necessário ou Terapêutico.....	30
6.5.2 Aborto Sentimental.....	31
7 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

Abortar é a forma de a gestante interromper a gravidez antes do feto, do bebê, do nascituro atingir a capacidade de vida, de viver fora do organismo da mãe.

São inúmeras as formas e métodos de aborto existentes, não só no nosso país, bem como por todo o resto do mundo.

De igual forma são muitos os pontos de vistas que abrangem o tema. Pois, de um lado temos a lei que coíbe severamente, que na maioria das vezes sem sucesso.

Surge, ainda, a igreja, que com todos os meios, força política, religiosa, filosófica, ideológica etc., a expor sua tese que o aborto é crime contra a vida de outra pessoa.

Por outro lado, esbarramos com o lado social, financeiro, além do nível de instrução, das pessoas por esse imenso Brasil, que lamentavelmente fecha os olhos para a questão, uma vez, sabido que a decisão de abortar é tomada em qualquer lugar e a qualquer momento. Isto porque a fiscalização do setor de saúde é precária e desleixada por nossas autoridades, o que facilita para que haja clínicas clandestinas em cada ponto qualquer, dispostas a realizarem a vontade ou não da gestante.

Do mesmo modo sabemos que há outra linha de pensamento, onde tem àqueles que defendem a legalização do aborto. Acreditando que dessa forma há um controle e melhores condições, e estrutura para a mulher, de forma a satisfazer a sua vontade de ter ou não o filho, praticando assim um aborto seguro. Dessa forma evitam a morte de muitas mulheres, que às vezes em decorrência de muitos fatores da vida, sejam, social, financeiros, criminal, enfim, com um pouco de irresponsabilidades, se submetem a práticas abortivas em clínicas não legalizadas a até mesmo, às vezes, em casas particulares, auxiliadas por pessoas despreparadas; e, assim vem se concretizando a prática de um crime abominável, na ótica da maioria conservadora.

2 O ABORTO

2.1 Conceito

Segundo Fragoso (1976) é a interrupção da gravidez com a morte do feto.

De acordo com Gomes (1997) é a interrupção da prenhez, com a morte do produto, haja ou não a expulsão, qualquer que seja o seu estado evolutivo, desde a conjunção até o momento antes do parto.

Veloso (2004) entende que é a morte dolosa do ovo, entende-se por ovo, em Medicina Legal, o produto normal da concepção até o momento do parto. O objeto do crime de aborto não é a mulher, mas a vida que se encontra no útero materno, ainda que se resguardem também a vida e a saúde da gestante, punindo-se os atentados à sua integridade.

De acordo com o autor é a interrupção da gravidez antes de concluído seu período normal, com a morte do produto da concepção, bem como, esteja esta em que estado tiver, com o resultado morte da vida de um prematuro, com ou sem consentimento da gestante ou por vários outros motivos, que analisados.

2.2 Histórico do aborto

Tão antiga é a prática de aborto, quanto mesmo à própria humanidade. Também o são os motivos que levam a mulher a formulá-lo que são muitos em outros distintos: às vezes motivos de ordem econômica/ financeira, às vezes social, religioso, terapêutico, sentimental, psicológico, traumas. (ALFRADIQUE, 2005).

Para esconder uma gravidez indesejada, até mesmo proibida, como caso da mulher ser solteira, adúltera, em fim, são infundados os motivos que levam as mulheres a optar por essa prática repreendida na maioria das vezes pela sociedade afora.

Não podemos negar que o aborto esteve e está presente na história da humanidade desde os primórdios, pois, esta prática era comum entre todos os povos e épocas. Todavia, nem sempre foi considerado como crime. E sim após alguns anos adiante é que o aborto foi considerado uma prática criminosa, sofrendo a partir daí restrições. (ALFRADIQUE, 2005).

Legislações antigas não consideravam crime. Havia em verdade uma indiferença do Direito, em face a problemática do aborto. O feto era considerado como simples anexo

ocasional do organismo materno (*parmulieris*), de cujo destino a mulher podia livremente decidir, salvo quando casada, devido à proeminência do direito marital. Se nessa época chegava-se, eventualmente, a castigar a administração por terceiros de substâncias abortivas, não era o aborto que se punia, mas o dano que daí resultasse para o organismo da mulher.

O código de Hamurabi, 1700 A.C já considerava o aborto como crime contra interesses do pai e do marido, e também uma lesão contra a mulher.

Dessa forma não havia crime em relação ao feto, mas tão somente com relação ao pai-marido-mulher. Além de que os povos antigos viam o feto, assim como útero partes viscerais maternas, dessa forma, à mãe podia dispor livremente do feto, exceto quando o esposo não concordasse com a prática abortiva da mulher, ou, ainda se desse ato trouxesse lesão corporal previsível à mulher. (BELO, 1999).

Os povos antigos usavam a prática do aborto como freio de controle populacional, razão pela qual não taxava o aborto como crime.

O aborto, em eras passadas, foi utilizado como forma de controle populacional. Os povos antigos, frequentemente usaram o aborto voluntário que na maioria das vezes, não era considerado como ato criminoso. Os filhos recém-nascidos eram coisas pertencentes aos seus genitores, de tal forma que nem o infanticídio era passível de punição. (BELO, 1999, p. 21).

Já na Grécia, o aborto era prática utilizada em grande escala e respeitado por vários pensadores. Platão determinava como o aborto como sendo obrigatório para todas as mulheres que concebessem após os 40 anos de idade.

Aristóteles aconselhava a prática do aborto em razão de que a população deveria viver em harmonia com os meios de substituições existentes na época, vendo essa prática como controle populacional.

Aristóteles chamava a atenção dos políticos da época opinando que, a seu ver, em casos de excesso de população, deveria ser autorizado o aborto antes da “animação” do feto. Os romanos consideravam o feto no útero materno, parte das vísceras da mãe, e por esta razão durante um bom tempo foi impunível sua morte. (BELO, 1999, p. 24).

Hipócrates, 400 antes de cristo, apesar de seu juramento no qual promete “Não dar à mulher grávida nenhum medicamento que possa fazê-la abortar”, não hesitava em aconselhar métodos tanto anticoncepcionais como abortivos.

Sócrates, seu contemporâneo, era partidário de “facilitar o aborto quando a mulher o desejasse”, e seu discípulo, Platão, propunha em seu escrito. “A república” que as mulheres de mais de 40 anos deveriam abortar obrigatoriamente, e aconselhava o aborto para regulamentar o excessivo aumento de população. (BELO, 1999, p. 23).

A prática do aborto entre os povos antigos era usada em grande escala, com exceção as mulheres greco-romanas, vez que estavam subordinadas sob o pátrio poder ou poder mental, razão pela qual não possui uma autonomia de decisão.

Observa-se que tal regra não era dirigida às mulheres greco-romanas, pois não dispunham de autonomia para decidir. Se fosse filha de um cidadão, ficava sob tutela do pai, e mais tarde do esposo, e na falta desses, do Estado. Esse poder estendia-se aos bens, a sua pessoa e aos filhos que pudesse conceber. A legislação não se aplicava às escravas, que nunca poderiam torna-se cidadãs, nem às estrangeiras. Deve-se a isso à freqüente ambigüidade entre homens e mulheres greco-romanas. (BELO, 1999, p. 23).

