

FOLHA DE APROVAÇÃO

Sebastião Ailton Prudente da Silva

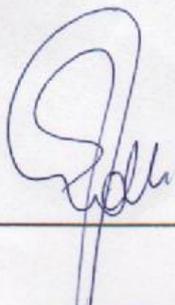
Aluno

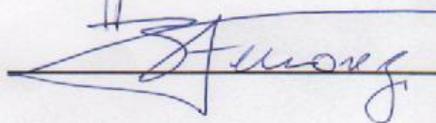
Aborto no Brasil: crime ou questão de saúde pública

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA







Aprovada em 07 / 07 / 2012.



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

SEBASTIÃO AILTON PRUDENTE DA SILVA

ABORTO NO BRASIL: CRIME OU QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA?

Juiz de Fora - MG

Julho de 2012

SEBASTIÃO AILTON PRUDENTE DA SILVA

ABORTO NO BRASIL: CRIME OU QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA?

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de “Bacharel em Direito” e aprovada pelo orientador: RODRIGO RIBEIRO ROLLI.

RODRIGO RIBEIRO ROLLI (Orientador)
Professor de Direito Penal MS da UNIPAC
Curso de Direito - UNIPAC

Juiz de Fora - MG

07/07/2012

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
1 Direito à vida.....	08
1.1 Da inviolabilidade da vida no Direito	10
1.2 Proteção jurídica ao direito à vida.....	13
1.2.1 Na Constituição Federal.....	14
1.2.2 No Código Civil.....	16
1.2.3 No Código Penal.....	16
2 O Aborto.....	20
2.1- O Aborto na história da humanidade.....	20
2.2 Conceito de aborto.....	23
2.3 O aborto na legislação comparada.....	25
2.4 Previsão jurídica para a prática do aborto no Brasil.....	27
3. A legalidade do aborto.....	29
3.1 Tipos de aborto considerados legais.....	29
3.2 Aborto terapêutico.....	29
3.3 Aborto em caso de estupro.....	32
4 Aborto criminoso.....	36
4.1 Tipos de aborto criminoso.....	40
4.1.1 Aborto econômico.....	41
4.1.2 O dilema do aborto eugênico.....	41
4.2 Perícias em casos de aborto criminoso.....	45
5 Técnicas abortivas e a saúde da mulher.....	48
5.1 Fatores de risco do aborto	50
5.2 Dificuldades médicas e de planejamento familiar.....	54
5.3 Conflitos religiosos, éticos e morais.....	57
6 CONCLUSÕES.....	66
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

RESUMO

A presente monografia versa sobre o tema a legalidade do aborto: Crime ou questão de saúde pública. O tema comporta uma análise sob vários aspectos: éticos, morais, científicos, jurídicos, teológicos e políticos. Dissertar sobre o aborto é na verdade tocar num problema social dos mais complexos e antigos, confrontando-se diretamente com o inviolável direito à vida. A vida é um bem supremo direcionado a todo ser humano, é a partir dela que podem ser alcançados todos os demais direitos. Portanto, o aborto é uma prática que transgride o respeito à vida humana, principalmente quando a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida. Discutir sobre o início da vida, quando o ser humano começa a existir, se a mulher como dona de seu próprio corpo tem direito de abortar, se o nascituro é possuidor de direitos assim como os demais seres humanos nascidos são aspectos contraditórios que acarretam acirradas contendas até mesmo entre os doutrinadores do Direito. O simples fato do nascituro se encontrar no ventre da mulher não a torna proprietária desse corpo humano, podendo dele dispor segundo suas conveniências. Admitir que o feto não seja um ser humano é contrariar todo fundamento científico a respeito das características genéticas estruturadas e definidas após a concepção. Mas não reconhecer que esta prática acarreta sérios problemas de saúde da mulher, também é ficar indiferente a seu sofrimento, pois sofre ao ter que decidir abortar, e sofre por não ter um atendimento adequado dentro da saúde pública nacional. Com o presente trabalho investigativo, tendo como base autores como: Azambuja (2006), Aquino (2005), França (1998); Haddad (2005); Mirabete (2005), e a legislação brasileira: Constituição Federal de 1988; Código Civil Brasileiro (2002); Código Penal (1940) e Normatização do Ministério da Saúde (2011) busca-se demonstrar que o aborto além de ser um crime contra a vida humana, também traz em seu bojo sérios problemas de saúde pública relativos as mulheres.

Palavras chave: direito; vida; saúde pública; morte.

ABSTRACT

The present monograph deals with the issue the legality of abortion: Crime or public health issue. The topic involves an analysis under various aspects: ethical, moral, scientific, legal, theological and political. Lecture on abortion is actually playing a social problem of the most complex and old, comparing directly with the inviolable right to life. Life is a supreme good directed to every human being is from it that can be achieved all other rights. Therefore, abortion is a practice that violates the respect for human life, especially when the 1988 Constitution provides for the inviolability of the right to life. Discuss the beginning of life, when the human being begins to exist, as if a woman owns her body has the right to an abortion if the unborn child is possessed of rights and other human beings are born contradictory aspects that lead to heated disputes even among scholars of law. The simple fact of the unborn child is in the womb of her own this does not make the human body can dispose of it according to their convenience. Admitting that a fetus is not a human being is contrary to any scientific basis about the genetic characteristics defined and structured after conception. But do not recognize that this practice carries serious health problems of women, is also indifferent to their suffering, because suffering by having to decide to abort, and suffers for not having adequate care within the national public health. The present research work, based on authors such as: Azambuja (2006), Aquino (2005), France (1998), Haddad (2005); Mirabet (2005), and Brazilian law: Federal Constitution of 1988, Civil Code (2002), Penal Code (1940) Standardization and the Ministry of Health (2011) seeks to demonstrate that abortion and is a crime against human life, also brings with it serious public health problems against women.

Keywords: law, life, public health, death

INTRODUÇÃO

Praticado por milhões de mulheres em todo o mundo, combatido há séculos, o aborto se constitui em um dos temas mais polêmicos enfrentados pela humanidade, provocando, mesmo na contemporaneidade, grande divergência de opiniões, já que abrange aspectos cuja prática esbarra em princípios jurídicos, científicos, religiosos e, sobretudo, morais.

Debater sobre o início da vida, a partir de quando o ser humano começa a existir, se a mulher, como dona de seu próprio corpo tem o direito de abortar, se o nascituro possui direitos iguais aos seres humanos já nascidos, indiscutivelmente são aspectos que trazem à luz intensa divergência.

Por um lado, o aborto é considerado crime, suscetível de punição, salvo se a gestação se deu por estupro ou se esta venha colocar em risco a vida da gestante. No entanto, por outro lado, apesar da proibição, o crime é praticado na clandestinidade, o que tem ocasionado, principalmente para as mulheres economicamente desfavorecidas, graves problemas de saúde, muitas vezes, levando-as ao óbito, tornando-se num gravíssimo problema social dos tempos modernos.

Diante dessa variedade de aspectos envolvendo não somente questões de natureza ética, política e religiosa, mas também socioeconômicas, psicológicas e, sobretudo, de saúde pública, é que o aborto coloca-se como um problema cuja existência concreta não pode ser ignorada, exigindo-se, portanto, uma ampla discussão sobre o tema, envolvendo todos os ramos da sociedade brasileira.

O objetivo desta investigação tendo com base vários autores como: Azambuja (2006); Aquino (2005), França (1998); Haddad (2005); Mirabete (2005), e a legislação brasileira: Constituição Federal de 1988; Código Civil Brasileiro (2002); Código Penal (1940) e Normatização do Ministério da Saúde (2011) são de demonstrar que o aborto além de ser um crime contra a vida humana, também traz em seu bojo sérios problemas de saúde pública relativos as mulheres.

Num primeiro momento apresentar-se-á o direito à vida, onde se exporá claramente a importância da vida humana; sua inviolabilidade e ainda, a proteção jurídica ao direito à vida por meio da Constituição Federal, Código Civil e Penal.

Depois apresentar-se-á alguns conceitos sobre o aborto; o aborto na legislação comparada; as terríveis e desumanas técnicas utilizadas na prática abortiva; os fatores de risco e a necessidade de conscientização da mulher sobre os efeitos indesejáveis do ato abortivo; e

ainda, os tipos de aborto, subdividindo-os em espontâneo, acidental ou criminalmente provocado; abordando o tema sobre a previsão jurídica para a prática do aborto no Brasil.

Em outro momento discorrerá sobre o aborto legal, ou seja, os casos em que sua prática não é penalizada pela legislação penal brasileira, caso do aborto terapêutico, realizado quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, e o aborto realizado para eliminar gravidez decorrente de estupro.

Buscar-se-á dissertar sobre os tipos de aborto criminoso, dentre os quais, o econômico, realizado com o propósito de suprimir gravidez indesejada, quando os casais se encontram em dificuldades financeiras, e o controverso aborto eugênico, quando há suspeitas de que o futuro ser humano em formação trará consigo ao nascer, graves anomalias físicas ou mentais; bem como as perícias necessárias diante dos casos concretos de aborto criminoso.

Procurar-se-á traçar um paralelo entre o aborto legal e o aborto ilegal, e os consequentes conflitos religiosos, éticos e morais; as dificuldades médicas e de planejamento familiar; e, finalmente, far-se-á uma análise crítica sobre a descriminalização do aborto no direito penal brasileiro.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através de uma ampla revisão bibliográfica, tendo por base, principalmente, a doutrina, a legislação e textos diversos disponíveis sobre o tema.

Por todo o respeito que a Constituição Federal de 1988 guarda ao bem jurídico: vida, pela disposição do tema na legislação infraconstitucional, consequentemente, o aborto é uma prática que afronta incisivamente o direito à vida. O desrespeito aos direitos do nascituro, as funestas técnicas utilizadas para extirpar a vida humana, são procedimentos injustos, desumanos, inaceitáveis, mas os próprios doutrinadores do Direito brasileiro ainda não foram capazes de tomar uma decisão radical sobre o assunto, pois mesmo defendendo a vida do nascituro é preciso compreender a situação clínica, física e mental da mulher.

Assim desmonstrar-se-á que o Ministério da Saúde busca não a legalização do aborto, mas um atendimento humanizado que deve ser dado no SUS à mulher que pratica o aborto sendo ela bem atendida independentemente da legalização do aborto ou não no Brasil.

1 Direito à vida

Em cada período histórico, a consciência humana, despertada pela indiferença, insensibilidade e demência de um mundo irracional, violento e tecnicista, gradativamente foi se reencontrando com o direito mais elementar de suas normas, ou seja, o respeito pela vida humana. Até mesmo nos momentos mais críticos da história, quando tudo parecia perdido, quando o poder arbitrário se instalou, ainda assim, o bem da vida foi de tal grandeza que o instinto humano tentou protegê-la contra a insânia coletiva, criando regras de conduta objetivando impedir a prática de hostilidades inúteis e degradantes.

Conforme preceitua França (1998, p. 139):

O valor da vida é de tal magnitude que a cultura humana tenta preservá-la mesmo em situações as mais precárias e excepcionais, como, por exemplo, nos conflitos internacionais, na hora em que o direito da força se instala e quando tudo é paradoxal e inconcebível. Ainda assim o bem da vida é tão grande que a intuição humana tenta protegê-la contra a insânia coletiva, criando-se regras que impeçam sacrifícios inúteis. Todos se empenham no reencontro da mais indeclinável de suas normas: o respeito pela vida humana. E nas mesas de conversações internacionais, entre intrigas e astúcias, os líderes do mundo inteiro procuram a fórmula mágica da paz, evitando, assim, o cataclismo universal.

Atualmente, ao menor sinal de conflitos que possam vir a colocar em risco a paz mundial, sobretudo após as atrocidades cometidas em ocasião da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU), utilizando-se de meios diplomáticos ou através da força militar, com o propósito de deter tais ameaças, alia-se a líderes de grandes nações democráticas, objetivando unicamente salvaguardar a vida humana.

Quando epidemias afligem ou persistem em querer assolar a espécie humana, cientistas de várias partes do planeta se juntam através de pesquisas com a finalidade de encontrar meios para promover a saúde humana, a preservar a vida.

Tudo o que se criou até o presente, a evolução nas áreas das ciências médicas, da agricultura e o extraordinário desenvolvimento tecnológico foi com o intuito de proporcionar segurança e bem-estar à humanidade, promovendo a vida.

Cientistas, juristas, doutrinadores religiosos e profissionais de todas as áreas, independente da hierarquia, até mesmo os políticos, apesar das controvérsias, trabalham no sentido de promover e zelar pela vida humana.

O próprio Direito e seus ramos surgiram e evoluíram objetivando tutelar a vida humana. Haddad (2005, p. 432), afirma que: “A vida é direito-fundante, sobre o qual se

arrima e para o qual se ergueu o edifício jurídico”.

A vida é um mistério! Segundo preceitua a Bíblia Sagrada, em João, capítulo 10, versículo 10 (1990, p. 1370), Jesus Cristo veio ao mundo e ofertou sua própria vida em prol da humanidade. “Eu vim para que tenham vida [...]”. A doutrina espírita ensina que o ser humano, após a morte, continua vivendo em outras esferas e, algum dia voltará ao plano terrestre para viver outras vidas. A mesma doutrina, segundo Kardec (1995, p. 406) apregoa que: “O direito de viver é o primeiro de todos os direitos naturais do homem”. Ninguém pode atentar contra a vida de seus semelhantes.

De acordo com o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. (MAZZUOLI, 2005, p. 664).

A vida representa o mais sagrado dos direitos humanos. Ter direito à vida não é apenas viver ou deixar viver, mas é ter a existência resguardada até que o organismo humano cesse suas atividades biológicas. É poder nascer, viver, envelhecer e morrer com dignidade.

Para Silva *apud* Catão (2004, p. 160) a vida é:

[...] algo dinâmico, que se modifica constantemente sem perder a própria identidade. É, portanto, um processo vital que no ser humano se instaura com a concepção, evolui, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando de ser vida para ser morte.

A vida humana cumpre uma finalidade muito maior do que meramente a existência material. Muitos não conseguem perceber este desígnio, exigindo uma visão muito além da que a percepção materialista pode oferecer. Infelizmente, no mundo atual, onde predomina a superficialidade e as aparências, poucos são aqueles que conseguem preservar sua humanidade. As pessoas deixando-se contaminar pela frieza da tecnologia, do egoísmo e da coisificação da vida. Passou-se a considerar a vida humana como algo que pode ser facilmente descartado, assim como fazem com o lixo doméstico.

Koninck *apud* Mello (2005, p. 264) afirma que: “Todo ser humano, qualquer que seja ele, possui uma dignidade própria: ela está acima de todo preço e não admite qualquer equivalência, não tendo um valor relativo, mas um valor absoluto”.

A palavra vida possui uma infinidade de significados. Muitos autores entendem que é impossível defini-la corretamente. De maneira vaga, vida é tudo aquilo que não está morto. Popularmente, a vida é o início da existência, findando com a morte.

Ferreira (1994, p. 607), assim define o termo vida:

1. Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao

contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantém em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas, tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; 2. Existência; 3. O estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; 4. O espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

Muto e Narloch (2005, p. 57) observam que:

Ao lado de ‘paz’ e ‘amor’, ‘vida’ é uma daquelas poucas palavras capazes de provocar unanimidade. Quem pode ser contra? Amor e paz são conceitos cuja definição não desperta polêmica. Com ‘vida’ é diferente. Ninguém é capaz sequer de explicar o que é vida. [...] Em geral, nos contentamos em falar que vida é vida e pronto!

O Brasil, por ser um país regido por princípios democráticos, o direito à vida está assegurado constitucionalmente, sendo o fundamento de todos os demais direitos, tendo a vida neste país o caráter de inviolabilidade¹.

1.1 A da inviolabilidade da vida no Direito

Para que uma pessoa possa existir, necessário se faz que ela tenha vida. Todos os bens materiais perdem o valor, deixam de ter sentido, quando se perde a vida. Segundo afirmou o Papa João Paulo II *apud* Souza (1998, p. 68): “A vida é sempre um bem, possui um valor inviolável, uma inviolabilidade inscrita desde as origens no coração do homem”.

A vida é o bem principal de qualquer pessoa, é o primeiro valor moral de todos os seres humanos. Nenhum bem humano é superior à mesma. Nenhuma é diferente da outra. Independente de qualquer condição, ela é um bem inviolável e absoluto.

No Brasil, o princípio constitucional do direito à vida caracteriza-se por ser inviolável, assim sendo, de acordo com Alonso (2005, p. 398): “[...] se trata de princípio que não se pode infringir, que não se pode ou deve atacar, que deve estar ao abrigo de qualquer violência [...] enfim, é sagrado”. Pelo fato de, no Brasil, a inviolabilidade do direito à vida ser uma garantia constitucional, qualquer prática que venha colocar em risco ou eliminar uma vida humana nos limites de seu território é uma prática intolerável, sendo um crime contra o fundamento constitucional do país.

Para Catão (2004, p. 155-156):

A vida humana constitui o elemento primordial e estruturador da personalidade, na

¹ Inviolável: Que não se pode violar; indevassável; privilegiado. Juridicamente entende-se como: legalmente protegido contra qualquer violência e acima da ação de justiça.

medida em que a unifica e lhe permite desenvolver-se. Assim, a vida deve ser considerada em sua totalidade biológica, desde a concepção até a morte. E a tutela da personalidade humana individual implica na proteção, quer da vida humana pré-natal, quer da vida humana pós-natal, incluindo, nesse caso, toda a fase de crescimento e maturidade, até a morte.

Segundo o entendimento de alguns autores, o ser humano, já a partir da concepção no útero materno, como qualquer outro cidadão, deveria automaticamente se tornar objeto da tutela do Estado. Seus direitos de pessoa, entre os quais a inviolabilidade do direito à vida, careceria de ser rigorosamente respeitado.

Leite *apud* Catão (2004, p. 161) afirma que: “O direito à vida terá proteção estatal a partir do início da vida humana, e esta, por sua vez, tem início com a fecundação”.

O direito à vida, especialmente quando se refere ao nascituro², é uma questão que há muito vem gerando polêmicas. No Brasil, um dos pontos mais controversos se refere ao disposto no contexto do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), em especial quando o *caput* do mesmo artigo menciona “a inviolabilidade do direito à vida”. A discussão jurídica fica por conta se os não nascidos, isto é, aqueles cuja vida se encontra em processo de formação, também seriam destinatários do direito constitucional supramencionado.

De acordo com Bittar *apud* Catão (2004, p. 162):

O direito à vida se manifesta desde a concepção, sob condição do nascimento do ser com vida, permanecendo integrado à pessoa até a morte. Inicia-se como direito ligado à pessoa quando o nascituro, que também dispõe desse direito, ao ser liberado do ventre materno, passa a respirar autonomamente por meio do acionamento de um mecanismo respiratório próprio.