De contra partida dos interesses das mulheres greco-romanas, as estrangeiras participavam ativamente da vida social, política e cultural das cidades. Além do livre arbítrio para escolher se a gravidez continuaria ou não.

No Direito penal hebraico, era permitido matar o feto se o parto fosse trabalhoso ou com risco de morte para gestante. Porém, era punido se desse ato viesse prejuízo para o marido ou alguma lesão grave a mulher.

No livro de Êxodo da lei hebraica 1000 anos a.C, se diz textualmente: “Se qualquer homem durante uma briga espancar uma mulher grávida provocando-lhe um parto prematuro, sem mais outro prejuízo, o culpado será punido conforme o que lhe impuser seu marido e o árbitro social”. Condena-se no escrito quem provocou o aborto com violência, entretanto, sempre o sujeitando ao prejuízo econômico que for feito ao marido da vitima. (BELO, 1999, p. 22).

Segundo Belo (1999) na Idade Média já após o cristianismo é que pairava a idéia de que a vida do feto não tinha importância, mas, tão somente a vida da mãe, ou o ego do pai. Conceito este que foram extremamente mudados por Jesus Cristo, deixando uma reformulada imagem à humanidade, e a idéia existente sobre o aborto tido naquela época. Desde este momento é que passou a enxergar a morte do feto como aborto.

Tal posicionamento certamente decorreu do cristianismo (século I) que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano. A destruição do produto da concepção era crime equiparado ao homicídio e como tal passou a ser punido. Na época, um “cânion” determinou que quem provocasse aborto seria excomungado.

Clemente de Alexandria condenou o aborto tal como Antenágoras que escreveu o seguinte: “São homicidas todos aqueles que empregam meio de fazer abortar”. Disse Tertuliano: “Não se destrua a matéria gerada no ventre”. (BELO, 1999, p. 24).

A partir daí deram maior importância ao aborto e passaram a ter visão do que deveria haver de mais rigoroso e firme. Principalmente no que se refere à gestante.

A Lei Carolina (Carlos V, 1553) cominava a pena de morte pela espada a quem fizesse uma mulher abortar, e por afogamento para mulher que provocasse o auto-aborto, desde que o feto fosse animado. Na França, em 1556, Henrique II baixou um édito em que os culpados por aborto eram condenados à morte, fosse ou não animado o conceito. Com a Revolução Francesa, a lei passou a isentar a mãe de pena, sendo punidos apenas os seus cúmplices. (GOMES, 1997, p. 614).

O Direito Canônico atribui aos cristãos pela Igreja católica - aborto visto com leniência o que leva a ser colocado com punição, visto como pecado e posição extremamente resguardada seja qual for o motivo.

O Direito canônico destacou-se desde logo pela severidade com que encarava esta prática. A própria igreja católica permitiu só pensar a causa, se fosse à extrema miséria ou questão de honra. Mais tarde procedia-se a uma distinção para apurar ilicitude. Se o feto repellido possuísse forma humana, tratava-se de um genuíno homicídio, mas se fosse apenas uma matéria inerte, inanimada, reputava-se como um delito menos grave, passível de pena pecuniária. Atualmente a igreja católica condena o aborto em qualquer situação. (ALMEIDA, 2000, p. 141).

Segundo Almeida (2000) o cristianismo sempre condenou o aborto de forma repulsiva, porém com menos severidade, pois os povos antigos não viam aborto como um “homicídio”. Somente através do cristianismo é que o aborto passou a ser visto como crime; como um pecado, ao ser humano que ainda virá a nascer.

Desde o princípio os cristãos se opuseram ao aborto. O aborto era uma prática perante a qual os povos manifestavam um sentimento de profunda reprobção. Os cristãos utilizavam as melhores informações de que dispunham para determinar o momento que o ser humano passava a existir, sempre consideraram o aborto como um pecado grave, permissível somente em raras circunstâncias. (ALMEIDA, 2000, p. 142).

Em 1830, data do Código Criminal do Império no Brasil, não havia disciplinado qualquer punição à mulher com relação ao aborto, mas, tão somente ao aborteiro, com pena de 1 a 5 anos de prisão e duplicada se o ato era executado sem o consentimento da mulher.

Os meios abortivos fornecidos eram considerados como crime de mera conduta ainda que o aborto não se realizasse.

Arts. 199 e 200 do Código Penal dobraram a pena se o agente fosse boticário, cirurgião, médico ou praticante de tais atos.

Artigo 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher deseje.

Penas - prisão com trabalho por um a cinco anos.

Ao criminoso autor.

Aos criminosos por tentativa ou cumplicidade.

Aos criminosos por cumplicidade na tentativa.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas:

Ao criminoso autor.

Aos criminosos por tentativa ou cumplicidade.

Ao criminoso por cumplicidade na tentativa. (PIERANGELLI, 1992, p. 231).

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.

Penas – de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Ao criminoso autor.

Se este crime for cometido por medico, boticário, cirurgião ou praticam de tais artes.

Penas - dobradas.

Ao criminoso autor.

Se ao houver casa de correção. (PIERANGELLI, 1992, p. 237).

Somente em de 1890, o Código Penal Brasileiro, passou a criminalizar a mulher, embora tirasse a pena atenuada, se o aborto fosse realizado para ocultar desonra própria. Essa legislação também agrava a pena, se o crime fosse praticado por médico ou parteiro legalmente habilitado para o exercício profissional e criminalizado se ao praticar o aborto legal ocorresse à morte da gestante por imperícia ou negligência (art. 302).

Art.300. Provocar aborto haja ou não expulsão do fruto da concepção.

Pena - de prisão celular por dois a seis anos.

Pena de prisão celular por seis meses e há um ano.

§ 1º Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-los, seguir à morte da mulher:

Pena - de prisão celular de seis a vinte e quatro anos.

§ 2º Se o aborto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação. (PIERANGELLI, 1992, p. 301).

Art.301. Provocar aborto com anuência e acordo da gestante:

Pena - de prisão celular por um a cinco anos.

Pejado: Ficar prenhe, grávida, engravidar, gravitar, conceber.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerão a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, se o crime for cometido para ocultar a desonra própria. (PIERANGELLI, 1992, p. 304).

Artigo. 302. Se o medico, ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessário para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligência:

Pena - de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação.

2.3 Na Idade Moderna

Há países que são veementemente contra a prática abortiva e outra que a toleram até mesmo adotando como legais oficialmente como o Código Russo.

O meio que serve de pretexto para concretizar a sua autorização foi exatamente a situação econômica da época moderna, onde a governo promete lutar contra o flagelo do abortamento clandestino, o que serve de parâmetro para restabelecer o regime da proibição legal do aborto desnecessário ou injustificável.

A Lei de 1924 já procurava refrear a licenciosidade, mas o fez apenas teoricamente. Foi mais precisamente em 1936 que se proibiu, afinal, o aborto não terapêutico, bem como a venda de produtos anticoncepcionais sem prescrição médica. Entendia-se que a situação econômica do país já não justificava a licenciosidade e que a campanha educacional do povo a respeito do assunto atingiria o seu objetivo. Paradoxalmente, porém a 23 de novembro de 1995, o Soviete Supremo Tribunal resolveu ab-rogar a Lei de 1936 e restabelecer a de 1920, instituindo novamente a liberdade do aborto nos hospitais e estabelecimentos médicos por profissionais qualificados. (BELO, 1999, p. 24).

O Código Penal Soviético de 1995 tutela a liberdade do aborto, estabelecendo a repressão sobre determinadas práticas consideradas ilegais. Mesmo diante dessa liberdade da prática abortiva houve uma média muito alta de sua realização.

Os países escandinavos estão entre os pioneiros quanto à liberdade do aborto no mundo ocidental. Desde os fins da década de 30, foi sendo promulgadas leis mais brandas e conseqüentemente favorecendo a sua prática.

Uma orientação mais liberal adotou a Suécia, Lei de 14-06-1974 e a Islândia, art. 9º da Lei n. 25/75. Estabeleceram o aborto social, prevendo o Estado às causas justificadoras da conduta (possuir muitos filhos, dar à luz muitos filhos em curto espaço de tempo ou ter dado a luz há pouco tempo; a difícil situação de saúde, financeira ou íntima da família; a idade avançada da mulher; a falta de desenvolvimento mental da mulher).

A Lei italiana estabelecia somente um período para a realização do aborto. Contudo, este não deve ter como motivo o controle da natalidade.

A Lei Italiana admite o aborto praticado até o nonagésimo dia da gestação, sujeitando-se a conduta, por razões econômicas ou sociais, à tipificação penal, conforme a hipótese, Lei n.194, de 22-05-1978. Tanto a Lei Italiana como a Francesa acentuam que o aborto não deve ser praticado sob o pretexto de controle da natalidade, art. 13 da Lei Francesa n.75-17, de 17-01-1975. (DINIZ, 2001, p. 390).

A Dinamarca também autoriza o aborto quando este tiver grande peso psicológico. Porém, o termo utilizado não foi bem empregado, pois esse grande peso psicológico pode ter vários tipos de caráter, como social, moral, religioso, etc.

A Dinamarca prevê o aborto social, art.4º da Lei n. 120/170. Quando a gravidez for uma “carga” para a mulher. É infeliz a locação utilizada, já que é completamente desprovida de sentido jurídico. (DINIZ, 2001, p. 390).

Os Estados Unidos da América admite a prática abortiva com base no “Direito de privacidade”.

Os Estados Unidos da América (país no qual ocorre um aborto para cada três gestações, em média) inserem o aborto, nos Estados-membros em que se admite essa prática, na categoria dos *rights of privacy*. (Direito de privacidade). (DINIZ, 2001, p. 390).

O legislador espanhol regula o aborto como crime em diversas disposições relativas à interrupção do desenvolvimento do ser em gestação, sujeito passivo do delito portador de vida humana dependente.

As legislações latino-americanas coíbem de modo geral a prática do aborto, integrando tal conduta entre os delitos contra a pessoa.

A lei chilena restringe a possibilidade de aborto provocado à espécie da gestante vítima de estupro, cuja gravidez tenha nesse ato hediondo a origem.

O Código Penal Argentino veda o aborto, admitindo a não punibilidade do aborto sentimental. (DINIZ, 2001, p. 390).

O Uruguai punia somente quando o aborto era praticado sem o consentimento da gestante. Hoje, porém, esta situação já não existe.

No Uruguai, o código que entrou em vigor em 1º de julho de 1934 só definia como aborto punível o que era praticado sem o consentimento da gestante. Mas, não durou muito este dispositivo que berrava das tradições jurídicas daquele país. Uma lei de 28 de janeiro de 1938 estabeleceu a punibilidade do aborto praticado pela própria mulher ou por terceiros com ou sem consentimento. (BELO, 1999, p. 25).

O legislador penal brasileiro foi o primeiro a estabelecer a isenção de punição da gestante pelo aborto, no Código Criminal Brasileiro de 1830. No Brasil, a atual legislação proíbe o aborto e somente o admite em dois casos conforme o Código Penal Brasileiro.

O atual diploma repressor tipifica o aborto como crime em qualquer caso, isentando a punibilidade os autores no caso de aborto terapêutico e do aborto de produto de concepção de estupro. (DINIZ, 2001, p. 391).

3 ABORTO: UM DIREITO OU CRIME

3.1 Proteção à vida Humana

Dispõe o art.2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade Civil começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”

“O novo Código refere-se à personalidade Civil da “pessoa” nessa disposição”. Em razão dos novos horizontes da ciência genética, processa-se praticar também o embrião, segundo projeto que pretende já alterar essa dicção da nova lei. A “questão é polêmica, ainda porque o embrião não se apresenta de per se como uma forma de vida sempre viável”. (VENOSA, 2005, p. 160).

O Código tem várias disposições a respeito do nascituro, embora não o conceba como personalidade.

“Constituição Federal garante que todos seguirão perante a lei, bem como distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade à igualdade, à segurança e à propriedade. O Direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. (MORAES, 2008).

Desta forma, a nossa constituição proclama o direito à vida, onde ao Estado cabe assegurá-lo em dupla acepção segundo Moraes (2008): “A primeira relaciona ao direito de ficar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência”.

Do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Partindo desse ponto de vista, conclui que a vida é viável, começando com a nidação quando se inicia a gravidez.

RTTJRS 104/418 “Ementa: Ao nascituro assistido, no plano de Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida, investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardava”.¹

¹STF-Plenário ADPF 54. QO/DF. Rel.min. Marco Aurélio, decisão; 27-04-2005- Informativo STF nº. 385.p.1.

Conforme adverte o biólogo botella Luzia, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. (BITTAR, 1989, p. 41).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina. Sofre a discussão da vida uterina e feto anencéfalo.

De acordo com Diniz (2001, p. 21), o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.

Venosa tem em sua doutrina uma clara conceituação do que vem a ser direito da personalidade ou personalismo, que são fortemente ligados ao nascimento, definindo seus princípios basilares e que norteiam durante toda vida humana.

Os direitos da personalidade ou personalíssimos são relacionados diretamente com o direito natural, constituindo o mínimo necessário de conteúdo da própria personalidade. Esses direitos pertencem ao próprio homem desde o nascimento. Não têm cunho patrimonial, são extrapatrimoniais, por serem inerentes a personalidades, são irrenunciáveis, pertencendo ao patrimônio moral da pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se proteja a personalidade. São garantia de existência mínima da pessoa. E como consequência são imprescindíveis, porque duram enquanto durar a personalidade, isto é, a vida humana. (VENOSA, 2005, p. 141).

A CRFB/1988, também tutela a vida como direito basilar, pertencendo a todo ser humano, sendo-lhe inerente, cabendo, a todos.

Art.5º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

A vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção. Garantido está a vida pela norma constitucional em cláusula pétreia (art.5º), que é intangível, pois contra ela, nem mesmo há poder de emendar.

Para Bittar (1989, p. 65), a vida deve ser protegida contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. Além de ser garantido pelas normas constitucionais, recebe tutela civil.

Art.2º. A personalidade civil da pessoa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (Código Civil).

A questão do início da personalidade do início tem relevância porque através da personalidade, o homem se torna sujeito de direitos. O nosso código civil estabelece o critério necessário para se ter início à personalidade, ou seja, é essencial que o nascimento seja com vida, porém resguarda os direitos de quem ainda não nasceu. (VENOSA, 2005).