Para o autor supracitado, embora o direito dos nascituros esteja assegurado já a partir da concepção, sua personalidade civil e, conseqüentemente, o direito à vida que dela emana inicia-se somente a partir do nascimento, com vida.

Catão (2004, p, 163), entende que:

[...] o direito à vida começa a ser protegido pelo Estado desde a concepção, pois não resta dúvida de que desde a fecundação já existe um novo ser, com vida autônoma e que, como tal, necessita de amparo legal.

Para autor, não pairam dúvidas que, a partir da concepção, um novo ser humano passa a existir, com vida independente, necessitando do amparo da lei.

A humanidade, ainda que intuitivamente, sempre soube que a vida principiava no primeiro instante da concepção. Todavia, foi somente em 1875, graças ao desenvolvimento do

² Gerado, mas ainda não dado à luz; aquele que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se aguarda como fato certo e futuro.

microscópio eletrônico, por Otto Hertwig, que os cientistas puderam observar pela primeira vez o óvulo feminino sendo fecundado pelo espermatozoide, se inteirando do processo inicial da vida humana.

Segundo Alonso (2005, p. 399):

Só na segunda metade do século XIX os biólogos descobriram como acontecia a concepção: a penetração da cabeça do espermatozoide, portadora em seu nucleo de 23 cromossomos, e a conseqüente fusão desse nucleo com o do óvulo fecundado, também de 23 cromossomos, dando lugar a uma célula nova, o ovo ou zigoto, com o seu novo nucleo de 46 cromossomos.

Na contemporaneidade, por meio da extraordinária evolução da ciência genética, concluíram alguns cientistas que, desde o momento inicial da união entre a célula feminina (óvulo) e a célula masculina (espermatozoide), todo o patrimônio genético do novo ser humano já está determinado, ou seja, todas as suas características físicas e psíquicas já estão definidas, nada mais poderá alterar sua natureza.

Leite (1996, p. 9), observa que:

O embrião humano - fonte e origem da vida - até então escondido no seio da mulher, protegido pelos segredos da natureza que não permitiam o acesso indiscreto da curiosidade humana, passa a ser examinado, estudado e analisado cada vez melhor, desde a concepção, de modo que o 'mistério' antigo é revelado com uma precisão técnica que nos permite ver o caminho e o desenvolvimento no organismo materno.

Lejeune *apud* Aquino (2005, p. 11) diz que:

A embriologia moderna pode afirmar com segurança que o processo evolutivo embriológico é um processo contínuo, que vai desde o momento da concepção até ao momento do nascimento. [...] Por isso, o feto deve ser considerado geneticamente autônomo, único e irrepitível. [...] a vida humana começa no momento da fecundação do óvulo, uma vez que a célula que se origina contém já todas as características da pessoa.

Para o autor o que caracteriza um ser humano é o fato de ser ele membro da espécie humana. O fato de ser um embrião ou uma pessoa idosa não o faz mudar de uma espécie para outra, continua pertencendo à espécie humana.

Muito embora a humanidade tenha atingido patamares de desenvolvimento cultural, científico e tecnológico inimagináveis, a questão da interrupção voluntária da gravidez permanece sendo um tema polêmico, atormentando cientistas, juristas e a sociedade em geral. Para o Direito, por ter como desígnio a tutela da vida humana, esta matéria tem provocado discussões e reflexões infindáveis.

Rollim *apud* Leite (1996, p. 10) ressalta que:

Depois de ter ficado milênios escondido em uma espécie de mistério inacessível, o embrião humano tende, de todas as formas, a assumir, no meio da sociedade dos humanos, um lugar novo e original. Um lugar onde, tornando-se visível, tangível e acessível a todos, ele gera toda uma série de novos problemas.

Para alguns, a vida humana tem início a partir do momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide; outros afirmam que ela começa algumas semanas após a concepção, quando o feto passa a apresentar determinadas características humanas; há aqueles que, radicalizando, dizem que a vida principia com o nascimento do novo ser, com vida.

Aquino (2005, p. 8), diz que:

Se a vida não é defendida desde o ventre materno, a verdadeira civilidade perece, dando lugar à barbárie, ainda que transvestida de civilidade. [...] Ou a vida está acima de qualquer motivo, ou, dentro em breve, qualquer justificativa será suficiente para se eliminar a vida.

Ao ser questionado sobre a dúvida referente ao fato do produto da união inicial da célula feminina e masculina ser ou não ser considerado humano, assim como qualquer outra pessoa já nascida, Nathanson *apud* Aquino (2005, p. 83) veementemente afirma que: “[...] não pode ser outra coisa. Da fecundação de um óvulo por um espermatozoide não pode resultar nem uma planta nem um elefante. É um novo ser humano como os seus pais”.

Afinal, quando começa a vida humana, antes ou após o parto? No Brasil, a interrupção voluntária da gravidez viola o que vem disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal³ sobre a inviolabilidade do direito à vida?

1.2 Proteção jurídica ao direito à vida

Desde os primórdios da civilização humana, através de suas legislações, os povos têm disciplinado sobre o direito à vida, especialmente quando a ação do homem envolve sua violenta interrupção. O conjunto de normas legais para penalizar os crimes contra a vida tem oscilado de acordo com a época e a cultura de cada povo.

No Brasil, a proteção jurídica ao direito à vida envolve temas polêmicos, tais como: o homicídio, o suicídio, o infanticídio, dentre outros não menos controversos, como por exemplo, o aborto.

Sobre os crimes contra a vida, especificamente em relação à interrupção

³ Art. 5º, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

voluntária da gravidez, as indagações ao longo da história tem sido as mesmas, ou seja: o que fazer em relação aos nascituros? São eles seres humanos? Têm vida? Têm direito à vida? Devem ser tutelados pelo Estado? Como protegê-los? Leite (1996, p. 10), faz o seguinte questionamento: “[...] Como definir, neste terreno, os limites entre o justo e o injusto, entre o bem e o mal?”.

Para o ordenamento jurídico, é de grande relevância que haja uma definição clara sobre o início da vida humana, ou seja, o momento exato em que o ser humano em processo de formação passa a ser considerado possuidor de vida, ganhando personalidade jurídica, possível de ser tutelada.

1.2.1 Na Constituição Federal

Nos países democráticos, as normas constitucionais trazem em seu contexto os princípios máximos para regular a vida em sociedade, devendo ser tais princípios rigorosamente obedecidos, os quais devem se reportar todas as demais legislações.

No Brasil, a Constituição Federal (Brasil, 1988) não recepcionou a doutrina de proteção à vida desde a concepção. Contudo, o legislador constitucional, por meio dos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, inseriu entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, afirmando ainda que todos são iguais perante a lei, garantindo a todos a inviolabilidade do direito à vida.

O legislador constitucional, objetivando proteger a vida humana, dentre outros direitos, faz especial referência ao princípio da dignidade humana, resguardando a inviolabilidade do direito à vida, garantindo a igualdade, a liberdade e a segurança pessoal.

Sobre a vida, Silva *apud* Catão (2004, p. 162) diz que ela:

Artigo 1º - 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;

[...]

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

[...] constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No

conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...] o direito à privacidade [...] o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

Muito embora a Constituição Federal (Brasil, 1998) não faça referência direta à tutela jurídica ao nascituro, ela protege expressamente a maternidade e a priorização dos direitos da infância.

Sobre o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, Aquino (2005, p. 49) diz que:

[...] ele está protegido por aquilo que o Direito chama de causa ‘Cláusula Pétreá’; isto é, não pode ser modificado por uma emenda constitucional, mas apenas por uma nova Assembleia Constituinte, tal a sua importância. Seria, portanto, inconstitucional, uma lei que, direta ou indiretamente, permitisse violar o direito à vida em uma determinada fase de sua existência, no caso, na gestação.

Entendem alguns doutrinadores que, pelo fato da Constituição Federal (Brasil, 1988), ao se referir no *caput* do artigo 5º sobre a garantia da “inviolabilidade do direito à vida”, este trecho não ter vindo acompanhado da expressão: desde o momento da concepção, a questão do aborto permaneceu em aberto, dando margem à sua regulamentação jurídica, mesmo nos casos em que este continua sendo crime.

Em contrapartida, em suas cláusulas imutáveis do mesmo artigo 5º, *caput*, a Constituição Federal (Brasil, 1988), ao determinar que todos são iguais perante a lei, garantindo a inviolabilidade do direito a vida para todos. E ainda, ao afirmar no parágrafo 2º, inciso LXXVII, do mesmo artigo, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, entendem alguns juristas que a inviolabilidade ao direito à vida se estende também aos nascituros, isto porque o Brasil é signatário de vários tratados internacionais relativos aos Direitos Humanos, os quais preceituam que a vida é inviolável.

O principal deles é o Pacto de São José da Costa Rica, que entrou para o ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto legislativo nº 27, de 25/09/1992, sendo promulgado pelo Decreto 678, de 06/11/1992, que, em seu artigo 4º afirma que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (MAZZUOLI, 2005, p. 664). Com força de norma constitucional, o referido pacto deve ser obedecido por todas as demais legislações do país.

1.2.2 No Código Civil

A finalidade da legislação civil é garantir o bem comum das pessoas, através do reconhecimento e defesa dos seus direitos fundamentais, da promoção da paz e da moralidade pública.

Desde o final do século XIX, através de comprovações científicas realizadas por meio da biologia⁴ e da embriologia⁵, tornou-se público o fato de que a vida humana tinha início a partir da concepção. O Brasil, adotando tais princípios, através do Código Civil de 1916, tratou de resguardar os direitos dos nascituros.

Também o Código Civil em vigor (Brasil, 2002), por meio do artigo 2º, manteve a mesma proteção. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Apesar do Código Civil (Brasil, 2002) não reconhecer o nascituro como pessoa, considera-o como perspectiva de vida humana, possuindo expectativa de direito. Deste modo, desde o seu primeiro instante de vida intrauterina, a legislação civil põe a salvo seus direitos, podendo este, por exemplo, ajuizar ações judiciais necessárias à sua proteção, tais como: ação de alimentos contra seu pai e ação de reconhecimento de paternidade, e ainda, ser herdeiro em um testamento, dentre outros.

1.2.3 No Código Civil

O Código Civil em vigor consagrou o respeito e a proteção jurídica necessária ao nascituro, devendo a lei prever sanções penais apropriadas para a violação deliberada aos seus direitos.

1.2.4 No Código Penal

Artigo 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

[...]

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

[...]

Artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Artigo 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

⁴ Ciência que trata dos seres vivos e de suas relações.

⁵ Estudo do embrião em sua fase de desenvolvimento.

O Código Penal dispõe sobre o conjunto de normas empregadas pelo Estado para prevenir ou reprimir determinadas condutas, estabelecendo os princípios gerais e as implicações para a aplicação das penas e das medidas de segurança.

O objetivo do Direito Penal é atuar como ultima alternativa, quando todos os outros métodos se mostraram falhos, movimentando-se apenas para a defesa extrema dos bens jurídicos penais, deixando que os outros ramos do Direito e a sociedade civil resolvam de forma menos traumática os esperados conflitos sociais. Sua finalidade é tutelar os bens jurídicos reconhecidos pelo Direito, dentre eles, a vida humana.

Para o Direito Penal, a vida também é um direito inviolável, não admitindo sua interrupção em nenhuma hipótese, seja da pessoa adulta, por meio do homicídio; dos recém-nascidos ou nascituros, através do infanticídio ou aborto; rejeitando também a ideia de que uma pessoa venha a colocar fim à sua própria vida, através do suicídio, punindo-se, nestes casos, a ação de induzimento ao ato.

Jesus (2001, p. 13), ressalta que: “O legislador protege a pessoa humana desde a sua formação. [...] a tutela penal ocorre antes mesmo do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto”. Um crime que atenta contra a vida, de acordo com os princípios do Direito Penal, constitui-se em lesão ao valor jurídico denominado vida humana.

De acordo com França (1998, p. 139):

A vida humana é o bem mais fundamental e o Estado garante essa integridade como um interesse acima de todos os outros. Essa proteção não visa apenas ao interesse do próprio indivíduo, mas, antes de tudo, ao interesse ético-político da coletividade. Assim, desde o momento da fecundação, começa o Estado a guardar essa vida com o rigor da sanção punitiva. O bem jurídico protegido é a vida humana em qualquer circunstância e em qualquer fase de seu desenvolvimento. Dessa maneira, toda ameaça à integridade física ou à saúde do homem é, antes de mais nada, um ato ilícito [...].

No Código Penal brasileiro, o direito à vida e as referidas punições referentes aos crimes cometidos contra a mesma encontram-se dispostos na parte especial, título I, capítulo I - Dos crimes contra a vida -, onde estão previstos os crimes de: homicídio; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto.

Segundo Jesus (2001, p. 15) os elementos subjetivos ou normativos desses crimes, podem ser: “1º) dolosos⁶; 2º) culposos⁷; e 3º) preterdolosos ou preterintencionais⁸”.

⁶ É o crime voluntário, ou seja, aquele em que o autor teve a intenção maldosa de produzir o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

⁷ É o crime que teve como causa a imprudência, negligência ou imperícia do agente, se prevista e punida pela lei penal.

⁸ É a designação que se dá ao crime que resultou da ação criminosa do agente, mas que ultrapassou os objetivos visados por ele. É o resultado não desejado pelo agente, ou que excedeu à sua intenção criminosa.

Dos crimes acima elencados, são considerados dolosos: o homicídio simples, o homicídio privilegiado e o homicídio qualificado; o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; o infanticídio; o auto aborto, o aborto provocado sem ou com o consentimento da gestante. Culposos denominam-se: o homicídio culposo simples ou qualificado. Já o aborto qualificado pela lesão corporal grave ou morte possui a forma típica preterdolosa.

Eis os crimes contra a vida dispostos no Código Penal, em sua parte especial, título I - Dos crimes contra a pessoa, capítulo I - Dos crimes contra a vida:⁹

⁹ Homicídio simples

Artigo 121 - Matar alguém:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º - Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Homicídio culposo

§ 3º - Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aumento de pena

§ 4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos ou maior de 60 (sessenta) anos⁹.

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Artigo 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Infanticídio

Artigo 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Artigo 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Artigo 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Artigo 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

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

Artigo 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Aumento de pena I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

De acordo com Catão (2004, p. 164):

O Direito Penal considera que o ser humano não vive exclusivamente para si. E é de grande interesse para o Estado que o indivíduo seja conservado, visto que é da somação de seres humanos que decorre a sociedade civil, e esta, por sua vez, colabora em benefício da coletividade em geral.

É justamente objetivando proteger e preservar a vida humana que o Direito Penal pune tudo aquilo que interrompe ou ameaça por fim ao processo vital humano. A intenção é punir para que os atos criminosos não venham a se repetir.

2 O Aborto

A prática do aborto, considerada por muitos como um ato imoral, desumano e abominável, foi bastante difundida pelos povos da antiguidade. Desde os primórdios da civilização humana as mulheres se vêem em situações em que não desejam ou não podem levar uma gestação a termo. Contudo, interesses políticos, econômicos e religiosos sempre prevaleceram em relação ao seu direito de decisão.

Hercules (2003, p. 410) afirma que:

A prática do aborto parece ser tão antiga quanto a Humanidade. Entre os motivos que levam as mulheres a procurá-lo, podem ser enumerados vários, tais como os de ordem econômica, social, eugênica, sentimental e terapêutica. Tem sido buscado para esconder gravidez legítima de mulheres solteiras e de adúlteras. Por causa da liberação dos costumes, tem sido usado para impedir que adolescentes cheguem à mesa de parto. Assim, de um modo geral, o aborto é provocado para resolver problemas individuais relacionados com essas situações.

2.1- O Aborto na história da humanidade

Na antiga Grécia, Aristóteles, filósofo grego (384 a.C. - 322 a.C.), aconselhava o aborto como método eficaz para limitar o número de nascimentos, impedindo dessa forma que a população aumentasse além da demanda de alimentos.

De acordo com Azambuja (2003, p. 474):

O aborto, ao longo da história e das diferentes culturas, passa por alterações no que diz respeito à sua aceitação social e moral, assim como ao caráter de licitude, observando-se, em muitos momentos, uma direta relação de sua utilização com o controle da natalidade.

Platão, filósofo grego (428/27 a.C. - 347 a.C.), por sua vez, objetivando controlar o aumento populacional e ainda preservar a raça dos guerreiros gregos, afirmava que o aborto deveria ser obrigatório para as mulheres que concebessem após os quarenta anos de idade, isto por serem estas mais propensas a gerarem filhos com algum tipo de anomalia.

Segundo Muto e Narloch (2005, p. 58):

Platão, um dos pais da filosofia, defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a ideia de que os casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período.

Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

Na Roma antiga, dependendo da época, o aborto foi admitido ou determinadamente proibido. Nos primeiros tempos da República, quando a taxa de natalidade era elevada, foi bem tolerado. A partir do Império, a legislação começou a recriminá-lo.

Sem se preocupar com as leis, tanto a população romana quanto a grega praticava o aborto sem muitos questionamentos. A legislação impunha maiores restrições apenas quando o ato era praticado sem o consentimento do progenitor. Segundo Azambuja (2003, p. 474), estes povos entendiam que o feto “não era um ser autônomo, mas parte das vísceras maternas, considerado, na época, como uma coisa não pertencente à humanidade”.

No segundo século após o advento do cristianismo, em Roma, com o decréscimo da taxa populacional, severas leis antiabortivas foram aprovadas. De acordo com Séguin *apud* Azambuja (2003, p. 474), além de aumentar o índice populacional, estas leis objetivavam “[...] estancar a decadência moral e fortalecer a nação”.

Para os antigos gauleses, povos que habitavam os territórios que hoje compreende a França, algumas partes da Bélgica, da Alemanha e o Norte da Itália, o aborto era considerado um direito natural do progenitor, chefe supremo da família, detentor do livre arbítrio sobre a vida ou a morte dos filhos nascidos ou ainda no ventre materno.

Entre os povos hebreus da antiguidade, punia-se o homem que ferisse mulher grávida, fazendo-a abortar. O agressor era obrigado a pagar uma multa ao marido da vítima diante dos juízes. Se a gestante, em consequência dos ferimentos, viesse a falecer, aplicava-se ao culpado a pena de morte. De acordo com Séguin *apud* Azambuja (2003, p. 474), para este povo, a eliminação do feto era admitida somente “se o parto fosse laborioso, com conseqüente risco de vida para a genitora”.