O nascituro é um ente já concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual. Isso faz pensar na noção do direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento e ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condições suspensivas. (VENOSA, 2005, p. 161).

A posição do nascituro é peculiar, pois este já tem um regime protetivo tanto no ramo do Direito Civil como no Direito Penal. Embora não tenha ainda, todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com a nossa legislação, o nascituro embora não seja considerado como pessoa, mas tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

O aborto é uma questão polêmica e por isso, surgiram movimento a favor da descriminalização do aborto, isto é, a favor do aborto, justificado por argumentos ideológicos.

3.2 Abortamento Socioeconômico

Várias correntes são favoráveis ao aborto. Uma delas defende que o aborto pode e deve ser praticado de forma legal, pois existem vários fatores relevantes como, por exemplo, o sociológico, que poderiam evitar a clandestinidade e a morte de gestantes.

Diniz (2001) relata em sua obra que existem também o argumento pró-aborto baseado nas teorias socioeconômicas: Há quem ache que seria legítima uma atitude pró-aborto baseado em necessidade de caráter social, econômico e político, como o perigo de explosão demográfica ou superpopulação, risco de uma humanidade faminta e a existência de mulheres de baixa renda, que se socorrem do aborto clandestino sem qualquer garantia de higiene, arriscando sua vida, pois as mais favoráveis economicamente podem contratar serviços abortivos seguros. Diante de tudo isso entende que só haverá um meio para solucionar tantos problemas: a legalização do aborto para todos os casos. Assim, pretendem proteger a

humanidade marginalizada ou mais carente, assegurando sua vida e saúde. (DINIZ, 2001, p. 74).

Esta mesma autora coloca que esta não é a solução para os problemas socioeconômicos de um país e não é matando crianças inocentes e indefesas que serão eliminados os problemas de saúde pública social.

Deveras o crescimento populacional e a fome constituem um problema bastante atual, mas seria a legislação do aborto imprescindível para atender as necessidades sociais de modo mais justo.

3.3 A legislação e o Aborto

De modo geral, o direito respalda a vida humana desde a concepção. No encontro do espermatozóide com o óvulo começa a tutela, a proteção e sanções da norma penal, pois desse modo não pode ser desprezado e ignorado pela lei.

Segundo Prado (1985, p. 42), historicamente, os primeiros dados de que se dispõem referentes ao aborto, são do Código de Hamurabi, 1700 anos antes de Cristo.

Hoje, em pleno século XXI, existem duas orientações diversas, a que combate à descriminalização total ou parcial e a que pretende mantê-lo como crime.

Em 1830, no código Criminal do Império, surge pela primeira vez a figura isolada do aborto no capítulo referente aos crimes contra a segurança das pessoas e das vidas.

O Código penal do império punia o aborto provocado, mesmo que apenas tentado, e estabelecia distinção entre o aborto consentido e o não consentido. Mas não cominava pena agravada nos casos em que a gestante falecia em decorrência do aborto ou do meio empregado para provocá-lo. Outra falha importante era não haver um dispositivo legal que eximisse de pena o médico que provocasse o aborto em função de risco de vida para a mãe. (GOMES, 1997, p. 615).

Diniz (2001, p. 107) apresenta algumas soluções direcionadas à finalidade de evitar o aborto: Integração de planejamento familiar, esclarecimentos sobre às técnicas contraceptivas para prevenir a gravidez indesejada, melhoria da rede de saúde pública; promoção de estudos e pesquisas das causas sociais; internação de crianças rejeitadas ou órfão em estabelecimentos públicos ou particulares; colocação de criança em família substituta incentivo à adoção.

Toda nossa sociedade deve ter consciência de que a vida do feto é importante sim, e que não deve ser usada para solucionar problemas de ordem social, moral, psíquica, individual ou em qualquer outra. Pois já é um ser humano e ser humano que merece respeito.

3.4 Ponto de Vista Religioso

A religião continua exercendo grande poder de influência no meio social. Todavia, predominantes eram idéias e conceitos que tinham a Igreja principalmente a católica. Não se pode separar Direito Moral e Religião. Estes estão sempre entrelaçados e são considerados como fontes de Direito; pois é através deles, que se pode explicar o porquê do Direito e também não pode afastar o conceito do bem e do mal.

A Igreja Católica sempre foi uma grande formadora de opinião a respeito do aborto durante toda história. Pois desde o início, se mostrou contra e assim se mantendo até os dias atuais. A Igreja Católica Apostólica Romana negou sempre a licitude do abortamento, em quaisquer condições.

As primeiras referências ao aborto aparecem no Digesto. A pena para quem procurasse era o desterro. Em princípio, punia-se o abortamento por razões ligadas à indignidade de não dar a mulher herdeiros ao marido. Mais tarde o mesmo Digesto começou a castigar os praticantes de aborto por razões morais. Punia-se o crime com a morte. A Igreja não autoriza para salvar a vida da gestante. Não o permite para interromper a gravidez provocada por estupro. Eis aí o conceito católico: o abortamento nunca deve ser praticado exceto quando ele vai processar-se de uma forma indireta, isto é, em consequência a um tratamento clínico ou cirúrgico ligado a uma doença que representa perigo atual para a mãe. Nem mesmo com a recente realização do concílio Ecumênico a posição da Igreja se modificou. Mas é preciso que se lembre: em certos casos a inflexibilidade dos responsáveis pelas linhas mestras do catolicismo reveste-se de dureza atordoante. Nega a possibilidade de opção. Impedir que se praticasse o aborto para salvar a gestante, por exemplo, é colocar o médico numa posição decisiva para uma vida. Na impossibilidade de salvar os dois, oferece a Igreja uma conclusão desorientadora, pelo menos para quem não está disposto a cegamente entregar nas mãos de Deus seus destinos. Então, se permite que mãe morra para não se agir contra o filho. (ALMEIDA, 2000).

Almeida (2000, p. 191) ressalta que as igrejas protestantes apresentam enfoques mais flexíveis que as autoridades da Igreja Católica. “A grande diferença entre católicos e

protestantes está no respeito à vida da mãe. Se uma escolha tiver de ser feita entre a vida da mãe e do embrião, a escolha recairá sobre a mãe”.

Na prática, percebe-se que a oposição das igrejas protestantes são imutáveis, pois defendem acima de tudo a vida. Tendo uma postura tão rígida quanto à da Igreja Católica.

O Movimento Espírita Brasileiro tem posição firme e clara, sem discrepância, no que concerne à necessidade de defender a vida humana desde a concepção.

O aborto é considerado como um crime abominável contra criaturas indefesas.

A Doutrina Espírita procura esclarecer que o aborto é crime, que pode ter atenuantes ou agravantes, como todo desrespeito à lei.

*Digesto: 1. Coleção das decisões dos juristas romanos mais célebres, transformadas em lei por Justiniano, imperador romano do Oriente (c. 483- 565), e que é uma das quatro partes do Corpus Júrís Civilis; Pandectas. 2. Publicação, especializada ou não, composta de artigos, livros, etc., condenados.

*Desterro: Ato ou efeito de desterrar, degredo, banimento. 2.Solidão, isolamento. 3.Fazer sair da terra, do País;exilar, banir.