Mesmo após o advento do cristianismo, dependendo da circunstância, permitia-se o aborto quando se constatasse extrema miséria ou envolvesse questão de honra. A partir do ano de 1869, quando a Igreja Católica declarou que a alma, desde o momento da concepção, era parte do feto, foi que, para a doutrina cristã, o ato abortivo passou a ser considerado crime contra os princípios cristãos, sendo definitivamente condenado. Posição mantida até os dias atuais. Azambuja (2003, p. 475), diz que: “[...] a Igreja Católica mantém a condenação ao aborto, por infringir um de seus mandamentos e por impedir o batismo do feto”.

A partir do século XIX, mesmo com a posição contrária da Igreja Católica e o poder que a mesma possuía na época, a prática do aborto expandiu-se consideravelmente,

principalmente entre as classes populares. Tal fato originou-se, sobretudo, em consequência do crescente êxodo de pessoas que saíam do campo para habitar as grandes cidades, deteriorando de forma considerável a qualidade de vida, aumentando a miséria e a imoralidade.

Deste modo, em plena Revolução Industrial, o aborto passou a significar grave ameaça para a classe dominante, já que sua prática estava se tornando tão costumeira que a população passou a decrescer de maneira drástica, diminuindo a oferta de mão de obra barata, tão necessária para a expansão das indústrias. O fato se tornou tão grave que muitos países europeus passaram a elaborar rígidas leis antiabortivas.

No princípio do século XX, em várias partes do planeta, acontecimentos históricos deram origem a importantes alterações nas legislações que dispunham sobre a questão do aborto. Como exemplo, na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), após a histórica Revolução Socialista de 1917, o aborto deixou de ser concebido como crime, tornando-se um direito da mulher.

Após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), alguns países, sobretudo aqueles que sofreram grandes perdas humanas por ocasião desse conflito, viram-se na necessidade de optar por uma política objetivando o aumento da população. Assim sendo, foram impostas severas leis antiabortivas. Na França, por exemplo, além do aborto, proibiram-se todos os métodos contraceptivos.

Ao longo dos anos trinta, século XX, com a ascensão do movimento nazista, na Alemanha, e fascista, na Itália, objetivando o que seus líderes denominaram como: criarem filhos para a pátria, elaborou-se rigorosas leis antiabortivas, tornando-o um crime contra a nação, passando, em determinadas circunstâncias, a ser punido com a pena de morte. Apesar disso, a Alemanha, nesse mesmo período, foi a precursora da prática do aborto eugênico.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), leis antiabortivas continuaram a ser criadas e aplicadas com bastante rigor. Contudo, a partir do final dos anos sessenta e início da década de setenta, em virtude da evolução dos costumes, da liberação sexual, da nova posição da mulher na sociedade e dos movimentos feministas, houve uma forte tendência para a liberalização do aborto em vários países.

A primeira conquista histórica em prol do aborto aconteceu nos Estados Unidos da América, no início dos anos setenta, onde a Suprema Corte Americana determinou que a interrupção da gravidez até o primeiro trimestre de gestação apresentava poucos riscos à saúde da mulher. Na época, os juristas americanos entenderam, também, que as leis

antiabortivas contrariavam o direito constitucional à privacidade, e que a palavra pessoa, presente no texto constitucional daquela nação, não se referia aos não nascidos. A partir de então, o aborto foi liberado nos Estados Unidos da América, influenciando, como de costume, outras nações a fazerem o mesmo.

No Brasil, o Código Penal em vigor somente permite a prática abortiva em duas circunstâncias especiais. Ainda no presente, a matéria é pouco discutida, e quase sempre rejeitada pela maioria da população. Sempre que o assunto entra em pauta impera posições altamente radicais pró ou contra o aborto. Tais atitudes sejam elas favoráveis ou contrárias, tem impedido uma ponderada reflexão por parte da sociedade brasileira sobre a questão.

2.2 Conceito de aborto

Diversos autores têm apresentado suas próprias opiniões acerca do aborto, às quais, através do tempo, vêm se convertendo em conceitos acolhidos pelos estudiosos do Direito e por aqueles interessados pelo tema em geral.

Sob o ponto de vista jurídico, há divergências quanto ao modo de conceituá-lo. Afirmam alguns que o aborto é a expulsão prematura, violenta e propositadamente provocada do feto, não considerando a hipótese em que haja aborto sem que o produto da concepção seja expulso; preceituam outros que o aborto é a morte dolosa do feto no útero ou sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo.

Consideram alguns que o aborto é a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto.

Para Mirabete (2005, p. 93):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Mirabete (2005, p. 20) diz ainda que:

O aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento etc.) ou provocado (aborto criminoso). As causas do aborto criminoso podem ser de natureza econômica (mulher que trabalha, falta de condições para sustentar mais um filho etc.), moral (gravidez extra matrimônio, estupro etc.), ou individual (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade etc.).

O aborto pode ser resultante de causas naturais, como o estado precário de saúde da gestante, ou acidentais, como quedas violentas ou movimentos bruscos. Pode, também, ser consequência de ação voluntária, provocada pela gestante ou por terceiros durante a gravidez, ou seja, antes do parto. Para o Direito Penal, esta é a hipótese abortiva que mais interessa.

Abortamento ou interrupção da gravidez é a morte espontânea ou provocada de um embrião ou de um feto antes do final do seu desenvolvimento normal. O processo é também chamado aborto, embora em termos científicos esta palavra designe apenas o resultado da ação, isto é, o embrião ou o feto expulso do ventre materno.

Para designar o ato de abortar, a ciência opta por utilizar o termo: abortamento, uma vez que a palavra aborto se refere basicamente ao produto da interrupção da gravidez. Todavia, no meio jurídico, adotou-se como sendo mais adequado o termo aborto, já que a palavra é largamente utilizada na linguagem popular.

Para Eça (2005, p. 544): “Aborto é a interrupção da gravidez antes do termo normal, provocando a morte do produto da concepção”.

Para Silva (2002, p. 5) o aborto é a:

Expulsão prematura do feto ou embrião antes do tempo do parto. Se a expulsão do feto ocorre por meios violentos, mostra-se crime punível pela lei penal. É aborto provocado. No entanto, mesmo provocado, o aborto não se apresenta crime, sendo legal se: a) não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) a gravidez resulta de estupro e é precedido do consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.

Sobre o aborto, assim preceitua Diniz (2006, p. 34):

Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o aborto seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o parto prematuro ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade.

Para Jesus (2001, p. 119): “O aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto. [...] pode ser natural, acidental, criminoso, legal ou permitido”.

De acordo com o conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS) *apud* Rocha e Andalaft Neto (2003, p. 258): “O abortamento deve ser considerado como a interrupção voluntária ou não da gravidez até a vigésima semana ou com um conceito pesando menos que

500 gramas (nos casos em que a idade gestacional é desconhecida)”.

As motivações que levam à prática do aborto são muitas, dentre elas destacam-se: o estupro, doenças diagnosticadas na gestante ou no nascituro, situação socioeconômica difícil, adolescentes que engravidam e, por temerem a reação da família procuram eliminar o feto.

Cada nação possui um modo próprio para conceituar e legislar sobre o aborto. No Brasil, a legislação penal prevê casos em que sua prática não é criminosa, ou melhor, não é penalizada.

Sobre o aborto criminoso, alguns autores se expressam da seguinte forma:

França (1998, p. 223) diz que:

A destruição de uma vida intrauterina até os instantes que precedem o parto constitui crime de aborto. Assim, aborto criminoso é a morte dolosa do ovo. Entende-se por ovo, em Medicina Legal, o produto normal da concepção até o momento do parto. Esse conceito, como é claro, difere do de Obstetrícia, para a qual após o sétimo mês é considerado parto prematuro e que, antes desse período, classifica o aborto em ovular, embrionário e fetal.

Carrara *apud* França (1998, p. 224), afirma que aborto criminoso é: “[...] a morte dolosa do ovo no útero materno, com ou sem expulsão, ou a sua expulsão violenta seguida de morte”. Garimaud *apud* França (1998, p. 224) diz que aborto criminoso é a “cessação prematura e dolosa da gravidez, ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem aparecimento dos fenômenos expulsivos”. Independente de ser o aborto criminalizado ou meramente tolerado pela justiça humana, Guimarães *apud* Aquino (2005, p. 37) conceitua-o como sendo: “a morte de um ser humano vivo e inocente, assim, ou se está a favor da vida ou não se está”.

2.3 O aborto na legislação comparada

Diante da inviolabilidade do direito à vida, envolvendo diretamente a histórica questão do aborto, necessário se faz observar como outras nações tratam de tema tão complexo em suas legislações.

Aquino (2005, p. 8) afirma que:

Em todos os países que despenalizaram o aborto, o número de abortos aumentou. E com o aumento do número de abortos aumentou também, exponencialmente, o número de mulheres que carregam problemas psicológicos e traumatismos graves pelo fato de terem tomado a decisão de abortar.

A maior parte da população do planeta vive em países com legislações bastante liberais no que se refere ao aborto.

Na China, o país mais populoso do mundo, o bizarro controle demográfico adotado para conter a elevadíssima taxa de natalidade faz parte de uma estratégia fundamental do governo comunista que administra esta nação.

O Japão, apesar de não restringir a interrupção voluntária da gravidez, proíbe radicalmente as pílulas anticoncepcionais, resultando em uma elevadíssima taxa de aborto.

Na Inglaterra, a liberalização do aborto, em 1967, foi considerada um marco histórico, influenciando muitas outras nações europeias a fazerem o mesmo.

Nos Estados Unidos, em 1973, numa decisão histórica da Suprema Corte deste país determinou que, até o sexto mês de gestação, a decisão de abortar seria de inteira responsabilidade da mulher, resolução mantida até o momento.

Em Portugal, nação de grande tradição católica, a interrupção voluntária da gravidez é um crime punido com até 3 (três) anos de prisão. No ano de 1998, realizou-se neste país um referendo popular para decidir sobre a legalização do aborto. O não à despenalização venceu por esmagadora maioria dos votos dos eleitores.

Na França, país tradicionalmente liberal, onde a população apresenta um elevadíssimo nível cultural, o aborto foi legalizado em 1975, sendo permitido até à décima semana de gravidez, exigindo-se, antes disso, que a gestante receba o aconselhamento de profissionais especializados. Após a décima semana de gestação, para a consumação do ato abortivo, é necessário que dois médicos certifiquem que a mulher corre risco de morte, ou então, que a criança comprovadamente irá nascer com algum tipo de deficiência.

Na Alemanha, o aborto é permitido até o terceiro mês de gestação, exigindo-se apenas que, antes de tomar a decisão final, a gestante passe por uma entrevista com um conselheiro especializado.

Na Áustria, o aborto é consentido desde o ano de 1975, até o terceiro mês de gestação. Após este período, a prática abortiva é admitida em determinadas circunstâncias especiais, tais como: em caso de risco de morte ou dano irreversível à saúde da gestante; na hipótese da mulher ser menor de quatorze anos no momento em que se tornou grávida; ou quando a criança, ao nascer, venha a apresentar algum tipo de anomalia.

Na Suíça, o aborto é permitido até a décima segunda semana de gestação. No entanto, para a realização do ato abortivo, a mulher deve alegar encontrar-se em situação de risco de morte, além de ser obrigada a receber exaustivas orientações psicológicas antes de se submeter à intervenção abortiva.

Na Suécia, a primeira legislação pró-aborto foi criada em 1938, prevendo que o mesmo seria legal caso houvesse razões médicas, humanitárias ou eugênicas. A legislação atual deste país, em vigor desde 1974, afirma que até a décima segunda semana de gestação, não importando as razões, a decisão de abortar é livre e de inteira responsabilidade da mulher.

Em Cuba, após a revolução socialista de 1959, o aborto passou a ser permitido até o final do terceiro mês de gestação, não importando os motivos. Estima-se que cerca de quarenta por cento das gestações neste país terminam em aborto.

O Chile, em 1989 e El Salvador, em 1997, segundo Aquino (2005, p. 45): “eliminaram por completo os casos de impunibilidade do aborto, inclusive o do chamado aborto ‘terapêutico’, ou seja, aquele realizado a pretexto de salvar a vida da gestante”.

2.4 Previsão jurídica para a prática do aborto no Brasil

No Brasil, no que se refere à legislação penal, vigorou aqui as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, tendo sido esta última a de maior relevância. A partir de então, seguiu-se o Código Criminal do Império de 1830, o Código Penal Republicano de 1890 e a Consolidação das Leis Penais em 1932.

Na época da vigência do Código Criminal do Império de 1830, punia-se apenas o aborteiro, ou seja, aquele que realizava o ato abortivo, impondo pena variando entre 1 (um) a 5 (cinco) anos. Na hipótese de ser executado sem o consentimento da gestante, a pena era duplicada. Segundo Azambuja (2003, p. 476): “A mulher era isenta de punição”.

No Código Penal do Império, segundo Hercules (2003, p. 415):

[...] 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.

O primeiro Código Criminal da República, de 1890, seguiu a mesma orientação do Código Criminal do Império, considerando como crime qualquer forma de aborto, prevendo penas severas para a prática ou cumplicidade com o ato de abortar, não trazendo nenhuma indicação legal para a interrupção da gravidez. A partir da vigência do referido Código, a possibilidade de punição pela prática do aborto estendeu-se também à mulher, havendo, no entanto, a possibilidade de redução da pena caso esta tenha praticado o ato objetivando ocultar desonra própria.

Para o Código Penal brasileiro, em vigor desde 1940, há três modalidades de aborto, a saber: o aborto provocado pela gestante; o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante; e, o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante. Em duas situações o legislador penal entende como lícita a prática do ato abortivo. Segundo Azambuja (2003, p. 476), são elas:

[...] quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal, conhecido como aborto sentimental; e, quando não há outra forma de salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário ou terapêutico.

O aborto pode ser legal, quando a lei extingue sua punibilidade, abrangendo o aborto necessário e o sentimental; ou criminoso, consistindo na interrupção da vida intrauterina normal, em qualquer de suas fases evolutivas, haja ou não expulsão do produto da concepção do ventre materno. Tal crime pode ser classificado como doloso ou preterdoloso. Segundo Diniz (2006, p. 37):

Admite-se a modalidade culposa se houver interrupção não intencional da gestação por culpa, ou seja, negligência ou imperícia do médico, gerando responsabilidade civil médica, desde que o médico tenha conhecimento da gravidez, pois, caso contrário, configurar-se-á o crime do artigo 129, § 2º, V, do Código Penal¹⁰. Será doloso se houver intenção de interromper o ciclo gravídico, com destruição do feto, constituindo causa geradora de responsabilidade penal, ou preterdoloso, caso em que o crime é qualificado pelo resultado culposo, advindo de aborto dolosamente provocado, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave causados na gestante.

Segundo Azambuja (2003, p. 483):

Tratar do tema aborto, em qualquer de suas situações, gera angústia e sofrimento. Contudo, a maior carga de dor, ao certo, está reservada às mulheres, em cujo útero habita o ser, ao se depararem com o dilema que nasce com a possibilidade de interromper uma gravidez, ainda que indesejada.

“Artigo 129 – Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

[...]

§ 2º - se resulta:

[...]

V – aborto:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

3. A legalidade do aborto

O Código Penal brasileiro em vigor prevê a prática legal do aborto em duas hipóteses: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez é resultante de estupro¹¹. Muito embora não seja ainda acolhido pela legislação penal, segundo Santiago (2000, p. 282): “Alguns juízos e tribunais já admitem o aborto no caso de deformidade grave, incurável e anomalia que não permita perspectiva de sobrevivência prolongada para o bebê”.

3.1 Tipos de aborto considerados legais

Considera-se aborto legal aquele que pode interromper a gravidez em qualquer fase de sua evolução: ovo, embrião ou feto. O mesmo é permitido em dois casos: o necessário ou terapêutico, quando não há outro meio para salvar a vida da gestante; e, o sentimental, humanitário ou moral, realizado para interromper gravidez resultante de estupro.

Sobre o aborto legal, Santiago (2000, p.280), afirma que:

[...] o Código Penal conseguiu brilhantemente definir os casos extremos em que se deve aceitar o abortamento. O artigo 128, que trata deste assunto deixa margem ao aplicador da lei para que ele faça uso de sua consciência, sem que se possa afastar dos princípios éticos gerais. [...] a primeira permissão justifica-se no fato de que, em alguns casos, a vida da mãe pode estar em perigo se continuar a gravidez. Um desses casos é o da gravidez ectópica. Esta ocorre quando o óvulo fecundado não desce até o útero, mas se implanta nas trompas de falópio e ali começa a desenvolver-se. O embrião não tem chance de crescer, até a viabilidade, e no decurso de seu crescimento, causará ruptura com hemorragia, pondo em perigo a vida da mãe. [...] Para livrar o médico da difícil escolha entre duas vidas, o legislador interveio e optou pela vida da mãe. [...] No caso de estupro, alguns defendem que aí estaria preservando-se a saúde mental da mãe em detrimento da vida humana, que é um valor maior. Entretanto, a mulher cuja gravidez é causada por estupro é uma vítima de violência cruel e desumana. Seria ainda mais doloroso para ela conceber um ser que será sempre tido como fruto de uma agressão a sua integridade física, o que poderá trazer até mesmo grandes malefícios de ordem psicológica para a própria criança.

Em ambos os casos de aborto acima referidos, para que possa ser caracterizado como legal, o ato abortivo deve ser realizado por médico e, somente por este profissional,

¹¹ Conjunção carnal forçada, alcançada por meio de violência.

desde que haja o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

3.2 Aborto terapêutico

O aborto terapêutico ou necessário é permitido pela legislação penal brasileira, quando praticado por médico, com o único objetivo de salvar a vida da gestante, quando esta está correndo iminente risco de morte.

Assim dispõe o inciso I, do artigo 128 do Código Penal: “Não se pune aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

De acordo com o artigo 128 e inciso I do Código Penal em vigor, no que se refere ao aborto necessário, para que o ato seja isento de pena, exige-se a condição subjetiva de ser praticado por médico, e a forma objetiva de não haver outro meio de salvar a vida da gestante.

Sobre o aborto terapêutico, assim preceitua Diniz (2006, p. 36):

o aborto terapêutico abrange duas modalidades: o aborto necessário, permitido por lei e praticado por médico, com ou sem o consenso da gestante, desde que não haja outra alternativa para salvar sua vida, que corre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial. [...] e o aborto para evitar enfermidade grave, ou seja, para impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante. Somente o aborto necessário é permitido legalmente, subsistindo o delito penal e a aplicação da pena cabível quando se interrompe o ciclo gravídico com o escopo de preservar a saúde da gestante.

Muitas mulheres, por problemas de saúde diversos, sob pena de virem a falecer, não podem levar uma gestação a termo, contudo, muitas vezes, apesar dos métodos contraceptivos, acabam por engravidar. Nesse caso, segundo Eça (2005, p. 545), pratica-se legalmente o aborto necessário, objetivando “salvar a vida da gestante”.

Outras vezes, há situações em que o médico constata que a continuação da gravidez, embora não ameace de imediato a vida da gestante, colocará em risco sua saúde ou a integridade de suas funções vitais. Por exemplo, a gestação poderá vir a causar um episódio de hipertensão arterial, podendo provocar um acidente cerebral com consequências inesperadas. Contudo, mesmo na ocorrência desta hipótese, a prática do aborto configura-se como crime, uma vez que, segundo Jesus (2001, p. 128): “O aborto necessário só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar a saúde”.

Para a legislação penal, o aborto terapêutico fundamenta-se exclusivamente na situação de vida ou morte da gestante. O aborto somente é autorizado diante da provável

morte da gestante, em decorrência do processo de gravidez. Não basta o diagnóstico de que ela corre risco de vida ou que seu estado de saúde possa vir a sofrer danos irreversíveis. Interpretada literalmente, a lei só admite o aborto quando ficar evidenciado que a gestante não sobreviverá sem a interrupção da gravidez. Somente nesta hipótese extrema é que poderá haver o aborto legalmente aceito.

França (1998, p. 225), sobre o aborto terapêutico, assim preceitua:

O aborto realizado pelo médico para salvar a vida da gestante, chamado terapêutico, encontra guarida no estado de necessidade, quando, para se salvar a vida da mãe, cujo valor é mais relevante, sacrifica-se a 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 de um bem menor. Cada dia que passa, tão grande tem sido o avanço das ciências médicas que as indicações do aborto terapêutico diminuem, tornando raras as indicações indiscutíveis.

Para alguns, o inciso I do artigo 128 do Código Penal traz em seu contexto um rigor inadmissível quando prevê o aborto somente para salvar a vida da gestante e não em detrimento de sua saúde. Contudo, os tribunais ultimamente têm procurado atenuar a severidade de tal exigência legal. Com o avanço da medicina, reduziram-se drasticamente os casos em que a gestante venha correr risco de vida ou mesmo prejuízo sério à saúde por conta de uma gravidez arriscada. Isto fez com que a hipótese legal em análise raramente se manifeste.

Segundo França (1998, p. 226), em determinadas condições, a legalidade do aborto terapêutico “[...] independe do consentimento da gestante ou de terceiros, pois essa prática pode estar circunstanciada de tal gravidade que a lei já a ampara plenamente e a Medicina conceitua como de indispensável intervenção”. Assim, constatada a probabilidade de morte, está o médico legalmente autorizado a intervir para interromper a gravidez, por meio do aborto, sem nem mesmo depender de prévia autorização da gestante ou, eventualmente, de seu representante.

Segundo Hercules (2003, p. 417): “A recusa da gestante em fazer o aborto não deve ser considerada se existir o ‘imminente perigo de vida’ a que alude o § 3º do artigo 146¹² do Código Penal”. No entanto, ao realizar o aborto, é aconselhável que o médico faça um

12 Artigo 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]

Aumento de pena

[...]

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por imminente perigo de vida;

[...]

relatório cirúrgico em 3 (três) ou 4 (quatro) vias, guardando uma cópia consigo; uma outra devendo ficar no arquivo do hospital, e, na hipótese de haver um auxiliar nesse estabelecimento de saúde, com este também deverá ficar uma outra cópia; e, por final, o profissional médico deverá encaminhar uma cópia ao Conselho Regional de Medicina.

O médico, para a realização do procedimento abortivo, não necessita de autorização judicial, pois a situação equipara-se a de uma intervenção cirúrgica necessária e, portanto, pode o profissional praticar o aborto quando diagnosticar que terminantemente não há outro meio para salvar a vida da gestante. Além disso, o próprio dispositivo penal dispensa qualquer espécie de autorização.

Sobre fato do médico não necessitar de autorização judicial para a prática do aborto necessário, Diniz (2006, p. 36) preceitua que:

Há quem ache que, nessa hipótese, o médico, antes de proceder à intervenção cirúrgica, deverá obter autorização do magistrado, enquanto outros, com razão, asseveram que seria de bom senso apenas uma confirmação de colegas de reconhecida idoneidade do sério risco de vida que corre a gestante.

Para a realização do aborto terapêutico, como forma de segurança contra futuros processos, o médico deverá documentar toda a evolução do caso por meio de registro periódico dos dados clínicos e dos exames complementares, evidenciando a evolução desfavorável do estado de saúde da paciente, que, apesar das tentativas de tratamento, demonstra a impossibilidade de prosseguir com a gestação.

3.3 Aborto em caso de estupro

O aborto em caso de estupro, denominado sentimental, piedoso ou humanitário, também é permitido pela legislação penal brasileira. Seu objetivo é interromper uma gravidez indesejada, resultante do crime de estupro.

Assim dispõe o inciso II, do artigo 128 do Código Penal:

Conforme preceitua o artigo 128 e inciso II do Código Penal, a prática abortiva realizada para interromper gestação decorrente de estupro não é punida pela legislação penal brasileira. Entretanto, para a impunidade dessa forma de aborto, deve-se observar rigorosamente a lei, no que se refere às exigências nela contidas, que, só admite a legalidade da ação quando preenchidos, irrestritamente, os três pressupostos por ela exigidos. Primeiramente, nem a gestante, e muito menos parteiras ou pessoas sem habilitação

profissionais podem realizar o ato abortivo, a não ser o médico. Em segundo lugar, é obrigatório que haja o exposto consentimento da gestante ou de seu representante legal. Sobre o consentimento da gestante, Santiago (2000, p. 282), ressalta que:

[...] se a gestante, vítima do estupro, for menor, precisa de um representante legal; entretanto, se é vontade da menor ter o filho e esta não é a vontade do seu representante legal, deve prevalecer a vontade da menor, haja vista que a permissão ao aborto é direito subjetivo da vítima que o exerce se quiser, adotando ou não um representante legal. Nesse caso, deve o Estado fazer apenas o papel de orientador da gestante no sentido de lhe esclarecer sobre as mudanças psíquicas, físicas e sociais pelas quais irá passar.

Por fim, é indispensável que o médico tenha elementos seguros sobre a existência do estupro. No entanto, não há necessidade de sentença condenatória por estupro para a realização da prática abortiva. Sobre este fato, Jesus (2001, p. 129), diz que: “É suficiente que haja prova concludente da existência do delito sexual”.

Sendo assim, cumprindo-se os três requisitos supramencionados, a prática abortiva objetivando eliminar gravidez resultante de estupro torna-se uma conduta legal. Em falta de um destes requisitos, um deles que seja, o aborto será caracterizado como um ato criminoso.

Ressalte-se que a lei em questão não estabelece qualquer outra condição senão os três requisitos acima mencionados. E, sabendo-se que, onde a lei não restringe ou fixa exigência, não cabe ao intérprete restringir, muito menos exigir, observa-se que, por não mencioná-la, dispensa-se a autorização judicial para a realização do aborto nesta circunstância, sempre realizado por médico.

Sendo assim, há o entendimento predominante no meio jurídico de que o médico está autorizado a realizar o aborto originário de gravidez por estupro sem a necessidade de recorrer ao judiciário. Para tanto, basta a solicitação e autorização da gestante, devendo esta assumir total responsabilidade pela veracidade da declaração de que realmente foi vítima de estupro. Segundo Hungria *apud* Azambuja (2003, p. 476) justificada “a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente”.

No entanto, tem sido comum a ocorrência de solicitação de permissão judicial por parte de médicos, objetivando principalmente resguardá-los contra eventual responsabilidade civil ou penal, ou mesmo perante o Código de Ética Médica.

Afirmam alguns doutrinadores que, pelo fato da população feminina desconhecer a não necessidade de se recorrer ao Judiciário para obtenção de permissão para realizar o

aborto em casos de estupro, muitas vezes torna a prática abortiva inviável, deixando-se para requerer pedido de alvará em tempo que não mais se recomenda o aborto.

Segundo Azambuja (2003, p. 476-477):

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 2.802, de 01/10/1997, estabeleceu a obrigatoriedade de os servidores das delegacias de polícia informarem às vítimas de estupro que tenham engravidado a possibilidade de interrupção, fornecendo-lhes, no ato do registro policial, os locais da rede pública de saúde aptos a realizar o aborto. A iniciativa é elogiável, na medida em que muitas mulheres ignoram a possibilidade legal do aborto, sem falar das inúmeras dificuldades e tabus que permeiam o assunto, não só em face da carga de preconceitos, como pelo desconhecimento dos serviços públicos que lhe deveriam ser disponibilizados.

Sobre a impunidade do aborto em casos de gravidez originária de estupro, Hercules (2003, p. 418) preceitua que:

[...] enquanto no aborto terapêutico o médico pode decidir até contra a vontade da mulher, sem que se caracterize o constrangimento ilegal, no aborto sentimental ele só pode atuar após tácito assentimento da gestante. [...] é muito aconselhável que tal declaração seja feita por escrito. No interesse da Justiça, tem sido firmado jurisprudência de que o médico deve exigir um documento comprobatório do alegado estupro, a fim de se preservar contra acusações futuras.

Sobre o aborto praticado por enfermeira, Jesus (2001, p. 128) assim observa:

Tratando-se de aborto necessário, em que não há outro meio de salvar a gestante, não responde por delito. Não por causa do artigo 128, uma vez que esta disposição só permite a provocação por médico. Na hipótese, a enfermeira é favorecida pelo estado de necessidade previsto no artigo 24¹³ do estatuto penal, que exclui a ilicitude do fato. No caso do aborto sentimental, porém, a enfermeira responde pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: deve ser médico.

De acordo com Séguin *apud* Azambuja (2003, p. 476): “O aborto sentimental, previsto no artigo 128, II, do CP, tem suas raízes ligadas ao período da guerra (1914-1918), quando milhares de mulheres dos países ocupados foram violentadas pelos invasores”.

A questão do aborto sentimental, indicado em caso de estupro, surgiu quando alguns países da Europa, em ocasião da Primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentadas pelos invasores. A partir de então, surgiu um movimento de repercussão mundial contra a maternidade imposta pela violência, com o princípio de não ser justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre o fruto de um ato indesejado, lembrado para sempre como uma ignomia e uma crueldade. Assim sendo, em quase todos os países do mundo, a legislação

13 Artigo 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

passou a permitir que a gestante, vítima do crime de estupro, tivesse o direito de abortar.

Sobre o aborto sentimental, França (1998, p. 226), afirma que esta forma de aborto é extremamente difícil de ser justificada:

Em nenhuma hipótese se poderia aceitar, nesse tipo de aborto, o estado de necessidade. Fazer um mal para evitar outro maior jamais seria justificado, pois tirar uma vida, mesmo gerada pela violência, não apagaria a abominação recebida. Seria uma ação contra quem não teve qualquer participação, sem nenhuma culpa. E tenha-se em vista que a vida é o maior bem da natureza.

Para o autor, neste caso, a lei deixa de amparar e preservar uma vida humana, justificando-se em sentimentos eminentemente individualistas, o que vem contrastar com todo o fundamento do Direito à vida, não parecendo racional que o sacrifício de uma vida possa vir a reparar uma crueldade já praticada. É como praticar a pena de morte a um réu indefeso, sem culpa.

4 Aborto criminoso

A eliminação de uma nova vida em formação no útero materno até o momento inicial do processo de parto constitui-se em aborto criminoso. O Direito penal brasileiro concede proteção à vida humana desde o momento em que esta é gerada no útero materno. Segundo Jesus (2001, p. 122): “A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquela em que se inicia o processo de parto”. Por conseguinte, salvo em casos especiais anteriormente descritos, onde o aborto não é criminalizado, a legislação penal entra em cena para punir a prática abortiva já consumada, objetivando coibir o delito, com o intuito de proteger a vida humana.

No crime de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida humana em formação, ou seja, a vida do feto, já que, para efeitos da legislação penal, ele é tido como pessoa. O objeto material do crime de aborto é o feto humano vivo em qualquer momento de sua evolução, até o início do parto. A ação consiste em toda atividade dirigida a produzir a morte do feto. A materialidade do crime pressupõe a existência do feto vivo e, portanto, uma gravidez em andamento. A morte do feto deve ser resultado direto da manobra abortiva, da expulsão do produto da concepção por ela provocada. Consuma-se o crime com a morte do feto, resultante da interrupção voluntária da gravidez. Daí decorre a exigência da prova de que o novo ser em formação ainda vivia quando se praticou o aborto e que foi em consequência da prática abortiva que ele veio a falecer, pois, caso este já se encontrava morto em ocasião do ato abortivo, ou mesmo, não existindo gravidez, tratar-se-ia de crime impossível. Para Jesus (2001, p. 123): “É irrelevante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada. [...] É admissível a tentativa quando, provocada a interrupção da gravidez, o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito”.

Há quatro elementos que caracterizam o aborto criminoso, de acordo com Santiago (2000, p. 277), são eles:

- a) A presença do elemento subjetivo: o dolo. É preciso que haja a vontade livre e consciente de destruir. Não há aborto culposo, podendo ser o dolo direto ou individual.
- b) O estado fisiológico da gravidez: É preciso que haja a gravidez comprovada, seja por sinais de probabilidade, seja por sinais de certeza. A partir de quando o espermatozoide entra no claustro materno até os nove meses, a morte do feto é aborto. Se não há gravidez caracteriza-se tentativa de crime impossível.
- c) Emprego de meios dirigidos à provocação do aborto: Só é punido o aborto provocado, que é aquele que tem como causador um agente externo, podendo ser um

profissional ou um 'curioso', ou por meio de medicamentos abortivos ou chás.

d) Morte do feto: É onde o delito se consuma. Pode ser a destruição do ovo (até 3 semanas de gestação), do embrião (de 3 semanas a 3 meses), do feto (após 3 meses), não implicando, necessariamente, a sua expulsão do claustro materno, pois há casos de mumificação.

Portanto, o aborto só é punido a título de dolo, ou seja, havendo o desejo de interromper a gravidez e de causar a destruição do produto da concepção. Não existe aborto culposo. No tocante ao dolo, ele pode ser direto, quando existe a firme pretensão de interromper a gravidez, com a consequente morte do feto; e, eventual, quando o autor assume o risco de produzir tais resultados.

No crime de aborto, o sujeito passivo divide-se em dois polos: o nascituro e a gestante. Nos artigos 124 do Código Penal, o sujeito passivo é o nascituro, já nos artigos 125, 126 e 127, além do nascituro, é a própria gestante, uma vez que o legislador penal prevê a proteção de dois sujeitos distintos, a gestante e o produto da concepção.

A severidade da punição aumenta a partir da hipótese mais leve, que alguns chamam de aborto simples, caracterizado quando o autor do crime é a própria gestante, até a mais grave, com a provocação do aborto por terceiro, sem o consentimento da gestante.

De acordo com Jesus (2001, p. 121) o crime de aborto apresenta as seguintes figuras típicas:

- 1º) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.
- 2º) aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.
- 3º) aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.
- 4º) aborto qualificado
- [...]

No Código Penal brasileiro, o crime de aborto e suas respectivas penas estão tipificados nos artigos 124, 125, 126 e 127, na Parte Especial, Título I, dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I, dos Crimes Contra a Vida:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Artigo 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
 Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A figura punível acima descrita desdobra-se em duas formas: ou a gestante provoca, ela mesma o aborto, denominado auto aborto, ou consente que outro o provoque. Em ambas as hipóteses, para a gestante, a cominação de pena é a mesma. Já para o participante do crime, caso este não apenas instigue ou auxilie de maneira secundária a gestante a provocá-lo, mas sim, execute atos concretos para a efetivação do ato abortivo, não será apenas

participante do crime, mas o autor do fato descrito no artigo 126 do Código Penal, ou seja, provocar aborto com o consentimento da gestante, sendo punido com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos). Porém, caso a gestante venha a falecer ou sofrer lesões corporais de natureza grave, segundo Jesus (2001, p. 124): “o partícipe do auto aborto, além de responder por este delito, pratica homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa [...]”.

Assim dispõe o artigo 125 denominado aborto provocado por terceiro: “provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”. Neste caso a gestante manifesta-se contrária à prática do aborto, expressando-se por meio de palavras ou atos, ou então, ela não exprime em qualquer sentido a sua vontade, o que pode ocorrer ainda se ela não tem consciência de que está sendo objeto de um processo abortivo, ou nem sequer conhece o seu estado de gravidez.

Sobre o artigo 125 supracitado, Hungria *apud* Diniz (2006, p. 45) afirma que:

[...] nessa hipótese, não será preciso que haja a negativa expressa da gestante, bastando que os meios abortivos sejam empregados à sua revelia ou ignorando ela achar-se grávida. Se o agente, ao fazer uso de técnica abortiva, empregar violência, fraude ou grave ameaça, ter-se-á constrangimento ilegal e aborto sofrido, ante o dissenso real da gestante [...] Caracterizar-se-á também o aborto sofrido se praticado em gestante menor de 14 (quatorze) anos ou portadora de desenvolvimento mental retardado ou incompleto, por ser incapaz de consentir que outrem lhe faça o abortamento, presumindo-se, então, seu dissentimento [...]

A pena cominada para o crime de aborto sem o consentimento da gestante, disposto no artigo 125 supramencionado é a mais grave, com reclusão variando entre três a dez anos.¹⁴

No caso acima exposto, é o terceiro quem executa o aborto, mas o faz com o consentimento da gestante. É quando ela permite expressamente ou por atos que evidenciem tal permissão, ou então, não impede a intervenção abortiva. Para tanto, é necessário que haja o consentimento da gestante para que se dê morte ao feto, e é somente com a morte do feto que o crime será consumado, não no momento em que ela manifesta a sua permissão. Obviamente que, a gestante deve ser conhecedora da finalidade daquilo que está consentindo, tendo consciência e vontade do propósito a que se visa o ato. Porém, não influi o consentimento que

¹⁴ Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

não decorre de vontade juridicamente válida, ou quando a mulher que o concede não tenha capacidade para querer com eficácia jurídica, como é o caso em que a gestante não é maior de quatorze anos ou da alienada ou débil mental, ou quando tal consentimento foi obtido por meio de fraude, grave ameaça ou violência.¹⁵

No aborto praticado por terceiro, se, do ato de fazer abortar ou dos meios empregados para este fim, resultar lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante, tem-se a forma qualificada dessa espécie punível, com o conseqüente agravamento da pena imposta pelos artigos 125 e 126 do Código Penal, que será aumentada de um terço podendo até ser duplicada. Segundo Jesus (2001, p. 123), no aborto qualificado, “[...] o crime é preterdoloso: há dolo no antecedente (aborto) e culpa no conseqüente (lesão grave ou morte)”.