Com a prática do aborto, os envolvidos assumem débitos perante a lei Divina, por impedir a reencarnação de um Espírito necessitado de oportunidade de progresso que ele é concedida.

Assim, a solução estaria no esforço de elevar o padrão de vida das classes menos favorecidas, ajudando-as a ter existência mais digna por meio da educação, do atendimento médico-hospitalar ou de saúde gratuita, prestação de informações, programas que motivem os casais a participarem dos programas de planejamento familiar, reduzindo o número de filhos.

3.5 Abortamento ideológico

A ideia de que a mulher é livre para decidir sobre seu próprio corpo baseia-se em uma concepção individualista.

Diniz (2001, p. 68) ressalta bem qual é o argumento dessa teoria. Esse argumento é fundado na ideia de ser admitida a sua legalização porque o feto não merece qualquer consideração cultural de ser humano, por ser parte do organismo da gestante, que tem direito à livre disposição de seu corpo. Se a mulher é dona de seu corpo, também o é do feto, que dele faz parte, poderá dispor como e quando quiser.

Essa teoria defende que o feto faz parte do organismo da gestante e por isso, ela poderá dispor dele quando achar que for conveniente. Não respeitando assim, a vida do nascituro. Para essa corrente o feto não é considerado ainda um ser humano.

Contraria essa corrente, Diniz (2000, p. 70) explica para que se pudesse sustentar juridicamente um direito ao aborto provocado, seria a comprovação científica de que o feto não é ser humano, mas algo pertencente ao corpo da mãe, ou haver uma previsão constitucional de que os pais ou poder público teriam direitos sobre a vida ou morte desse ser humano. Isso, porém, não ocorre. A experiência científica, por meio de modernas técnicas, demonstram que a pequena e indefesa vítima do aborto já existe, já que desde a concepção se tem um ser humano concreto e a configuração da vida fetal independentemente de sua mãe. Não há, portanto, que alegar que o aborto nos primeiros dias de vida apenas vem interromper um potencial de vida.

Existe neste argumento pró aborto uma grande semelhança com teorias sobre o aborto na idade antiga, onde o mesmo, não era punido porque consideravam o feto como sendo parte das vísceras da gestante.

3.6 Abortamento Médico

Ainda não existe em nossa legislação, dispositivo, que permita a realização do aborto quando os exames pré-natais demonstrarem que o feto nascerá com graves anomalias, com alguma doença grave, seja ela física ou mental, ou até mesmo a ausência de um membro ou órgão.

Esse tipo de aborto é conceituado pela doutrina como aborto eugênico ou eugenésio. Que segundo Mirabete (2001, p. 100) e o executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais.

No aspecto médico, propugnam muitos pelo abortamento em famílias com tara hereditárias ou naquelas em que se chegue à conclusão de que o produto da concepção será inviável ou, se viável, apresentaria condições de vida que o tornariam um tormento para si e para os pais. Tratar-se-ia da antecipação, como certeza de acontecimento que, na verdade, não passaria de uma hipótese. Agem os defensores dessa tese com fundamento em proposições até hoje não desenvolvidas com perfeição pela ciência. Fosse esta infalível e se poderia indicar, pelo menos cientificamente, o aborto em circunstâncias tais. Feliz ou infelizmente não há condições para se chegar à certeza absoluta. Assim, a se filiar em hipóteses sem maiores

possibilidades de comprovação, preferivelmente é que se permita a evolução do embrião. Casos há, com efeito, em que o embrião se desenvolve normalmente e, em parto regular, se torna um ser perfeitamente apto a preencher seu lugar na sociedade, contra todas as indicações médicas, contra todos os antecedentes familiares. Não se pode aceitar indicar o abortamento em condições de tamanha incerteza. (FERNANDES, 2001).

O fato dos pais serem portadores de anomalias físicas ou mentais, ou possuidores de doenças transmissíveis por herança genética, não é o suficiente para fundamentar qualquer hipótese incontestável de descendência anormal. Estas, comprometedoras da saúde, respondem às causas hereditárias (idiota amaurotica, epilepsia essencial, Coréia, algumas cromossopatias, certas perturbações psíquicas), ou a fatores teretogênicos (como ocorre com os filhos de gestantes acometidas de rubéola ou que usaram talidomida e similares). (MIRABETE, 2001).

Há uma tendência à discriminação do aborto eugênico em hipóteses específicas. Como o válido o argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia de feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), abertura da parede abdominal e síndrome de dawn (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos). A inviabilidade da vida extrauterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa. (GARCIA *apud* MIRABETE, 2001. p. 100).

O seguro diagnóstico pré-natal (ultra-sonografia, amniocentese, biópsia coriônica, fetoscopia etc.), seria o fundamento médico, mas a sobrevivência não está comprometida. A legislação brasileira não contempla essa eventualidade.

Existe um projeto de modificação na parte especial do Código Penal Brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional que propõe a inclusão do aborto eugênico entre as formas permitidas por lei, como o inciso III do artigo 128, que passaria a ser “III- há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais” (Portaria nº. 790 de 27/10/1987 do Ministério da Justiça e Resolução nº. 34 de 19/10/1987 do Conselho Nacional de política Criminal e Penitenciária).

4 ABORTAMENTO PRIVADO

Esse argumento se baseia na concepção de que, cabe somente ao casal, optar pelo aborto em suas vidas. Senão ao casal, mas a mulher principalmente. Esse argumento se dirige à satisfação pessoal dos interesses dos praticantes do aborto, procurando justificar o injustificável.

Diniz (2001. p. 80) conceitua bem esse argumento. Há os que alegam em favor da legalização do aborto razões particulares de cada casal ou gestante com a gravidez não desejada, seja ela oriunda de pressões físicas e psicológicas; questão financeira; deficiência física ou mental do futuro ser; falta de conhecimento sobre formas de evitar a gravidez; motivo de saúde mental abalada da mãe e rejeição do companheiro ao filho.

Interromper a gestação de um filho é uma decisão de grande responsabilidade. Entretanto, há quem o faça sem quaisquer considerações de natureza médica, legal, moral ou espiritual, porque considera a gestação um fato meramente biológica e que somente as pessoas nela diretamente envolvidas têm o direito de decidir pelo seu desenvolvimento natural ou pela interrupção, sem culpa legal ou moral.

5 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS ANTI-ABORTO

As posições dos que são contra a prática do aborto, parte das seguintes considerações:

A vida é igual para todos os seres humanos. Como então se poderia falar em aborto? Como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defende-se não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto que acoberta em si seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato? Se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A vida extrauterina teria um valor maior do que a preocupação com a coerência lógica, rebaixando o direito de nascer? (DINIZ, 2001, p. 26).

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, através da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A fecundação é o marco do início da vida e daí pra frente, qualquer método artificial para destruí-lo constitui um assassinato.

A falta de sensibilidade dos abortistas decorre de dois fatos: de uma vida que não pode ver, e da crença de que o feto faz parte do corpo da mãe, sendo por isso disponível.

Daí entende que a mulher tem o direito ao aborto livre. Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, então, ele tem direito à vida. Pais e médicos devem conservá-la, pois esse novo ser é tão humano quanto seus progenitores. O seu direito à vida é maior do que qualquer direito da mulher sobre o seu corpo. (DINIZ, 2001, p. 80).