Sobre as penas e a ação penal do crime de aborto, Jesus (2001, p. 130), assim sintetiza:

O auto aborto prevê pena de detenção de um a três anos (Código Penal, artigo 124, 1ª parte). A gestante que consente em sua provocação sofre a mesma pena (2ª parte da disposição citada). O terceiro que provoca o aborto com consentimento da gestante recebe pena de reclusão, de um a quatro anos (artigo 126). No aborto sem o consentimento da gestante o Código Penal prevê pena de reclusão, de três a dez anos (artigo 125). Ao aborto qualificado o estatuto penal comina as penas dos artigos 125 e 126 com aumento de um terço se a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; se morre, as penas são duplicadas (Código Penal, artigo 127).

Além das espécies de aborto acima descritas, existe ainda o aborto denominado de *vulnerandi animus*, caracterizado pela interrupção da gravidez, sem que o autor a queira, procedente de lesão corporal dolosa ou culposa que causou na gestante, não visando, porém, a morte do produto da concepção.

Sobre esta espécie de aborto, Diniz (2006, p. 46) assim preceitua:

O agente tem tão somente a intenção de ferir a vítima, não visando a morte do produto da concepção. O aniquilamento fetal dá-se independentemente da vontade do agente, resultado de uma agressão feita por ele à gestante. Tal crime não é o do aborto, mas uma agravante da lesão corporal, porque a perda de um ser em evolução pode causar sério risco ao organismo materno. Tal lesão corporal seguida de aborto deverá ser punida com reclusão de 2 a 8 anos (Código Penal, artigo 129, § 2º, V¹⁶).

¹⁵ Forma qualificada

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

¹⁶ Artigo 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

[...]

§ 2º - Se resulta:

[...]

V - aborto:

Mas, se o agente, ao lesar a integridade corporal da gestante, pretender interromper a gestação, agindo com dolo direto ou eventual, responderá por crime de aborto e não por lesão corporal qualificada (Código Penal, artigo 125). No aborto *vulnerandi animus* punem-se a lesão corporal dolosa e o aborto apenas a título de culpa (Código Penal, artigo 19¹⁷), desde que o agente tivesse conhecimento do estado de gravidez da vítima [...] pois, se o desconhecia, ter-se-á o erro de tipo (Código Penal, artigo 20, caput¹⁸), excludente do dolo.

No crime de aborto, a ação penal é pública incondicionada. O inquérito policial e a ação penal podem ter início a despeito da provocação de qualquer pessoa. Ao tomar conhecimento da prática abortiva, o Delegado de Polícia é obrigado a instaurar o inquérito policial. E ainda, segundo Jesus (2001, p. 130): “Em juízo, a ação penal, iniciada por intermédio de denúncia do Promotor Público, não está sujeita a qualquer condição de procedibilidade”.

4.1 Tipos de aborto criminoso

Conforme anteriormente mencionado, o crime de aborto é a interrupção voluntária da gravidez, em qualquer fase de sua evolução até momentos antes do início do parto, sendo irrelevante que a morte do feto ocorra dentro ou fora do ventre materno.

Excluindo-se os casos em que a prática abortiva é tolerada por lei, ou seja, o aborto necessário, realizado por médico, disposto no inciso I do artigo 128 do Código Penal, quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, entretanto, subsistindo o delito quando a finalidade é apenas preservar a saúde da mesma; e, aquele disposto no inciso II do artigo 128 do Código Penal, também praticado por médico, cujo objetivo é eliminar gestação originária do crime de estupro. Qualquer outra forma de aborto, no Brasil, se caracteriza por ser uma prática delituosa, constituindo-se em crime contra a vida.

Há diversos tipos de aborto criminoso, dentre os quais, destacam-se: o aborto estético, praticado por motivo fútil, ou seja, para que a mulher não venha a envelhecer prematuramente; e ainda, o aborto *honoris causa*, praticado por motivos morais, quando a honra da mulher ou de sua família ficaria manchada publicamente por conta de gravidez fora dos laços matrimoniais. Todavia, com o grande número de mulheres que se casam grávidas no presente ou permanecem solteiras com seus filhos, a questão já não tem tanta relevância quanto no passado.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

¹⁷ Artigo 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

¹⁸ Artigo 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Na atualidade, as espécies de aborto mais controversas, merecedoras da atenção social, religiosa e jurídica, são: o aborto econômico ou social, e o aborto eugênico.

4.1.1 Aborto econômico

Há casais economicamente desfavorecidos ou vivendo em estado de miséria absoluta, já com muitos filhos, que, não raro, acabam por recorrer ao aborto, isto para que um novo filho não venha prejudicar ainda mais o bem-estar dos demais. Para esta prática abortiva criminosa, criou-se a designação de aborto econômico ou social.

Eça (2005, p. 547) receia que a descriminalização dessa modalidade de aborto, caso algum dia ocorra no Brasil:

[...] venha a equivaler à destruição das últimas barreiras que ainda restam contra o abuso, pois alguém poderia querer discutir o fator econômico na indicação do abortamento; assim é que muitas pessoas poderiam tentar justificar como 'economicamente inviável' ter um filho nesta ou naquela situação, pedindo, pois, autorização para a realização de um aborto obviamente não indicado.

No que se refere à prática desta modalidade de aborto, sabe-se que é a mais difundida entre as camadas sociais menos favorecidas. E, por isso mesmo, é realizado na clandestinidade, por pessoas leigas, muitas vezes pelas chamadas abortadeiras, mulheres misteriosas, que utilizam-se de materiais e locais inadequados, causando grande número de vítimas fatais.

4.1.2 O dilema do aborto eugênico

Na contemporaneidade, o desenvolvimento de novas técnicas tem permitido que a ciência identifique, mesmo antes do nascimento, a presença de doenças no feto, que poderão vir a acarretar sofrimentos e limitações para a criança, caso a gestação seja levada a termo, bem como para a família, a quem compete dispensar-lhe os cuidados e atendimentos que se fizerem necessários.

O aborto eugênico, prática ilegal no Brasil, é a interrupção voluntária da gravidez quando há suspeita fundamentada de que o futuro ser humano, ainda no ventre materno, trará consigo, ao nascer, doenças ou anomalias graves, transmitidas pelos pais, ou, segundo Eça (2005, p. 545): “outras que seriam incompatíveis com a vida fora do útero, tais como a

controvertida anencefalia¹⁹”.

Segundo Varga *apud* Azambuja (2003, p. 480):

Os defeitos, descobertos durante o desenvolvimento do feto, podem ter causas diversas: infecções virais, exposição à rubéola no primeiro trimestre da gravidez, o uso de determinadas drogas, são alguns exemplos. ‘Sabe-se que a exposição à rubéola, nos primeiros meses de gestação, pode causar surdez, catarata, retardamento mental e várias espécies de deformidade’. Outras anomalias estão ligadas a defeitos genéticos, decorrentes de genes defeituosos, herdados de um ou ambos os pais, ou, ainda, à distribuição irregular dos cromossomos, em que se enquadra a síndrome de Down.

Atualmente, embora não sendo obrigatório, o aborto eugênico é permitido pela legislação de grande parte das nações desenvolvidas. Para Azambuja (2003, p. 480): “O fato de ser legal o aborto nessas hipóteses não elimina a presença do conflito nas pessoas envolvidas, especialmente na gestante e no seu grupo familiar [...]”.

A possibilidade de nascer uma criança portadora de grave e irreversível anomalia física ou mental faz surgir dilemas éticos difíceis de serem solucionados, especialmente quando envolve a decisão de optar pela realização do aborto.

Aquino (2005, p. 88) diz que:

Na Grécia antiga, os habitantes de Esparta, cultores da força física e das artes marciais, eliminavam sistematicamente os recém-nascidos portadores de má-formação e as crianças pouco dotadas fisicamente. Somente os fortes tinham direito a vida. Era uma forma de seleção eugênica da época.

Ao nascer, as crianças gregas eram eliminadas ou, na melhor das hipóteses, abandonadas pelas próprias famílias à mercê da sorte. A filosofia grega justificava tais atos cometidos contra os deficientes postulando que estas criaturas não eram humanas, mas um tipo de monstro pertencente a outras espécies.

Contrário ao aborto eugênico, Eça (2005, p. 546) lança alguns questionamentos:

O que será considerado como doença grave o suficiente para justificar um aborto? Qual critério se usará para dizer que este ou aquele feto tem uma patologia mais limitada do que o outro? Ou será que se vai ficar apenas no gosto e vontade dos pais, que passariam, até com supervisão médica, a ‘brigarem com Deus’, decidindo quem deve ou não nascer? Desta maneira, corre-se o risco de se começar a decidir que este ou aquele feto, por exemplo, que vai nascer sem um braço, deve ser abortado, pois ‘não quero um filho assim!’ [...] quantos indivíduos não há, sem um braço, que tem uma vida muito adequada? Poder-se-á, desta forma, chegar-se ao absurdo de se tentar ‘descartar’ um bebê que não vai ter, por exemplo, olhos azuis, não sendo isto o que é esperado pela mãe e, portanto, se tornando passível de abortamento.

¹⁹ São casos perfeitamente diagnosticáveis em que o nascituro apresenta grave anomalia cerebral ou ausência completa de cérebro, tornando impossível a vida extrauterina, tendo às vezes apenas alguns dias de sobrevivência fora do ventre materno.

Jerôme Lejeune, cientista francês, especialista em genética, conhecido mundialmente por ter descoberto que os portadores de Síndrome de Down²⁰ possuem um cromossomo a mais do que as pessoas tidas como normais, assim se manifesta em relação ao nascimento de crianças deficientes. Segundo Lejeune *apud* Eça (2005, p. 546):

O nascimento de uma criança com problemas, mentais ou físicos, é uma revelação terrível. Os pais sofrem profundamente e este sofrimento pode levar a duas situações: Uma é a reaproximação do casal, que se une como nunca. A família torna-se excepcionalmente carinhosa. Outra possibilidade é os pais não suportarem o golpe e aí a família se quebra. Mas a experiência mostra que há menos divórcio nas famílias cujos filhos são deficientes do que nas famílias com filhos normais.

Alguns cientistas aconselham o aborto eugênico até mesmo em casos em que, ao nascer, a criança venha a apresentar esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia genuína, dentre outras.

Muitos religiosos, médicos, psicólogos e outros, pensam que o melhor seria o Estado prover assistência material e psicológica como forma de preparar os pais para aprenderem a lidar com a questão do nascimento de um filho deficiente, mesmo que este venha a falecer dias ou meses após o parto, do que eliminá-lo, pois as consequências psicológicas resultantes do ato abortivo podem ser muitas vezes pior.

Entendem alguns juristas, favoráveis ao aborto eugênico, que o Direito Penal não pode permanecer apegado a valores éticos concebidos em determinado momento histórico, nem por conhecimentos científicos que acabaram sendo superados pelo progresso da ciência. Afirmam outros, contrários a esta prática abortiva, que ninguém pode negar aos seres deficientes o direito à vida, que antes de tudo, precisam de proteção e amparo e nunca de repressão.

Embora incriminado pelo Direito Penal, o aborto eugênico tem sido autorizado mediante alvará concedido por juízes e confirmado pelos tribunais, especialmente nos casos de anencefalia. Azambuja (2003, p. 482) diz que: “[...] há muito que o Poder Judiciário vem examinando pedidos de alvará [...] desde 1993 foram concedidas 120 (cento e vinte) autorizações para a realização de aborto em crianças malformadas”.

Sobre o tema, França (1998, p. 222) preceitua que:

²⁰ A Síndrome de Down apresenta-se quando há um erro na formação de uma das células reprodutoras, óvulo ou espermatozoide. Assim, seus portadores têm um cromossomo a mais que as pessoas normais. O erro também pode ocorrer quando a célula inicial do bebê já se formou e, portanto, não dependendo das células de seus pais. A causa dessa alteração genética ainda é ignorada pela ciência. Por ser um acidente genético, nenhuma atitude tomada durante ou antes da gravidez consegue evitar seu surgimento.

O Código Penal brasileiro em vigor não atende ainda à interrupção da gravidez frente a um diagnóstico de malformação fetal. Todavia, alguns juízes, em casos isolados, já autorizam o abortamento em casos de fetos anencefálicos, sem julgar essa prática como indicação eugenésica, mas, tão só, levando em conta a existência de um feto cientificamente sem vida, incapaz de existir por si próprio.

Para muitos, o aborto, mesmo quando praticado em circunstâncias especiais, não deixa de ser um homicídio. Guimarães *apud* Aquino (2005, p. 40) diz que: “[...] enquanto os homens julgarem-se no direito de dizer quem deve morrer, quem deve viver e quando isso se dará, estaremos longe de sermos uma sociedade justa e muito menos humana”.

França (1998, p. 226), sobre o aborto eugênico, assim preceitua:

O critério chamado eugênico, que visa à intervenção em fetos defeituosos ou com possibilidade de o serem, não está isento de pena pelo nosso diploma legal. Ninguém poderia negar o direito de uma criança nascer saudável e perfeita. Todavia, isso não nos autoriza a retirar de seres deficientes o direito à vida. Ninguém é tão desprezível, inútil e insignificante que mereça a morte. As próprias leis que regem a genética humana ainda são vacilantes e ilusórias, não se prestando a uma precisão segura e definida sobre hereditariedade. Uma lei que autorize o aborto em tais circunstâncias seria extremamente perigosa, onde as indicações se tornariam, no conceito de alguns, demasiadamente amplas, acabando-se por tornar a regra uma exceção e a exceção uma regra.

Praxedes *apud* Aquino (2005, p. 88), chama a atenção para os perigos do eugenismo, ressaltando que:

Adolf Hitler tentou, a ferro e a fogo, promover uma seleção eugênica. Cerca de 100 mil portadores de doenças mentais ou desabilitação física grave, hospitalizados na Alemanha, foram eliminados nos chamados ‘caminhões da morte’. As demais consequências são de todos conhecidas: milhões de mortos em toda a Europa. O aborto eugênico faz lembrar essas práticas nazistas desumanas de ‘purificação da raça’. Os especialistas que as praticaram foram condenados com os mais abomináveis criminosos contra a humanidade.

Sobre a legalidade moral do aborto eugênico, sobre a vida, sobre os critérios de felicidade impostos pela sociedade moderna, Aquino (2005, p. 47) diz que:

A vida é algo que o homem não cria; ele não a dá a si mesmo, não tem poder para isto; mas a recebe como dádiva do Criador... dádiva que na Terra lhe escapa sem que ele o possa impedir. Nenhum de nós pode fixar quantos anos vai querer viver; isto escapa às nossas capacidades [...] É isto que faz a sacralidade da vida humana. Ninguém tem o direito de decidir sobre a própria vida, como se fosse o senhor da mesma, e muito menos alguém pode decidir sobre a vida dos outros, definindo quem poderá viver e quem deverá morrer. Os critérios da ‘vida feliz’, são muito ilusórios e pessoais, de modo que não é lícito dizer: ‘Tal vida infeliz não merece ser vivida’, a experiência mostra que pessoas tidas como ‘desgraçadas’ porque cegas, surdas e mudas, foram grandes heroínas da humanidade, deixando à posteridade um patrimônio moral e cultural de grande valor.

O aborto eugênico tem suscitado intensa polêmica científica, social, religiosa e jurídica. Muitos doutrinadores do Direito, ao interpretarem literalmente as normas penais sobre a matéria, afirmam que o aborto eugênico é, não só proibido, como também criminoso. Não há previsão legal que excepcione a tipicidade desta forma abortiva para lhe conferir condição jurídica de licitude penal.

4.2 Perícias em casos de aborto criminoso

Perícia é todo e qualquer exame ou ato preliminar que necessite ser feito por técnicos, isto é, por peritos ou pessoas habilitadas conhecedoras da matéria a que se refere, objetivando contribuir com as autoridades na formação de juízos a que estão obrigadas.

Segundo Silva (2002, p. 602) perícia significa:

[...] a pesquisa, o exame, a verificação acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecida habilidade ou experiência na matéria de que se trata. [...] A perícia tem como espécie: os exames, as vistorias, as avaliações. Todas elas, genericamente, também se dizem exames periciais. A perícia, segundo princípio da lei processual, é, portanto a medida que vem mostrar o fato, quando não haja meio de prova documental para mostrá-lo, ou quando se quer esclarecer circunstâncias, a respeito do mesmo, que não se acham perfeitamente definidas.

Diante dos casos concretos de aborto criminoso, dispostos no Código Penal, compete à perícia investigar primeiramente a real existência da gravidez, caso contrário o crime seria impossível; se realmente houve o aborto, em caso positivo, se este foi espontâneo ou provocado; a natureza do aborto; em que época da gravidez ocorreu a prática abortiva, bem como a data da manobra abortiva; se houve lesão corporal ou morte da gestante em consequência do aborto.

De acordo com Almeida Júnior *apud* Hércules (2003, p. 418) são vários os problemas que as autoridades esperam sejam resolvidos pelos peritos nos casos de aborto criminoso:

[...] se havia gravidez, se houve aborto, se foi provocado, em que época deu-se a interrupção e que lesões ocorreram além do aborto. [...] a pesquisa de doença da mulher para saber de sua capacidade de consentir, e o estudo do prontuário hospitalar, quando houver alegação de aborto terapêutico. Além disso, o legista pode ser chamado ao local do crime para a coleta de evidências materiais, como instrumentos cirúrgicos, equipamentos de esterilização, material para curativos, medicação ocitócica e, acima de tudo, restos ovulares porventura abandonados em baldes ou em sacos de lixo. Manchas de sangue devem ser recolhidas para a caracterização de sua origem humana e para a sua tipagem.

A comprovação de que havia uma gravidez, e que esta foi interrompida, é o primeiro passo no sentido de esclarecer se houve o crime de aborto. Os elementos técnicos para tal diagnóstico serão estudados pelos peritos tanto na mulher viva quanto no cadáver, caso tenha havido óbito.

A idade gestacional é outro fator importante. Geralmente, o aborto é provocado no primeiro trimestre de gestação, fase em que a probabilidade de complicações é menor. Em certos casos, porém, por motivos diversos, a intervenção é realizada em etapas mais avançadas. Segundo Eça (2005, p. 552): “Quando o aborto se dá no primeiro mês, o produto da concepção é ainda demasiado pequeno para ser reconhecido. Depois do segundo mês de gestação, o produto da concepção toma características peculiares, que permite identificá-lo”. O diagnóstico da idade gestacional tem valor ainda quando houver acusação de imperícia na indicação e execução da manobra abortiva nos casos de aborto legal.

Segundo Hércules (2003, p. 424):

A determinação da idade gestacional pode ser um dado importante em casos de adultério e de gravidez resultante de estupro ou de sedução. Quando a fecundação ocorreu por cópula única, a idade da gravidez tem que coincidir com a época alegada pela mulher, mormente quando se queixa de agressão sexual. A discrepância entre a data da violação e a calculada pelos peritos indica ter havido participação de outro homem, ou do mesmo em época diferente.

Para que fique configurado o crime de aborto, não basta apenas provar que uma mulher abortou, já que, é muito comum haver abortos por causas acidentais ou mesmo abortos espontâneos, podendo a mulher vir a alegar um desses motivos. Segundo Eça (2005, p. 552), para haver certeza na confirmação do crime, deve-se considerar os seguintes elementos:

a) a presença do eventual instrumento abortivo ainda dentro do corpo da mulher (que ocorre mais do que gostaríamos de considerar); b) as lesões várias que podem ser produzidas na mulher; c) lesões raras encontradas no produto abortado.

Sabe-se que, conforme a fase da gravidez, as diversas técnicas utilizadas na prática do aborto têm limitação para sua indicação. Portanto, a identificação dos métodos utilizados para a realização do aborto também são de extrema importância, pois irão indicar se houve lesões corporais.

As lesões corporais podem variar de simples sangramentos e escoriações locais até a morte nos casos mais graves. A morte pode decorrer de intoxicação, de hemorragias, de infecções, de rompimentos de órgãos internos, como a bexiga e o intestino, além do próprio órgão genital. Vale ressaltar que muitas mulheres perdem a capacidade de engravidar

novamente devido às sequelas deixadas pelo aborto provocado. Já nos casos de abortos espontâneos, as lesões não são tão frequentes, o mesmo acontecendo nos casos autorizados por lei, onde diversas precauções são tomadas para preservar a saúde da gestante.

O diagnóstico de aborto criminoso é delicado e complexo, necessitando, por isso, de um cuidado maior por parte do perito. Segundo França (1998, p. 229):

Na viva, o exame de aborto recente deve ser conduzido na concepção de que o aborto é um parto em miniatura e por esse fato deixa modificações tanto genitais como extragenitais e que podem ser idênticas à mulher que deu à luz. Todavia, os abortos provocados são realizados no início da gestação, quando essas modificações ainda não estão manifestas. Devem-se examinar os seios (pigmentação areolar, rede venosa de Haller, tubérculos de Montgomery e secreção), cloasma, linha nigra, hipertricose etc. [...] O exame do material que flui através dos órgãos genitais, levados ao histopatologista, dirá a última palavra sobre o assunto pela caracterização dos restos ovulares e membranosos e ainda pelo diagnóstico da gravidez tópica. Quanto mais antigo for o aborto, mais difícil será a perícia. [...] Na morta, além dos elementos descritos e analisados através do exame externo anterior, o estudo deverá ser orientado para os órgãos mais internos. A forma, o tamanho, as lesões e a disposição do colo uterino.

A despeito de tudo, Hércules (2003, p. 418) preceitua que:

As dificuldades na caracterização da provocação do aborto são tantas que se refletem na proporção mínima de condenações de que se tem notícia. Só quando ocorrem complicações graves, ou mesmo a morte da gestante, é que aumenta a probabilidade de condenação dos agentes.

5 Técnicas abortivas e a saúde da mulher

As estatísticas sobre o número de abortos realizados no Brasil, em razão da própria clandestinidade, são ignoradas, apesar disso, fontes não oficiais afirmam que os índices são alarmantes.

As condições em que o aborto é praticado variam de acordo com as condições financeiras de quem o almeja. Vão desde clínicas dotadas de ambiente adequado, com técnicas modernas e profissionais qualificados, até locais impróprios, onde médicos, enfermeiros ou leigos, denominados ‘aborteiros’, utilizam-se de métodos dos mais rudimentares e sinistros.

As causas mais comuns do aborto são apresentadas no gráfico a seguir:

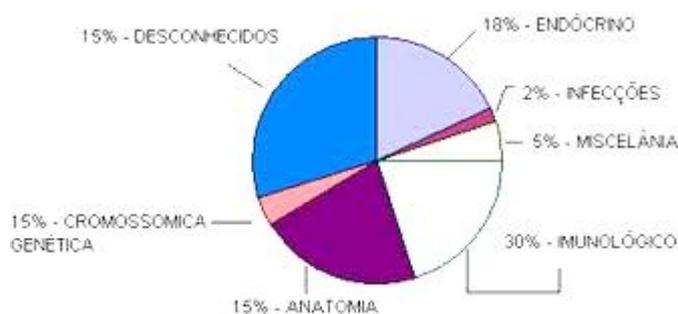


Figura 1 - portalamazonia.globo.com

As técnicas utilizadas para provocar o aborto envolvem o emprego de substâncias químicas, agentes físicos e mecânicos. São inúmeros os processos químicos, mas apenas dois são considerados eficazes, portanto, mais utilizados, sendo eles: a prostaglandina, droga que provoca o trabalho de parto imediatamente; e o envenenamento por sal: introdução de uma agulha com solução salina no abdômen da mulher, penetrando o saco amniótico, envenenando o feto pela absorção do sal. Segundo Nathanson *apud* Aquino (2005, p. 20): “[...] injeta-se este veneno no feto quase sempre com mais de 18 (dezoito) semanas, e este leva mais de uma hora para morrer, e é abortado depois de 24 (vinte e quatro) horas”.

Dentre os agentes mecânicos, considerados também muito eficazes, distinguem-se os traumas indiretos e os traumas diretos sobre o útero.

Os traumas indiretos são as quedas, as pancadas e as massagens e, também, as compressões sobre o abdômen, que produzem acidentalmente o aborto e são usados para a

provocação criminosa. Muitas vezes, apesar de toda esta violência, a gestação prossegue. Tais recursos às vezes são utilizados pela própria gestante, acarretando sérios riscos tanto para ela quanto para o feto.

Os traumas diretos são os mais eficazes, sendo, por conseguinte, a tais recursos que os profissionais comumente recorrem. Algumas práticas atuam sobre a superfície externa do colo do útero, quase sempre sem resultados satisfatórios, outras atuam dentro do útero, com resultados positivos, provocando o aborto. Dentre estas, segundo França (1998, p. 229) destacam-se:

- a) dilatação ou corte do colo do útero: uma faca em forma de foice dilacera o corpo do feto, que é retirado em pedaços;
- b) punção das membranas do ovo: praticada pelo abortador ou pela própria mulher grávida por meio de instrumentos finos, longos, pontiagudos como agulhas, fios de arame, hastes de madeira, dentre outros;
- c) deslocamento das membranas: através do uso de sondas, de injeções intrauterinas, ou pelo dedo;
- d) curetagem: introdução no útero de um instrumento cortante, a cureta, instrumento de aço semelhante a uma colher, que corta a placenta e o feto, fazendo uma raspagem suave do revestimento uterino do embrião, da placenta e das membranas que o envolvem.
- e) microcureta: objeto pequeno, com alças, denominado DIU (Dispositivo Intrauterino), que, ao ser colocado na cavidade uterina, acaba por provocar o descolamento do embrião. Embora o DIU seja considerado um anticoncepcional, ele não evita a ovulação.
- f) microcesária: é a retirada, por via abdominal, do produto da concepção nos primeiros meses da gravidez. Geralmente os médicos utilizam este método com a finalidade de obter o aborto sem prejudicar a integridade do hímen.
- g) sucção ou aspiração: introdução de um tubo plástico pontudo cortante no útero, que fura o saco amniótico, aspirando os restos fetais.

Sobre a microcesária, Nathanson *apud* Aquino (2005, p. 20-21) diz que:

Numa cesariana comum, o cirurgião corta o cordão umbilical, entrega o bebê à enfermeira que o leva ao berçário e faz tudo para conservá-lo vivo. No caso de aborto, ele, no entanto, está destinado a morrer; é arrancado do útero, jogado em um balde e abandonado à morte com até seis meses de gestação, em alguns países. No final do dia, em um hospital-escola, onde se pratica o aborto, esses bebês são levados ao patologista para exame e depois são jogados na lata de lixo. Alguns [...] são vendidos para as fábricas de cosméticos e sabão.

Nathanson *apud* Aquino (2005, p. 20) afirma que, pelo método de sucção:

o bebê é arrancado do útero por uma sucção 29 vezes mais forte do que o vácuo de um aspirador de pó; a criança é destruída como se fosse uma fruta no liquidificador. Este é o tipo do aborto mais comum. Um tubo de plástico, com uma lâmina afiada na ponta é introduzido no útero. O corpo do bebê é dilacerado e aspirado. A placenta também é aspirada. Outra forma de abortamento é com o cateter macio: 'o útero é esvaziado por sucção'. Se for realizado bem no início da gestação chama-se extração menstrual. Outra forma é por envenenamento: insere-se uma agulha dentro do

abdômen da mãe até a bolsa d'água do bebê, e injeta-se uma solução do veneno. O bebê, que já respira e engole líquido desde a 11ª semana, fica envenenado. Esses bebês levam mais de uma hora para morrer e, algumas vezes, ainda nascem vivos. O veneno destrói o mecanismo coagulante do sangue. O efeito corrosivo do veneno queima e esfolia toda a pele dele, deixando à mostra a carne viva.

Imagem de realização de aborto por causas mecânicas. O feto é retirado aos pedaços.

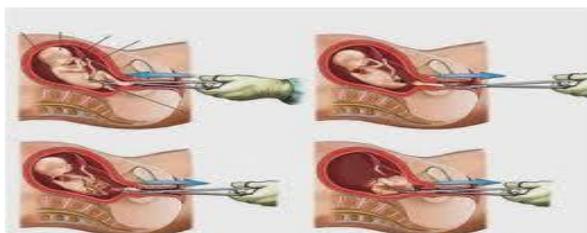


Figura 2 cacp.org.br(acessado em 20/04/2012)

O risco de morte ou lesões permanentes em consequência de um aborto clandestino praticado no Brasil depende, em última instância, não só da clandestinidade em si, mas do poder aquisitivo da mulher. Geralmente, as vítimas são mulheres pobres, cuja qualidade de vida já está miseravelmente marcada pela dificuldade de acesso à educação, alimentação e cuidados básicos de saúde.

5.1 Fatores de risco do aborto

O aborto é uma realidade que, a despeito das opiniões contrárias, muitas vezes, dependendo da circunstância, é uma prática necessária. No entanto, ao praticar o ato abortivo ou consentir que outros o pratiquem em si própria, seja de forma legal ou na clandestinidade, a mulher deve ter consciência das implicações negativas que tal decisão poderá vir a acarretar no futuro.

Conforme preceitua Franz *apud* Aquino (2005, p. 26):

[...] quando uma mulher aceita submeter-se a um aborto, ela concorda em assistir à execução de seu próprio filho. Esta amarga realidade que ela tem de encarar, é exatamente o oposto do que a família e a sociedade esperam que as mulheres sejam: pacientes, amorosas e maternais. Isso também vai contra a realidade biológica da mulher, que é preparada especialmente para gerar e cuidar do seu filho ainda não nascido. Assumir o papel de 'matadora', particularmente de seu próprio filho, sobre o qual ela própria reconhece a responsabilidade de proteger, é extremamente doloroso e difícil. O aborto é tão contrário à ordem natural das coisas que ele automaticamente induz uma sensação de culpa na mulher.

Afirmam alguns autores que são raras as mulheres que passam pela experiência abortiva que, a curto ou a longo prazo, não venham a apresentar algum tipo de sintoma físico ou psíquico originário do ato. Sendo que, as consequências físicas, quando não são fatais, se tornam até menos traumáticas do que as implicações psicológicas, quase impossíveis de serem evitadas ou mesmo tratadas.

A seguir apresentar-se-á alguns relatos de mulheres que vivenciaram a situação do aborto espontâneo retirados da pesquisa de Nery (2003,p.69) numa pesquisa realizada “numa maternidade da rede pública estadual de Teresina-PI, em novembro de 2003”. As pesquisadoras colocaram a sua investigação da seguinte forma:²¹

Os sujeitos desta pesquisa são mulheres com histórias de aborto espontâneo, independentemente das características de idade, estado civil, religião e raça, que aceitaram participar do estudo.

A seleção das mulheres ocorreu no período em que se encontravam internadas na maternidade.[...] Este estudo se constituiu por 11 depoentes em situação de aborto espontâneo, internadas numa maternidade, com a média de idade de 22.8 anos, sendo o limite inferior 15 anos e o limite superior 36 anos. [...] Ressalta-se que a maioria declarou desconhecer sua gravidez e não haver iniciado o pré-natal.

Na busca de compreender os sentimentos das mulheres frente ao aborto espontâneo as pesquisadoras puderam coletar as seguintes informações.

Fiquei triste por ter perdido. Bem... estou sentindo aliviada porque estou bem, não porque perdi.(Depoente 1)

Senti muito a perda do 2º filho. Sempre o prazer da gente é que nasça vivo. Aí a gente ter uma criança viva é muito melhor que ter filho morto. O sofrimento desta criança morta é maior. Esse agora não tinha nem três meses completos de grávida.(Depoente 4).

Eu estava preocupada, estava precisando de apoio maior,me deixou contrariada, realmente à noite de anteontem aconteceu (.). Eu chorei muito, apesar de não estar planejada, mas queria, chorei muito, mas se é de você ter um filho com má formação, filho com problema, Deus sabe o que faz, talvez não fosse o momento agora. (Depoente 5).

Eu não estava querendo muito porque o pai desse menino que ia ter era um irresponsável e eu [...]. Eu até me arrepender. Ele é noivo, tem uns 18 anos. Desde 14 anos que tenho relação com ele e ele não quer nada comigo. Minha família não queria o namoro com ele. Quando estava grávida não chamou ele. Quando soube que estava grávida, ele me abandonou. Eu usava camisinha, mas aí depois de muito tempo eu sabendo que estava só com ele, aí passei não mais usar. Eu tenho condiloma. Acho que peguei dele. (Depoente 11) (NERY,2003,p.71)

²¹ O abortamento é um problema de saúde pública resultado da inter-relação de fatores socioeconômicos, culturais, entre outros. O estudo objetivou identificar o perfil de mulheres em situação de abortamento atendidas em uma maternidade pública de Teresina – PI – Brasil. Pesquisa de natureza quantitativa. A coleta de dados foi realizada pelas autoras através da técnica de entrevista com preenchimento do formulário junto a 70 mulheres. Os resultados evidenciaram que: 42,9% das entrevistadas tinham idade de 20 a 28 anos; 35,7% ensino fundamental incompleto; 61,4% não exerciam atividade remunerada; 50,0% possuíam renda familiar de até um salário mínimo; 34,3% tinham relacionamento estável; 67,1% tiveram menor marca entre 12 e 14 anos e 74,2% tiveram maior marca entre 15 e 19 anos. Assim, percebeu-se a importância da criação de espaços de diálogo no ambiente doméstico, bem como, devido apoio e acompanhamento por parte do profissional de saúde, em especial da enfermeira, à mulher vítima de abortamento.

Através dos relatos, percebe-se vários sentimentos que acompanham o aborto espontâneo. O sofrimento é grande e muitas mulheres se sentem culpadas, mas na realidade, este fato, pode ser o resultado de vários problemas, como veremos a seguir.

Muitas são as implicações físicas decorrentes da prática abortiva, dentre elas, destacam-se: a perfuração uterina - pode ocasionar inflamação no peritônio, levando a mulher à morte, além deste, outros órgãos podem ser comprometidos, como a bexiga e as alças intestinais; estados infecciosos de alta gravidade; hemorragias externas; anemias; inflamações no útero, manifestando-se por meio de dores e corrimento, exigindo tratamentos que nem sempre atingem êxito; irregularidades menstruais, provocando cólicas intensas durante e após o período menstrual; envelhecimento precoce; exaustão física; frigidez sexual e a esterilidade definitiva, necessitando às vezes de extração total do útero.

Segundo França (1998, p. 229):

As complicações do aborto provocado são as mais variáveis [...] resultando lesões corporais de natureza leve ou grave, ou até mesmo a morte. Se o aborto é praticado por meio de substâncias tóxicas, poderá levar o organismo materno a intoxicações, que vão desde simples efeitos até o efeito letal. Quando o meio empregado para o aborto é mecânico, as eventualidades são as mais diversas. As mais graves são as embolias gasosas, devido à entrada de ar nas veias uterinas, às perfurações de útero, às lesões de alças intestinais e peritonite, à gangrena uterina, ao tétano pós-aborto. [...] A septicemia e a embolia pulmonar não são tão raras entre as complicações.

Nathanson *apud* Aquino (2005, p. 27) também expõe algumas consequências originárias em decorrência da prática abortiva:

[...] laceração do colo do útero provocada pelo uso de dilatadores, perfuração do útero, hemorragias uterinas, endometrite pós-aborto, evacuação incompleta da cavidade uterina; insuficiência ou incapacidade do colo uterino, aumento das taxas de cesariana entre outras.

A gravidade das complicações aumenta conforme a duração da gravidez, por exemplo, um aborto no segundo trimestre de gestação é mais arriscado do que no primeiro trimestre. Embora também haja riscos no aborto espontâneo, as complicações são mais graves e frequentes quando o aborto é provocado. No caso do aborto espontâneo, por exemplo, quando há hemorragia, raramente esta é excessiva. Já no aborto provocado, ela é mais intensa, podendo haver outras complicações em sua decorrência. Já as infecções apresentam-se relativamente raras e benignas no aborto espontâneo, mas podem ser graves e até fatais no aborto provocado.

Além do sofrimento emocional e psicológico, conflitos, contradições, dúvidas, dor da perda a mulher também sofre alterações físicas como sangramentos e cólicas abdominais.

O sangramento acontece, geralmente, antes das dores abdominais e pode persistir por dias ou semanas. Na maioria das vezes a mulher fica hospitalizada até seu restabelecimento total, necessitando de curetagem ou outros procedimentos médicos necessários.(NERY,2006).

Selby *apud* Aquino (2005, p. 26-27) acredita que:

Cada aborto produz um trauma na mulher [...] o aborto é, antes de tudo, um procedimento físico, o qual produz um choque no sistema nervoso e que deve provocar um impacto na personalidade da mulher. Além das dimensões psicológicas, cada mulher que se submeteu a um aborto deve encarar a morte de seu filho que não nasceu, como uma realidade social, emocional, intelectual e espiritual. [...] quanto maior a negação, mais graves serão as reações e mais doloroso será o tratamento.

Afirmam alguns psiquiatras que cada aborto representa uma experiência carregada de riscos para a saúde mental da mulher. Outros dizem que as reações psicológicas acarretadas pelo aborto provocado são menos graves ainda do que a reação ao nascimento de uma criança indesejada. Percebe-se, portanto, que o tema realmente é complexo, admitindo as mais diversas opiniões.

Embora a mulher contemporânea esteja quase que liberta dos padrões morais e religiosos do passado, por mais consciente que ela esteja da impossibilidade de levar a termo uma gravidez indesejada, abortar é sempre uma decisão que envolve angústia, arrependimento e culpa, e, mesmo que estes sentimentos não se apresentem de imediato, certamente irão despontar em idades mais avançadas.