Existem outros fatores que banalizam os valores morais e religiosos, como por exemplo, o excesso de liberdade que os pais concedem aos filhos e a falta de diálogo sobre esse assunto, como forma de conscientização de que o aborto é um crime contra a vida.

Mais prioritário do que a legalização do aborto seria não só a elaboração de normas voltadas à defesa da vida humana e ao planejamento familiar, de modo a eliminar as causas daquele.

Outro ponto importante que constava no Código da República era em consideração ao médico: Encontramos a previsão do aborto legal, em função de risco de vida da mãe, contudo, o médico não teria o direito de falhar. Se a mulher morresse, apesar do aborto terapêutico, o médico poderia ser punido por imperícia ou negligência. Isto, de certo modo, levará à omissão de socorro, também prevista no código. (GOMES, 1997, p. 616).

O Código Penal Brasileiro de 1940, e ainda em vigor no Brasil, classifica o aborto entre os crimes contra a vida e assim estabelece:

Art.124 – Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - Detenção, de um a três anos.

Art. 125- Provocar aborto sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art.126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo Único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante:

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

6 ESPÉCIES DE ABORTO CRIMINOSO

O aborto é crime consistente no caso de dolosa interrupção vedada por lei, da vida intrauterina, em qualquer de suas fases evolutivas, haja ou não expulsão do produto da concepção do ventre materno.

A objetividade jurídica é a tutela da vida humana em formação que é a vida fetal ou intrauterina. Pouco importa que se trate ainda de uma pessoa humana, mas de uma expectativa de ente humano, uma *spes personae*. Merece-a igual respeito e proteção normativa. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 386).

O Código Penal Brasileiro vigente reconhece as seguintes modalidades como sendo criminosas: autoaborto e aborto consentido; aborto provocado por terceiros ou sofrido; aborto consensual e aborto qualificado.

6.1 Auto-Aborto Consentido

“Auto-aborto é o aborto provocado pela gestante em si própria”. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 386).

Art.124 – Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque:
Pena – detenção, de um a três. (Código Penal).

E crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante. Na segunda parte do artigo, é disciplinado o aborto consentido, em que a gestante é incriminada por “consentir que outrem lhe provoque”. No caso, a gestante não pratica o aborto em si mesmo, mas consente que um terceiro o realize. Aquele que provoca o aborto, responde pelo crime previsto no artigo 126 do Código Penal, em que se comina penas mais severas.

Aborto consentido trata-se de um crime plurissubjetivo (bilateral) em que são dois os coautores: o terceiro e a gestante consentem que não se limite a tolerar a prática abortiva, cooperando com ela. A mulher não permanece inerte, pois exercita os movimentos necessários e se coloca em posição ginecológica. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 386).

6.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido

No artigo 125 do Código Penal a pena cominada e mais grave (reclusão, de três a dez anos) para o agente que provocar o aborto sem o consentimento da gestante e no caso também vítima do crime.

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de três a dez anos. (Código Penal).

Em se tratando de aborto provocado sem o consentimento da gestante, o agente emprega a força física, ameaça ou fraude, para a realização das manobras abortivas.

Desse modo, o aborto reputa-se praticado sem o consentimento, quer, quando a gestante tenha se mostrado, por palavras ou atos, contrária ao aborto; quer quando desconhecia a própria gravidez ou processo abortivo em curso. (PRADO, 1985, p. 103).

Trata-se no caso de crime doloso, podendo o agente atuar como dolo eventual. Neste caso, é evidente a necessidade que tenha conhecimento da gravidez e que assuma o risco de produzir o resultado. Não há que se falar em crime culposo, não tipificando em lei podendo ocorrer o crime de lesão corporal dolosa, seguida de aborto culposo. (MIREBETE, 2001, p. 85).

6.3 Aborto Consensual

Define-se no artigo 126 do Código Penal Brasileiro- “Provocar aborto com o consentimento da gestante”, a norma fala em consentimento, sinônimo de permissão, anuência, acordo e tolerância.

Art.126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de um a quatro anos. (Código Penal).

De acordo com a maioria dos doutrinadores, assim como Jesus entende que o “dissentimento da ofendida pode ser real ou presumido. Real, quando o sujeito emprega violência, fraude ou ameaça. Presumido quando a gestante é menor de 14 anos, alienada ou débil mental, Código Penal Brasileiro, Art. 126, parágrafo único”. (JESUS, 2005, p. 125).

É necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil. Neste campo, o Direito Penal é menos formal e mais realístico, leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante. Se ao contrário, a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o fato é atípico diante da norma que descreve o aborto consensual, se adequado à definição do crime no art.125 do Código Penal, nos termos que preceitua o artigo 126, parágrafo único.

Costa Júnior, em sua doutrina também possui o mesmo ponto de vista que Jesus. O consentimento independente da capacidade civil da gestante.

Não precisa que o consentimento seja expresso, podendo resultar até da própria conduta passiva da gestante. Deverá ser válido, entretanto, o consentimento. Se a gestante for menor de quatorze anos, ou débil mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 386).

É indispensável para a caracterização do crime inscrito no artigo 126 do Código Penal, o consentimento da gestante, do início ao fim da conduta.

Logo, se a gestante revoga o consentimento dado durante a execução do aborto e o terceiro continua a realizar as manobras iniciadas, responderá este pelo delito do artigo 125 do Código Penal (aborto provocado sem o consentimento da gestante). (PRADO, 1985, p. 103).

6.4 Aborto Qualificado

O artigo 127 do Código Penal Brasileiro trata-se de crime qualificado pelo resultado, de natureza preterdolosa. Pune-se o primeiro delito a título de dolo; o resultado qualificador, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave, a título de culpa, Código Penal Brasileiro, art. 19:

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se em consequência do aborto dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.(Código Penal).

O evento mais grave (lesão ou morte) não pode ser cogitado nem desejado pelo agente, nem mesmo que eventualmente. Se o sujeito agisse movido pelo dolo, responderia em curso material pelos crimes de aborto e lesões, ou de homicídio. Consoante o art. 19, o agente

só ira responder por tais condições de maior punibilidade se as houver causado ao menos culposamente. Se entre o resultado ulterior e a conduta psicológica não se puser em anexo de natureza culposa, o agravamento da pena não se faz. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 387).

O legislador prevê duas hipóteses: Há provação do aborto e, em consequência, a vítima venha a morrer, ou a sofrer lesão corporal de natureza grave; o sujeito emprega meios destinados à provocação do aborto, que não ocorre, mas em consequência, advém a morte da gestante ou uma lesão corporal de natureza grave.

Se em consequência do aborto e através dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza leve, o sujeito só responde pelo aborto, não se aplicando a forma típica qualificada do art. 127 do código Penal; Preterdolosa: Intenção de praticar uma ação criminosa cujo resultado vem a ser mais grave do que o desejado. É também chamado pretrinteção. Exemplo típico é o da agressão física com intuito de lesionar, mas da qual resulta morte. (MIRABETE, 2001, p. 103).