Reardon *apud* Aquino (2005, p. 27) ressalta ainda que:

[...] nenhuma criatura depende tanto de outra, como o bebê depende da mãe. É a relação humana mais intensa que a humanidade conhece. A mãe está pronta até a dar a vida por ele. Aliás, até com os animais ocorre assim. Se formos brincar com os pintinhos de uma galinha, ela certamente vai defendê-los, avançando contra nós. Nem a cobra mata os seus filhotes.

Contudo, o certo é que o aborto continua a ser praticado, e, segundo Azambuja (2003, p. 479):

Clandestinos ou não, merecem um maior aparelhamento da equipe de saúde, incluindo a área de saúde mental, voltada para ações na esfera da prevenção primária, secundária e mesmo terciária, em face dos inúmeros conflitos que circulam a mulher antes, durante e após a prática abortiva.

Segundo o Ministério da Saúde (2011,p.9):

O abortamento representa uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Segundo estudo da Mortalidade de Mulheres, de 10 a 49 anos, com Pesquisa realizada em 2002, em todas as capitais e no Distrito Federal, evidenciou a

permanência de alta taxa de mortalidade materna no País (BRASI L, 2006), diferentemente do que ocorre em países desenvolvidos, onde essas taxas de morte, especificamente por aborto, são reduzidas. Entre 1995 e 2000, estatísticas de vários países europeus mostram taxas inferiores a 10 óbitos/100.000 nascidos vivos, com o aborto sendo realizado em condições seguras, não se constituindo mais importante causa de óbito.

Observa-se perante o exposto até agora que abortar é algo muito difícil de se decidir, mas também o de planejar adequadamente a família, bem como a posição do médico e da legislação do país. Fatos que tentar-se-á expor a seguir.

5.2 Dificuldades médicas e de planejamento familiar

Conforme anteriormente mencionado, para a legislação penal brasileira, o aborto é um crime, não sendo penalizado em casos excepcionais, quando praticado por médico, na hipótese de não haver outro meio para salvar a vida da gestante ou se a gravidez é resultante de estupro. Apesar desse direito garantido às mulheres, sobretudo em casos de gravidez decorrente de estupro, Diniz (2005, p. 114) afirma que: “[...] poucos médicos aceitam efetuarlo, por razões de consciência e ante o fato de ser a prática abortiva uma atividade malvista profissionalmente”.

Para o Ministério da Saúde do Brasil o atendimento ao aborto requer:

A atenção humanizada às mulheres em abortamento merece abordagem ética e reflexão sobre os aspectos jurídicos, tendo como princípios norteadores a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, não se admitindo qualquer discriminação ou restrição ao acesso à assistência à saúde. Esses princípios incorporam o direito à assistência ao abortamento no marco ético e jurídico dos direitos sexuais e reprodutivos afirmados nos planos internacional e nacional de direitos humanos.(Ministério da Saúde, 2011,p.15)

O objetivo do Ministério da Saúde não é fazer apologia a favor do aborto, mas ditar normas e regras para um atendimento humanizado às mulheres que recorrem à este procedimento, e apesar disto ela não pode ser maltratada ou descuidada pelo Sistema Único de Saúde.

Em geral, os médicos se vêem diante de um dilema, tendo que enfrentar valores profissionais e morais conflitantes, temendo, muitas vezes, a provável falta de veracidade do fato narrado pelas vítimas de estupro, receando sofrer penalidades. Diniz (2006, p. 70) diz ainda que algumas clínicas só atendem as vítimas de estupro: “[...] se munidas de autorização judicial para o aborto ou de ocorrência policial da época da agressão e se sua idade gestacional permitir o procedimento abortivo”, o que tem levado muitas gestantes carentes a arriscarem suas vidas em estabelecimentos de aborto clandestino.

O MS tem buscado soluções neste aspecto prevendo como norma ao atendimento a mulher que aborta o seguinte:

em todo caso de abortamento, a atenção à saúde da mulher deve ser garantida prioritariamente, provendo-se a atuação multiprofissional e, acima de tudo, respeitando a mulher na sua liberdade, dignidade, autonomia e autoridade moral e ética para decidir, afastando-se preconceitos, estereótipos e discriminações de quaisquer natureza, que possam negar e desumanizar esse atendimento. (MS,2011,p.22)

Quando os médicos se formam, fazem um juramento para salvar vidas humanas. É o juramento de Hipócrates, filósofo Grego (460-377 a.C.) que, por seus ensinamentos sobre a ética médica, veio a ser cognominado o Pai da Medicina. Hipócrates, já naquela época tinha o sentimento natural sobre a grandeza da vida humana, à qual, para ele, deveria ser mantida no ventre materno até o último suspiro.

Eis alguns trechos de seu célebre juramento, repetidos pelos médicos no ato da formatura *apud* Aquino (2005, p. 17):

Eu juro que não darei a nenhuma pessoa remédio mortal, ainda que seja por ela pedido, nem darei conselhos que induzam à destruição: também não darei, a mulher alguma, substância ou objeto destinado a provocar abortamento. [...] Manterei a minha vida com pureza e santidade. [...] Nunca me servirei de minha profissão para corromper os costumes ou favorecer o crime. Prometo que, ao exercer a arte de curar, me mostrarei sempre fiel aos preceitos da honestidade, da caridade e da ciência. [...] Se eu cumprir este juramento, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou se o infringir, suceda-me o contrário.

Muitos médicos, fiéis seguidores do juramento de Hipócrates, sobretudo aqueles que acima de tudo assumiram a digna missão de salvar vidas humanas, posicionam-se contra qualquer forma de aborto. Contrários até mesmo ao polêmico aborto eugênico, argumentam que o progresso da ciência médica só tem legitimidade quando utilizado em favor da vida e do bem-estar da humanidade e não da morte. Para estes profissionais, o nascituro, mesmo quando portador de grave anomalia física ou psíquica tem o mesmo estado ético-jurídico de dignidade que os demais seres humanos e, por isso, merece a proteção da Medicina e do próprio Direito.

Em relação ao atendimento médico hospitalar à mulher que aborta o MS (2011,p.22) em referência à bioética no abortamento dita a seguinte norma:

A atenção humanizada às mulheres em abortamento pressupõe o respeito aos princípios fundamentais da Bioética (ética aplicada à vida): a) autonomia: direito da mulher de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida; b)

beneficência: obrigação ética de se maximizar o benefício e minimizar o dano (fazer o bem); c) não maleficência: a ação deve sempre causar o menor prejuízo à paciente, reduzindo os efeitos adversos ou indesejáveis de suas ações (não prejudicar) e d) justiça: o (a) profissional de saúde deve atuar com imparcialidade, evitando que aspectos sociais, culturais, religiosos, morais ou outros interfiram na relação com a mulher.

O Ministério da Saúde, enfatiza-se aqui não é a favor do aborto, mas sim de atendimento humanizado à mulher, independentemente da posição pessoal do médico sobre o aborto.

No exercício da medicina, o médico deve auxiliar suas pacientes na escolha de um adequado método contraceptivo, alertá-las, também, quanto à possibilidade de uma possível gestação de risco, que venha comprometer sua integridade física, advertindo-as, ainda, da probabilidade de gerarem filhos anormais. No entanto, se envolver no controle repressivo da natalidade ou mesmo no planejamento familiar não é missão para este profissional, é uma tarefa eminentemente política.

Diniz (2006, p. 153-154), conceitua o planejamento familiar da seguinte forma:

[...] conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal [...] O planejamento familiar é livre decisão do casal [...] cabendo ao Estado tão somente propiciar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito, não podendo haver controle público ou privado. Ao Estado compete, portanto, estabelecer uma política de reprodução humana que respeite os direitos fundamentais, garantindo a todos a saúde. O planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou o sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou deve ter. [...] O casal é o titular do direito reprodutivo, cabendo a ele, ante o princípio da liberdade de decisão, planejar sua família, no que atina ao fato de ter ou não filhos, ao número destes e ao espaçamento entre as gestações.

É lamentável que a humanidade, no limiar do século XXI, após ter atingido um nível de desenvolvimento técnico-científico impressionante, que o aborto ainda seja buscado como método de controle repressivo da natalidade, às vezes camuflado pela designação mais plausível de planejamento familiar, conforme tem sido observado em muitos países.

Nas últimas décadas, países poderosos e agências internacionais têm investido milhões de dólares em grandes campanhas para o controle repressivo da população mundial, especialmente nos países pobres e em vias de desenvolvimento. Muitas nações e organismos internacionais justificam o aborto como prática necessária para evitar ou solucionar problemas de ordem econômica ou social, tais como: o desemprego, os baixos salários, a deficiência de moradia e, sobretudo, a fome.

Sobre este fato, Diniz (2006, p. 87) questiona:

[...] o crescimento populacional e a fome constituem um problema bastante atual, mas seria a legalização do aborto imprescindível para atender às necessidades sociais de modo mais justo, preocupando-se com a camada populacional carente e eliminando o problema da alimentação mundial? Poder-se-ia acatar o argumento demográfico para instituir o aborto como controle da natalidade, o qual, matando os excedentes, seria um poderoso remédio para conter o crescimento da população e solucionar a grave questão da poluição ambiental e da fome, que assola algumas partes do mundo? Para que o aborto, se bastaria uma política demográfica racional e moderna que incentivasse programas de planejamento familiar [...] Será que legalizar a prática abortiva resolveria o problema da fome? As causas desta poderiam ser eliminadas com reforma agrária, melhor aproveitamento da terra ou dos recursos, racionalização da distribuição dos gêneros alimentícios, desenvolvimento agrícola e pecuário e uma efetiva política mundial em matéria econômica?

No Brasil, também há quem entenda que seria legítima uma atitude pró-aborto baseada em necessidades de caráter social, econômico e político, objetivando conter a ameaça de uma possível explosão demográfica. Na opinião de França (1998, p. 227):

A interrupção de uma gravidez por motivos econômicos ou sociais não estaria, de forma alguma, justificada, pois o Estado não poderia ameaçar a existência de alguém por motivos dessa natureza. Permitir a morte de um ser humano por motivos de falta de recursos suficientes para sua manutenção é um triste sinal de insensibilidade e desvalorização da vida, sendo essa forma um atestado insofismável da falta de coragem em afirmar que tais problemas podem ser resolvidos com medidas de ordem social que dêem à mulher condições de criar seus filhos. Caso o Brasil algum dia venha permitir esta prática, seria uma forma de provar sua própria ineficiência para tratar das questões sociais.

Em países onde as mulheres têm acesso aos serviços seguros, suas probabilidades de morrer em decorrência de um abortamento realizado com métodos modernos não é maior do que uma para cada 100 mil procedimentos. Em países em desenvolvimento, o risco de morte por complicações de procedimentos de abortamento inseguro é várias vezes mais alto do que de um abortamento realizado por profissionais e em condições seguras (OMS, 2004).

Apesar da polêmica admitindo diferentes posicionamentos pró e contra o aborto, médicos, juristas e leigos concordam em um ponto: o impacto negativo do aborto, com o avanço da medicina atual, tanto em nível técnico quanto na preparação psicológica, poderia ser bem menor caso a prática abortiva saísse da clandestinidade.

Em países onde o aborto é proibido por lei ou norma religiosa, não há queda da taxa total de abortos, pelo contrário, estudos demonstram um efeito direto entre a proibição e o aumento das taxas de abortamentos clandestinos e inseguros, e logo, da mortalidade materna (AGI, 2004, 2008; BRASIL, 2006; DREZETT, 2005)

5.3 Conflitos religiosos, éticos e morais

O debate que se estabeleceu em torno do aborto comporta uma análise sob os aspectos éticos, morais, científicos, jurídicos, teológicos e, sobretudo políticos, demonstrando a profundidade e a extensão do conflito, bem como a dificuldade para se estabelecer um consenso entre o que venha a ser lícito e ilícito, justo e injusto, moral e imoral. Encontrar-se-á sempre pessoas que considerarão o aborto como um ato desumano, uma prática inaceitável; enquanto outras o verão simplesmente como uma conduta corriqueira e necessária.

No mundo inteiro, surgem grupos e governos dispostos a legalizar o aborto, torná-lo fácil, acessível e juridicamente correto. Os argumentos são os mais diversos, tais como: o direito da mulher sobre o seu próprio corpo, a violência sexual contra a mesma, as condições socioeconômicas para educar um filho, problemas de má formação fetal, gravidez meramente indesejada, dentre outros.

Diniz (2006, p. 98) afirma que há um contrassenso no ar:

De um lado, líderes do mundo inteiro defendem os direitos humanos, lutam contra o terrorismo político e o anarquismo, protegem a fauna e a flora e procuram a fórmula mágica da concórdia e da paz mundial, cientistas buscam meios para evitar a mortalidade infantil, salvar vidas humanas e curar doenças; de outro, há quem enalteça a legalização ou descriminalização do aborto, aplaudindo o crime legalizado e a consagração da intolerância contra os seres humanos inocentes, indefesos e indesejados pelos seus genitores, negando-lhes o direito ao respeito à sua vida. Quais as razões desse raciocínio ou comportamento tão ilógico? O aborto não seria um abuso de força contra um ser humano débil e inocente, que não pode defender-se?

Fundamentadas pelo princípio bíblico disposto no livro do Êxodo, capítulo 20, versículo 13 da Bíblia Sagrada (1990, p. 92): “Não mate”, as diversas religiões cristãs condenam a prática do aborto, ainda que a interrupção da gravidez se dê por razões de ordem terapêutica ou sentimental.

A religião católica, baseada em dados científicos de séculos passados, afirma que desde a concepção e mesmo antes de se fixar no útero feminino, o óvulo fecundado já é o início de uma vida humana. Portanto, se coloca contra o aborto provocado, defendendo a vida humana desde a concepção até sua morte natural, afirmando que a vida é um direito de todo ser humano.

Segundo Aquino (2005, p. 29):

O pecado de abortar é tão grave que a Igreja aplica à mulher católica que o praticar, a pena de excomunhão *latae sententiae*; quer dizer, automaticamente, por força do

próprio ato. [...] Somente em cerca de sete casos graves a Igreja aplica a pena máxima de excomunhão; entre eles está o aborto. [...] a pessoa excomungada é colocada para fora da Igreja, excluída do Corpo Místico de Cristo, impedida de participar da Santa Missa e de receber os Sacramentos.

A doutrina espírita, amplamente acolhida pelo povo brasileiro, inclusive por grande número de católicos, coloca-se inteiramente contra o aborto. De acordo com seus preceitos, na vida, nada acontece por acaso, por isso, uma gravidez não deve ser interrompida em nome da justiça dos homens ou simplesmente porque alguém o quer. O aborto provocado, independente dos motivos, trará consequências graves para aqueles que tomaram a decisão de abortar, consequência estas dignas de um resgate espiritual penoso em supostas vidas futura.

Todas as outras religiões, principalmente as mais disseminadas no Brasil, são unânimes em afirmar que ninguém tem o direito de eliminar uma vida em potencial. Para todas elas, a vida é considerada sagrada, uma dádiva divina. Por conseguinte, o aborto é uma prática que não se enquadra nesta definição. Algumas religiões, no entanto, apesar de serem contrárias ao aborto abrem exceção quando se trata de aborto para salvar a vida da gestante ou em caso de estupro. No entanto, mesmo nestas circunstâncias, todas elas consideram a conduta abortiva como um crime espiritual gravíssimo, ocasionado pela ignorância e pelo egoísmo humano.

Não é necessário abreviar uma vida, tampouco impô-la a quem não teve ainda o direito de fruí-la. De acordo com Nalini (2005, p. 521-522): “Sacrificar a vida, impedi-la de vir à luz, abreviá-la, não é só contra o direito, mas também contra a ética e a moral que rege os princípios sociais humanos”.

Apesar de ser o Brasil um país de grande tradição religiosa, todavia, com duvidosos preceitos éticos e morais, quando o tema envolve o aborto, tão renegado por todas as religiões, sobretudo a católica, observa-se que há uma enorme divergência de princípios, pois, é notório o fato de que, neste país, as estatísticas denunciam a ocorrência de um dos maiores índices de aborto de todo o mundo.

Fundamentados pelos pressupostos de que o feto não merece qualquer consideração existencial humana, há aqueles que defendem a total descriminalização do aborto, afirmando que a mulher tem o livre arbítrio sobre o seu próprio corpo, podendo dispor do feto como e quando quiser, alegando que não há homicídio onde não há vida humana.

Diante da insignificância do feto humano, adotando a mesma concepção sobre o aborto, afirmam alguns doutrinadores que a melhor forma de encará-lo é a sua total liberalização, já que sua criminalização representa um caso grave de injustiça social e de saúde pública, principalmente quando o Estado Democrático de Direito vira as costas àquelas

mulheres que por ele optaram, obrigando-as a se dirigirem para a clandestinidade.

Segundo Kyriakos *apud* Diniz (2006, p. 88):

Não há como negar que a proibição do aborto pode levar algumas gestantes à sua prática clandestina, por não terem condições de escolher o médico ou o hospital. A ilegalidade incentiva a ação de clínicas clandestinas para atendimento de mulheres de classe média e baixa, que podem, pela precariedade, levá-las à morte ou acarretar-lhes lesões irreparáveis.

O direito da mulher contemporânea, incluindo-se aí sua saúde sexual e reprodutiva, constitui-se atualmente em uma das principais garantias apregoadas pelos defensores dos direitos humanos, concepção refletida por documentos produzidos por inúmeras conferências das Nações Unidas.

Todos estes documentos reconhecem o direito fundamental do casal na livre opção para determinar o número de filhos que desejam ter, afirmando, também, que o aborto inseguro é um grave problema de saúde pública, recomendando aos governos que considerem a possibilidade de reformular as leis que estabelecem medidas punitivas contra aquelas mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais, garantindo-lhes o acesso a serviços de saúde de qualidade para tratar possíveis complicações derivadas de práticas abortivas mal sucedidas. Caminho pelo qual o Brasil tem trilhado onde Ministério da Saúde em sua legislação afirma que:

A gravidez e o parto são eventos sociais que integram a vivência reprodutiva de homens e mulheres. Este é um processo singular, uma experiência especial no universo da mulher e de seu parceiro, que envolve também suas famílias e a comunidade. A gestação, parto e puerpério constituem uma experiência humana das mais significativas, com forte potencial positivo e enriquecedora para todos que dela participam. (BRASIL, 2011, p.9).

Quando durante a gravidez há causas de abortamento espontâneo o sofrimento é muito grande. Há muita dor, sentimento de perda e menos valia que pode acompanhar a mulher por muito tempo, ou por toda a vida.”Sabe-se que frente ao aborto espontâneo ou provocado, a mulher passa por momentos de conflitos, contradições, certezas e incertezas, ou seja, uma situação muito delicada e complexa na vida daquela que o vivencia” (NERY, 2003).

A tão temida explosão demográfica sempre foi um argumento relevante para conseguir um consenso universal sobre temas que preocupam certas elites. Isto levou muitos países a investir recursos em políticas para controlar a natalidade até mesmo além de suas fronteiras. Há uma luta no mundo inteiro para aprovar o aborto. A própria Organização das

Nações Unidas está hoje a favor desta batalha, querendo globalizar o aborto. Segundo Aquino (2005, p. 64-65):

Além da atividade perniciosa da ONU para promover o aborto a nível mundial, há governos que promovem a prática do aborto em outras nações. A agência holandesa ANP notificou recentemente que um navio holandês equipado com um consultório ginecológico obteve autorização para distribuir um remédio abortivo, em águas internacionais, a mulheres que vivem em países onde a interrupção voluntária da gravidez é proibida, como na América Latina.

Sobre a Posição da ONU - Organização das Nações Unidas, Rocha e Andalaft Neto (2003, p. 257), preceituam que:

Quando a comunidade das Nações Unidas trata da temática do aborto em suas conferências e documentos, especialmente do aborto inseguro, ela está reconhecendo que essa grave questão necessita ser enfrentada. O aborto inseguro é considerado um problema de saúde pública.

No Congresso Nacional brasileiro tramitam atualmente vários projetos de Lei pró-aborto, cada qual com suas modalidades próprias. Dentre todas as formas de aborto criminalizadas pela legislação penal brasileira, o aborto eugênico é o que mais tem probabilidade de algum dia vir a ser descriminalizado. Sobre tal fato, França (1998, p. 227) faz uma importante observação:

[...] no rastro do aborto dito eugenésico viriam as outras formas de aborto. Onde levantaríamos o limite do direito de o ser humano existir? Certamente, depois de legalizadas essas formas de aborto surgiriam os defensores do infanticídio legal dos recém-nascidos malformados. Em seguida, a morte dos velhos, dos incuráveis, dos inválidos e, até quem sabe, dos politicamente indesejados. Pode parecer absurdo, mas foi assim que a Alemanha nazista começou e terminou.

Diante do aborto e suas várias modalidades, Faraco (2005, p. 440) assim discorre:

[...] estamos todos perante o confronto entre a 'angústia' e a 'vida'. A 'angústia' é opressiva, e faz sofrer a mulher e seus familiares. A 'vida' é um dom inestimável, do qual somos beneficiários, mas não donos. [...] No estupro, a agressão bestial e traumatizante, violenta o que há de mais íntimo, deixando marcas psicológicas profundas que, de mil modos, se materializam e perpetuam no ser humano que tiver sido concebido. O impulso para eliminar tais marcas é, compreensivelmente, em extremo, intenso e premente. [...] Na gravidez de risco, o temor da morte é um sentimento cruciante, uma expectativa que perdura meses, tudo difícil de suportar. Nesse clima pesado, o amor materno enfraquece cedendo lugar ao instinto de conservação. [...] Do outro lado, entretanto, está a vida de alguém que, como todos nós, não pediu para ser gerado, mas que, por ter sido chamado a existir, foi inserido, também, como nós e sua própria mãe, nas imensas perspectivas das aspirações infinitas, pessoais, intransferíveis, insaciáveis, numa palavra: humanas. Denominar, esse alguém, embrião ou feto, não lhe anula o caráter sagrado.

Considerá-lo uma excrescência, que a mulher tem o direito de arrancar e de jogar fora - como um calo ou uma verruga - com o sofisma de 'livre escolha', é a falsificação grosseira e sórdida dessa realidade misteriosa e incomparável: o ser capaz de pensar e querer, de amar e doar-se.

Sobre as duas hipóteses em que o aborto é amparado pela legislação penal brasileira, Diniz (2006, p. 59) lança o seguinte questionamento: “Haveria no Brasil aborto legal?” A resposta a esta questão liga-se à elucidação do artigo 128 do Código Penal e seus incisos, que prescreve:²²

Na opinião de alguns doutrinadores, o artigo 128 e seus incisos, ao dispor que não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gestação for resultante de estupro, não está descriminalizando o aborto nessas circunstâncias especiais, mas sim despenalizando-o. Diniz (2006, p. 59) afirma que: “Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena [...] Crime é uma coisa e pena, outra”. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se uma pessoa comum, não sendo médico, vier a realizar um aborto para salvar a vida de uma gestante ou porque ela foi estuprada, crime existirá e, ainda, haverá a aplicação de uma pena.

Sobre o fato do artigo 128 do Código Penal não punir o aborto praticado por médico nos casos preceituados pelos incisos I e II do mesmo artigo, Diniz (2005, p. 60) novamente preceitua:

Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. [...] O artigo 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante de estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime.

Até porque, no Brasil, ante o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), não há nem poderia haver aborto legal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²² Art. 128 - Não se pune aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Mesmo que, o artigo 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação resultante de estupro, ainda assim estaria coberto de inconstitucionalidade, pois nem mesmo emenda constitucional, e muito menos lei ordinária, jamais poderia abrir exceção ao comando contido no referido artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Assim sendo, de acordo com alguns doutrinadores do Direito brasileiro, é incontestável o fato de que o aborto sem pena, previsto no artigo 128 do Código Penal, é realmente um crime.

No tocante ao aborto para salvar a vida da gestante, Diniz (2006, p. 61) questiona: “No estado atual da medicina, em que se basearia tal prática abortiva? Não seria uma figura anômala, contida no Código Penal, em face das modernas conquistas tecnológicas?” Oliveira e Costa Júnior *apud* Diniz (2006, p. 61) dizem que: “[...] Existem outros meios para tentar salvar a vida da gestante. A medicina, nos dias atuais, conta com extraordinários recursos clínicos e cirúrgicos que possibilitam resgatar tanto a vida da mãe como a do feto”.

Oliveira e Costa Júnior *apud* Diniz (2006, p. 64) afirmam que há um contrassenso na lei penal, indagando:

Se a norma constitucional assegura a vida humana, por que a do feto vale menos que a de sua mãe? Não deveria o direito à vida ser garantido a todos e de modo igual? Qual diferença existe na vida da gestante e do feto se ambas são merecedoras da proteção constitucional? Pode haver opção entre a vida da mãe e a do nascituro se não for possível salvar ambas? Quem optará por uma delas. O Médico deverá sempre, havendo perigo de vida para a gestante, sacrificar o feto? Haverá ou não, no aborto necessário uma colisão de direitos: o da mãe e o do filho? Seria justo matar o filho para salvar a vida de sua mãe?

Sobre a despenalização do aborto em casos de gestação resultante de estupro, há aqueles que afirmam ser realmente injustificável querer obrigar uma mulher nestas circunstâncias a aceitar um filho, fruto de uma gravidez involuntária. Sendo, portanto, incontestável a permissão legal para o ato abortivo, no sentido de não puni-lo, conforme dispõe a legislação penal brasileira, isto por determinar uma relação negativa entre mãe e filho, pois, caso este venha a nascer, sua presença trará à lembrança o sofrimento causado pela violência sexual a que a vítima fora submetida, carregada de ódio e rancor.

Sobre este fato, Diniz (2006, p. 67) questiona:

Poder-se-ia admitir que o ódio pelo estupro se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício? Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido

pela vítima? O estupro é terrível e muito doloroso, por isso, ilógico seria ‘apagá-lo’, como se isso fosse possível, da memória da vítima com uma outra violência não menos atroz, que é a destruição da vida de um ser humano inocente. Será que o abortamento faria com que a lembrança de uma violência sexual praticada desaparecesse, eliminando o trauma psicológico sofrido pela vítima? Quem poderia garantir que a opção pelo aborto não iria acrescentar um novo trauma, somado ao da violência sexual? O aborto não seria um erro para corrigir outro? Será que um erro justificaria outro? Não se deveria fomentar a prática de serviços psicológicos ou psiquiátricos que pudessem ajudar a gestante a superar o trauma provocado pelo estupro?

Nalini (2005, p. 519) diz que: “Em nome de pretensos direitos, invoca-se o inexistente direito de subtrair a vida. Sem a qual, não faz sentido a existência do direito”.

O direito à vida é protegido por normas jurídicas e é onipresente, pois está inserido em todos os ramos do direito, inclusive no direito das gentes²³. Portanto, segundo Miranda *apud* Diniz (2006, p. 27): “A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular [...]”.

Diniz (2006, p. 28) afirma que: “A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. A vida, bem como o direito à vida é igual para todas as criaturas humanas na face da Terra”. Não havendo, portanto, diante dos preceitos constitucionais, qualquer possibilidade para se descriminalizar o aborto, tendo-se em vista que estes consideram a vida e a dignidade da pessoa humana o valor-fonte, ou seja, o núcleo central de toda experiência ética, jurídica, econômica e sociopolítica e o fundamento do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, Escolano *apud* Diniz (2006, p. 28-29) questiona:

Como, então, se poderia falar em aborto? [...] Como acatar o aborto, que acoberta, em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar da hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência no sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico do qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio albergaria valor superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar na escala dos valores?

A vida verdadeiramente é um mistério. A ciência, o Direito e o próprio homem possuem uma concepção muito simplista do que realmente venha a ser a vida humana. Diante do direito à inviolabilidade da vida, quando o tema é o aborto, há o inevitável confronto entre o Direito Penal e os princípios constitucionais.

²³ É a denominação que antigos escritores davam ao Direito Internacional Público, sendo, assim, compreendido como, o conjunto de regras que regem a vida das nações entre si.

Segundo Nalini (2005, p. 521):

É paradoxal a situação de uma sociedade que, após eleger valores plenos e incondicionais como a vida, se proponha a abortá-la em nome de direitos não positivados. Em nome do direito à liberdade de escolha, em nome da autonomia da vontade, em nome da igualdade da mulher. Liberdade positiva, conforme contemplada na Constituição, é a realização plena de suas potencialidades individuais. Liberdade de consciência para crescer até a plenitude possível, não liberdade para matar. A autonomia da vontade não significa sua utilização para sacrificar vidas. A igualdade da mulher não pode servir de pretexto para que ela se desiguale e venha a eleger a morte como fórmula de autoafirmação.

Sobre aborto e suas contradições, Aquino (2005, p. 13), assim preceitua:

Alguns, arbitrariamente marcam uma idade do feto, por exemplo, antes de três meses, não há ser humano: depois sim. Mas, se nos valermos da idade para determinar o direito que o feto tem à vida, então, poderíamos também fixar uma idade máxima para reconhecer uma pessoa como humana; por exemplo, 80 anos; e poderíamos dizer que todos, acima desta idade, não terão mais sua vida protegida pela lei. É claro que ambos os casos se identificam, e são igualmente absurdos! Se hoje damos o direito à mãe de matar legalmente seu filho não nascido, porque é um estorvo para ela, amanhã, logicamente, devemos dar ao filho o direito, também legal, de matar sua mãe que se tornou um peso para ele. Tudo isso é um grande absurdo!

No aborto, vida e morte caminham paralelamente. Escolano *apud* Diniz (2005, p. 31) diz que: “[...] é preciso refletir sobre o aborto e respeitar a vida e o direito ao nascimento”. Urge que a humanidade progrida, caminhando em direção a princípios que permitam ao homem ser cada vez mais humano, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável da inviolabilidade do direito à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer, mas ao mesmo tempo é preciso pensar na mulher, que querendo ou não os legisladores, moralistas e religiosos, continua a praticar o mesmo.

Se ela assim o faz deve deixar de ser atendida, orientada, socorrida?

6 CONCLUSÕES

A investigação realizada demonstra a grande dificuldade de se afirmar contra ou a favor do aborto. Ele, diante das diretrizes morais, religiosas e filosóficas da humanidade, é algo que não condiz com a humanidade, mas há fatores importantíssimos que se colocam ao lado do favoritismo desta escolha.

Realmente o aborto é uma escolha: pessoal e intransferível, cabe à mulher, somente à ela, a decisão, não importando se o feto tem ou não anomalias genéticas, se foi gerado ou não conforme seu desejo – no caso de estupro, se ela corre ou não risco de vida. Muitas vezes ela apenas decide o que fazer.

Claro que todas as vezes em que decide pela vida do feto, pela possibilidade de uma vitória do amor sobre a violência e a dor, deva receber todos os incentivos, todas as considerações, e auxiliadas na gestação como um todo, até o nascimento daquela criança.

Mas se decide pelo aborto. Ela não deve ser recriminada e criminalizada. Esta decisão é muito difícil para a pessoa, que sofre danos físicos, morais, psicológicos e social, por esta tomada de atitude. Só isto é uma penalização, uma dor forte pela atitude realizada.

O Ministério da Saúde se coloca de forma bem clara sobre o assunto. Ele não é a favor ou contra o aborto. Ele apenas se preocupa com a mulher que o pratica. Vê seu sofrimento recorrente de sua atitude, e por isso normatiza, que independentemente da posição médica, a mesma, deve ser tratada com consideração e humanidade, com respeito e carinho. Basta-lhe o sofrimento que sua atitude acarretou. Esta é uma forma de minimizar o efeito que um aborto possa causar sobre a mulher.

A legislação brasileira tem se mostrado contra o aborto. Há uma forte tendência de ser a favor, mas diante dos preceitos morais e religiosos que a sociedade aceita como certos, os legisladores percebem a grande dificuldade sobre a legalização do mesmo.

Mas isto seria apenas um critério legal, moral e religioso pois o que realmente preocupa os dirigentes nacionais é o fato de muitas mulheres pobres, pois as ricas têm condições de arcar com as despesas de um aborto em boas clínicas, se lançarem nas mãos de pessoas, clínicas e remédios que possam acarretar inúmeros sofrimentos físicos, levando-as à morte, ou, à infertilidade.

É uma situação difícil de resolver. Se pensar nas mulheres pobres que sofrem com abortos clandestinos, geralmente, se é à favor; mas se refletir sobre o valor da vida que o feto possui, mesmo antes de nascer há que se pensar inúmeras vezes sobre o assunto. É uma faca

de dois gumes, cuja saída está difícil de ser encontrada.

Um aspecto importante é compreender que quem fez, faz e fará aborto são pessoas que continuarão a praticá-lo, que o realizarão mesmo com lei ou sem lei sobre o assunto. Muitas vezes ninguém fica sabendo. É uma decisão de foro pessoal. As que produzem o aborto o farão de qualquer forma. Talvez pudesse ser algo permitido, pois assim, estaria protegendo, ao menos, as mais desfavorecidas economicamente.

A legislação atual permite em algumas situações: estupro, doenças congênitas muito grave ou quando a mãe corre risco de vida. Para que o aborto seja autorizado legalmente há todo um processo a ser percorrido, e muitas vezes ele é tão demorado que passa a época certa dele ser feito. Como no caso de uma menina no norte do país, que engravidou com nove anos, ao pedir autorização a igreja católica demorou tanto, pois o bispo da localidade foi contra, que quando a conseguiu já não era mais possível ser realizada.

Pensando nesta questão há uma pergunta a ser feita: quem entende mais sobre a necessidade desta menina fazer o aborto: o bispo, um legislador ou um médico? Como ninguém conseguiu responder adequadamente, a pessoa que sofreu foi a menina. Penso que isto não seja Justiça.

Conforme a proposta desta investigação sobre ser o aborto: uma questão legal ou de saúde pública, pode-se afirmar que ambas, pois cabe aos legisladores protegerem a vida, sob todas as formas, e também permitir e ajudar mulheres que praticam o aborto, pois quanto ao nascituro, nada mais se pode fazer, mas há ainda chances de cuidar e salvar estas mulheres, que na realidade o que mais desejam é o “melhor para si e seus filhos”.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Félix Ruiz. **A inviolabilidade da vida**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito fundamental à vida. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 15, p. 397-418, 592 p.

ROCHA, Isabel Baltar da; ANDALAFT NETO, Jorge. **A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos**. In: BERQUÓ, Elza (Org.). Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003, 389 p.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Aborto?... Nunca!... 40 razões**. Lorena: Cléofas, 2005, 134 p.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **O aborto sob a perspectiva da bioética**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 807, p. 473-485, 2003, 670 p.

BÍBLIA SAGRADA. **Êxodo**, capítulo 20, versículo 13. São Paulo: Paulinas, 1990, 1630 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Código Penal**. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004, 293 p.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3 ed., aum. e atual., conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei nº 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006, 966 p.

DREZETT, J. **Painel de descriminalização do aborto**. Brasília, 2005. Realizado em Brasília e promovido pela Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/arquivos/jefferson/problema_saude05.doc>. Acesso em: 17 março. 2012.

EÇA, José Antônio. **O aborto**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito fundamental à vida. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Cap. 26, p. 543-566, 592 p.

FARACO, Daniel. **Aborto: a angústia e a vida**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva

(Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 18, p. 439-441, 592 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Nova Fronteira, 1994, 940 p.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998, 491 p.

HADDAD, Gilberto Jabur. **O direito à vida como direito ao nascimento**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 17, p. 432-437, 592 p.

HERCULES, Hygino de C. **Obstetrícia forense: aborto**. In: GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 33 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, 566 p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte especial. v. 2, 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, 517 p.

KARDEC, Allan. **O Livro dos Espíritos**. Trad. Guillon Ribeiro. 76 ed., Rio de Janeiro: FEB, 1995, 494 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade**. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 9-31, 1996, 408 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 3 ed. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 1117 p.

MELLO, Gustavo Miguez de. **Direito fundamental à vida**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 13, p. 263-281, 592 p.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: Parte especial - arts. 121 a 234, CP. 23. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2005, 510 p.

MUTO, Elza; NARLOCH, Leandro. **Quando a vida começa?** Super Interessante, São Paulo, v. 412.120, nº 219, p. 56-64, nov. 2005, 106 p.

NALINI, José Renato. **“A Vida É”**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, Cap. 23, p. 517-523, 592 p.

NERY,IS;TYRREL MAR. **O aborto provocado e a questão de gênero:mulheres em evidência e as evidências das mulheres para as bases da assistência de enfermagem.** Teresina (PI):EDUFPI;2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE -OMS. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para os sistemas de saúde.** Genebra, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998, 241 p.

SANTIAGO, Amanda de Lira. **Aborto: um direito da mulher ou um crime contra a vida?** Revista da FADICA, Caruaru, ano 31, nº 22, p. 273-285, jan/dez. 2000, 234 p.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 20 ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2002, 873 p.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direitos humanos urgente!** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, 102 p.

www.portalamazonia.globo.com(acessado em 20/04/2012)

www.cacp.org.br (acessado em 20/04/2012)

www.revistarene.ufc.br/vol12n3_html_site/a07v12n3.htm(acessado em 21/05/2012)