As causas de aumento de pena previstas no artigo 127 do Código Penal, são aplicáveis apenas aos delitos previstos nos artigos 125 e 126 do Código Penal. O auto-aborto e o aborto consentido (artigos 124,1ª e 2ª partes do Código Penal), não admitem a qualificação pelo resultado (morte ou lesão corpora), vistos que a auto-lesão é impunível. O partícipe do delito de auto-aborto ou aborto consentido, de conseguinte, não terá sua pena aumentada na hipótese de superveniência de lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante.

Não se aplica a causa de aumento de pena prevista na 1ª parte do artigo 127 do Código Penal, se a lesão corporal grave produzida constitui uma consequência normal da intervenção abortiva realizada. É preciso que a lesão seja extraordinária (septicemia, gangrena do útero). (PRADO, 2001, p. 104).

6.5 Espécies de Aborto Legal

Diniz (2001, p. 55) indaga: “Haveria no Brasil aborto legal?”. A resposta para essa questão liga-se à interpretação do artigo 128 do Código Penal Brasileiro que assim prescreve:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal).

Há quem entenda que tal artigo, ao dispor que não se pune o aborto feito por médico para salvar a vida da gestante for resultante do estupro, não está descriminalizando o aborto nestas hipóteses, mas sim despenalizando-o. Septicemia: Processo infeccioso generalizado em que germes e suas toxinas invadem o sangue e nele se multiplicam. Gangrena: 1. Patol. Morte, em extensão variável, de tecido ou de órgão, e devida à perda de suprimento sanguíneo seguido, ou não, de invasão bacteriana e de decomposição tecidual. 2. Aquilo que produz destruição, ou corrupção moral. (JESUS, 2005).

Jesus entende que os dois incisos do artigo 128 contém causas de exclusão de antijuridicidade. Note-se que o Código Penal diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do artigo 128, “não há crime por exclusão de ilicitude”. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente só o Código Penal dissesse: “Não se pune o médico”. (JESUS, 2005, p. 128).

São causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade. (MIRABETE, 2001, p. 103).

Diniz (2001, p. 56) relata que para os que interpretam o artigo 128 do Código Penal, entendendo que não existe excludente de antijuridicidade, no Brasil também não há, nem poderia haver aborto legal, diante do princípio constitucional do direito e respeito à vida humana, consagrado em cláusula constitucional.

Portanto, se o artigo 128 do Código Penal Brasileiro estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria contaminado d inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária não poderiam abrir exceção ao comando contido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

6.5.1 Aborto Necessário ou Terapêutico

Existe neste artigo a consideração contida no art. 24 do Código Penal (estado de necessidade), é mais que suficiente para justificar a conduta necessária a debelar o risco de vida.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico.

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (Código Penal).

Casos mais frequentes de aborto necessário é o estado epilético, graves vômitos incoercíveis, leucemia, cardioplastias, anemia perniciosa, polinefrite, hemorragias corpíneas etc. O aborto necessário pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Em qualquer caso, é o médico em quem deverá decidir, conferindo-lhe a lei. O ideal seria procurar salvar, praticando-se a cesariana, caso o feto já fosse dotado de suficiente, a mãe e o filho. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 388).

Aquele aborto realizado pelo médico para salvar a vida da gestante, chamando terapêutico, encontra guarida no estado de necessidade quando, para se salvar a vida da mãe e cujo valor é mais relevante e nesse caso, sacrifica-se à vida do filho. É uma forma de proteger um bem maior, consagrado pela fundamental importância sobre outras vidas. A solução jurídica encontrada no conflito desses dois bens é o sacrifício do bem menor, daquele que tem menor importância em relação à vida de outros; no caso, por exemplo, dos irmãos que sofreriam intensamente com a perda da mãe. (PACHECO, 2007).

Para Mirabete (2001, p. 103), o aborto terapêutico provém ou da deficiência de conhecimento médicos, ou da não observância dos princípios da assistência pré-natal. Num país como o Brasil todavia, com o elevado nível de pobreza, o precário atendimento médico do Estado, a inexistência de boas condições de saúde e higiene, não é descabida a justificativa legal.

Existem outros meios para tentar salvar a vida das gestantes. A medicina nos dias atuais, conta com extraordinários recursos clínicos e cirúrgicos que possibilitam resgatar tanto a vida da mãe como a do feto, devendo-se pois envidar esforços para impedir que o nascituro sofra qualquer lesão ante as conseqüências da terapia empregada. (DINIZ, 2001, p. 57).

6.5.2 Aborto Sentimental

A doutrina procurou defender a tese do aborto sentimental, com a seguinte teoria: Seria desumano constranger uma mulher, que já sofreu o dano da violência carnal, a suportar também aquele da gravidez, com vistas a um ser em formação que, não tendo ainda vindo à luz, não é sujeito de qualquer direito. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 389).

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico
II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (Código Penal).

Mirabete e a maioria dos doutrinadores, dizem que está autorizado o aborto sentimental (ou ético, ou humanitário), é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez, resultado de um estupro. Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de um coito violento e não desejado. Além disso, o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer ao filho problemas ligados à hereditariedade. (MIRABETE, 2001, p. 103).

Há quem ache que nada justificaria que se obrigasse à mulher estuprada a aceitar o fruto de sua involuntária desonra, uma vez que não teve culpa nem participação volitiva no ato sexual que a fecundou. É indubitavelmente uma situação carregada de emocionalismo e por isso, conducente à permissão legal do aborto, no sentido de não puni-lo.

Principalmente por determinar, que a presença dessa criança será para ela uma permanente recordação do sofrimento causado pela violência sexual a que fora submetida.

É preciso tolerar certos males para evitar outros maiores. O estupro é terrível e muito doloroso e por isso, ilógico seria apaga-lo, como se isso fosse possível, da memória da vítima com outra violência não menos inaceitável, que é a destruição da vida de um ser humano inocente.

A brutalidade sofrida somente poderia ser reparada mediante uma adequada assistência médica, psiquiátrica, pois é preciso lembrar, se assim não o for, que o trauma sobreviverá com a violentada pelo resto da vida. Independentemente do nascituro.

No art. 128, II, 2ª parte do Código Penal Brasileiro surge o problema nos casos em que a gestante é menor de idade, hipótese que só haverá abortamento com o consentimento do seu representante legal.

Ora, obrigar a gestante menor de idade a realizar o aborto contra a sua vontade, é submeter uma pessoa a tratamento desumano ou degradante.

Art. 5ª, III. Ninguém será submetido à tortura nem o tratamento desumano ou degradante. (Constituição Federal).

Mesmo que tenha sido estuprada é necessário que a vontade da gestante seja respeitada pelo médico e por seus familiares. E se a mesma achar que não é necessário o abortamento, então assim será. Porém, se houver o seu consentimento, o médico deverá se resguardar, consultando os familiares, o juiz e o promotor e se for o caso, ai então, executar sua vontade.

Indispensável é o consentimento da gestante, ou de seu representante legal, se incapaz. Necessário, ademais, que o aborto praticado por médico, que deverá acautelar-se, solicitando previamente o consentimento escrito, possivelmente com testemunhas. Se o processo criminal, relativo ao estupro, estiver em curso, é aconselhável ouvir o juiz e o promotor. Não pode o médico contenta-se com a mera alegação da gestante, de que foi estuprada. Seria leviano se procedesse ao aborto, com a mera alegação. (COSTA JUNIOR, 2003, p. 389).

Existem doutrinadores que consideram ser desumano que se imponha à mulher trazer nas entranhas um ser que não é gerado pelo amor, que só lhe recorda o momento de pavor por ela vivido, assim como desumano também, será impor-lhe que crie e alimente esse ente não programado psicologicamente.

Diz Noronha (1996, p. 66) que “a mulher violentada agravada na honra uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”. Trata-se de um direito que a mulher tem, em reparar o mal que lhe foi causado. Cuida-se de evitar que a mulher tolere duramente a infelicidade por haver sido estuprada. E o fato de engravidar e ter um filho que seja produto de um crime monstruoso, pois toda sua alma, seu organismo, seu sentimento se revoltam a se ver grávida por um ato tão violento.

Mas para que seja legal, o aborto no caso em estudo, tem que ser feito por médico e para sua garantia, é bom que se obtenha por escrito a permissão da gestante ou de seu representante legal facultada também para o procedimento, a assinatura de testemunhas. E, se há processo criminal instaurado contra o estuprador, o juiz e o representante do ministro Público devem ser consultados. Mas, a aprovação judicial não deve ser recusada, já que se trata de um direito, disposto no art. 128 do CPB.

Previstos pelo Código Penal Brasileiro desde 1940, o direito de decidir sobre um aborto de estupro ou de risco de vida da gestante está cerceado na prática, pela dificuldade de acesso aos hospitais públicos que realizam a interrupção da gravidez.

A defesa dos direitos das mulheres, e o direito de optarem pelo aborto, em casos especiais, são amplamente compreendidos pelo conjunto da sociedade brasileira. Pesquisas realizadas por diferentes veículos de comunicação mostram claramente, que a população apóia o direito ao aborto, em caso de estupro e risco de vida para a gestante. (NORONHA, 1996).

O art. 128 do CPB é um artigo muito polemico. Tal fato se deve a permissibilidade da prática abortiva, que é tida como crime no art. 124 CPB, e certamente, vai contra todos os anseios ideológicos de toda sociedade.

E mesmo que o art. 128 do CPB permita, trata-se de uma norma que viola um direito maior e supremo, que é a vida. Violando assim, conseqüentemente, a própria constituição.

No caput do art. 128 diz: “Não se pune aborto praticado por médico”. Relacionando o caput à questão de ser ou não um crime, teria que se avaliar que se trata de uma coisa absolutória ou uma excludente de ilicitude.

As escusas absolutórias são as causas pessoais que excluem a punibilidade, mas não exclui o crime e nem a culpabilidade. Só a pena é excluída. Já as excludentes de ilicitude, são causas de exclusão de antijuridicidade, causa de exclusão de crime e tipos permissivos de conduta. E levando-se em conta a vasta pesquisa doutrinária, pode-se dizer que, de acordo com Mirabete (2001, p. 98), “o aborto resultante de estupro é causa de exclusão de criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.

Jesus (2005, p. 109) opina dizendo: A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contem causas de exclusão da antijuridicidade. Nota-se que o CPB diz que: “Não se pune o aborto”. Fato impunível, em matéria penal, é fato lícito. Assim, há hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão de ilicitude.

Portanto, diz-se que, quando lícito, não há crime. E, se não há crime, o aborto de que se trata o art. 128 é legal, devendo o código modificar o termo “não há crime” ao invés de “não se pune”.

O que importa, é que neste caso a mulher abortiva já se encontra fora do alcance de qualquer penalidade, pois a mulher que se engravida de modo violento e contrário ao seu desejo, além do que o pai esturador, geralmente é uma pessoa criminoso, desconhecida, sem o menor escrúpulo, podendo ainda ocorrer distúrbios hereditários. Portanto, tem o direito de optar se quer ou não quer gerar um filho nestas condições.

7 CONCLUSÃO

Determinadas leis restritivas de direitos são ineficazes nos objetivos moralistas, porém eficazes na promoção da destruição social com a expansão do aborto ilegal. Dessa sorte e seguindo essa linha de raciocínio, talvez fosse melhor a legalização do aborto terapêutico, sentimental e eugênico: o primeiro, por representar risco substancial à saúde da gestante; o segundo, por tornar possível à mulher optar pela interrupção de uma gestação resultante de um ato involuntário e violento, ou pelo prosseguimento, desde que suas condições psicológicas assim o permitam; e o terceiro, por oferecer à mulher o direito de evitar o nascimento de um ser com defeitos físicos ou mentais.

Em contrapartida, certamente, esta postura encontraria resistência nas instituições religiosas, éticas e sociais, mas não podemos nos esquecer de que a tendência histórica é no sentido de rejeitar essa oposição. As religiões em sua maioria se mostram tolerantes ou favoráveis à legalização do aborto somente no tocante aos aspectos terapêuticos e humanitários, encontrando-se resistência acentuada no catolicismo que entende o ato como o “homicídio de um inocente”.

Alegações éticas de que seria o aborto a legalização da imoralidade, estimulando dessa forma a promiscuidade sexual, não merecem guarida, posto que a própria história demonstra não ser verdade.

Por outro lado, contestações sociais de que a legalização aumentaria a taxa de abortos são também recusáveis: primeiro, porque a experiência histórica não autoriza a afirmação; segundo, porque a realização dos abortos em condições adequadas reduziria o flagelo social; e terceiro, porque a criação paralela de mecanismos de controle eliminaria a maioria dos inconvenientes.

Em nosso sistema legal, somente são permitidas duas formas de aborto legal: o necessário ou terapêutico e quando a gravidez decorre de estupro, chamado de aborto sentimental ou humanitário. Temos, então, a seguinte posição legal em nosso Código Penal: praticar o aborto é crime, salvo quando praticado por médico para salvar a vida da gestante e quando a gravidez provém de estupro e é vontade da gestante interrompê-la. Tais excludentes de antijuridicidade estão previstos no artigo 128, incisos I e II, do Código Penal.

REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, Eliane. **Direito à Vida:** Aborto, estupro, feto anencefálico. *Âmbito Jurídico*. n. 22. Rio Grande. 2005. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>. Acesso em: 26 fev. 2011.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto:** Considerações Jurídicas e Aspectos Correlatos. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. Saraiva. São Paulo 1989.

COSTA JUNIOR, Paula José da. **Direito Penal Objetivo:** Comentários ao Código Penal. 3. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. Saraiva. São Paulo. 2001.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Reforma do Código de Processo Penal: breve análise de anteprojetos remetidos ao Congresso. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. v. 31. n. 72. p. 73-85. jan./jun. 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** Parte Especial. 3. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, v. 1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7. ed. Guanabara Koogan. 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 27. ed. Saraiva. São Paulo. 2005. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual do Direito Penal**. 17. ed. Atlas. São Paulo. 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. Atlas. São Paulo. 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 28. ed. Saraiva. São Paulo. 1996. v. 1.

PACHECO, Eliana Descovi. **O Aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos**. *Âmbito Jurídico*. n. 39. Rio Grande. 2007. Disponível em:< <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3740>. Acesso em: 26 fev. 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. Escritos Jurídico-Penais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. 1992.

PRADO, Danda. **O que é Aborto**. Abril Cultural: Brasiliense, São Paulo. 1985.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5. ed. Atlas. São Paulo. 2005.