

FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

DAYANE FARIAS GOMES

A POLÊMICA DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

**RUBIATABA/GO
2017**

DAYANE FARIAS GOMES

A POLÊMICA DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Marcelo Marques de Almeida Filho.

**RUBIATABA/GO
2017**

DAYANE FARIAS GOMES

A POLÊMICA DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Marcelo Marques de Almeida Filho.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

Mestre Marcelo Marques de Almeida Filho.
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico o meu TCC para todos aqueles que fizeram do meu sonho real, me proporcionando forças para que eu não desistisse de ir atrás do que eu buscava para minha vida. Muitos obstáculos foram impostos para mim durante esses últimos anos, mas graças a vocês eu não fraquejei. Minha família pela paciência que tiveram comigo, professores pela dedicação de cada um e pra Deus que sem ele nada disso teria acontecido.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a Deus por ter me possibilitado estar firme durante toda essa trajetória, caminho esse que irá me levar à realização dos meus sonhos!

Mãe, pai, irmão, amor, sem vocês nada disso seria possível. Obrigado pelo apoio, carinho e compreensão. Essa vitória não é só minha, é nossa.

Ao meu orientador Marcelo Marques, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos e também ao meu breve orientador Mestre Andrey Borges Pimentel Ribeiro, que muito me auxiliou no início da elaboração do trabalho.

A todos os professores por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mais a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicam a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem feito aprender.

A Faculdade Evangélica de Rubiataba, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O tema proposto é: A polêmica da legalização do aborto. A escolha deste trabalho se deu pelo fato de que há uma grande polêmica envolvendo o aborto e suas maneiras de serem feitas, além disso é um tema atual porém discutido ao longo dos séculos. Quanto à metodologia empregada, registra-se a investigação utilizando-se o método dedutivo. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica e com relação a abordagem do estudo uma pesquisa qualitativa. Estuda-se a lei vigente brasileira e estrangeira relacionada ao aborto, conceito e (i) legalidade do mesmo. Identifica-se com estatísticas a prática desse ato pelas clínicas clandestinas, como também se o problema do aborto é jurídico, sendo preciso leis mais severas para regulamentar, prevenir e reprimir tal ato ou um problema de saúde pública, necessitando o Estado de se organizar em prol do bem-estar e da vida da mulher.

Palavras-chave: Aborto; Criminalização; Legalização; Legislação; Polêmica; Saúde.

ABSTRACT

Revisado por Marise de Melo Lemes, conforme declaração em anexo.

The proposed theme is: The controversy of legalization of abortion. The choice of this monograph was because there is a great controversy involving the abortion and its ways to be done, besides that, is a current theme, but discussed over the centuries. As to methodology used, makes it an investigation using the deductive method. The technique of research used is the bibliographic and, in respect to approach of study, a qualitative research. Analyze the current Brazilian Law and foreign, related to abortion, concept and (i) legality of this. Identifies with statistics the practice of this act, by clandestine clinics, as also, if the problem of the abortion is juridical, being needed more several Laws to regulate, prevent and reprimand such an act or a public health problem, requiring the state to organize for the welfare and life of woman.

Keywords: Abortion; Criminalization; Legalization; Legislation; Controversy; Health.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1:	18
Gráfico 2:	33
Gráfico 3:	34

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
AI	-	Agravo de Instrumento
CF	-	Constituição Federal
TJ	-	Tribunal de Justiça
AP	-	Apelações Cíveis
ED	-	Editora
nº.	-	Número
ART.	-	Artigo
p.	-	Página

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO	15
2.1 O CONCEITO DE ABORTO	17
2.1.1 MODALIDADES DE ABORTO.....	19
2.1.1.1 ABORTO NATURAL	19
2.1.1.2 PROVOCAR ABORTO EM SI MESMA OU PERMITIR QUE OUTRO LHO PROVOQUE (ART. 124 DO CP)	20
2.1.1.3 O ABORTAMENTO LEGALIZADO	21
2.1.1.4 DO ABORTAMENTO DO FETO ANENCEFÁLICO	23
2.3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....	25
3 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	27
3.1 UM PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA.....	30
4 A DIGNIDADE HUMANA APLICADA À GENITORA E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE	37
4.1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO.....	40
4.2 LEGALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esse trabalho se trata da polêmica da legalização do aborto numa temática social, tratado sob o prisma da norma jurídica ou da saúde pública, o que gera uma grande polêmica. Busca-se analisar a partir de aportes teóricos, de doutrinas jurídicas, de artigos científicos, da composição normativa nacional e dados de saúde, quais são os pontos críticos a serem abordados sobre o aborto.

Analisar-se-á o seguinte problema: O aborto é uma temática social que deve ser tratado em função da norma jurídica ou sob o viés da saúde pública? Assim, a fim de responder o questionamento levantado temos como hipótese que o Estado deveria fiscalizar e punir os abortamentos ilegais de forma mais eficaz, com o intuito de demonstrar sua real infringência à norma, ou se deveria trazer esse debate à um nível menos ético e moral e mais no sentido de resolver tal problema, ao invés de torna-lo um tabu.

Objetiva-se através desse trabalho verificar, de modo geral, qual o tratamento que deve ser dado ao aborto, mais especificamente estudar a legislação referente ao aborto, sua previsão legal e o conceito de ilegalidade na prática de tal ato. Pretende-se também identificar, especificamente, através de estatística, qual o número aproximado de mulheres que praticaram tal ato, bem como qual é a probabilidade de morte nos abortos feitos em clínicas clandestinas e se esse é um problema de ordem somente pública.

Por fim busca-se analisar, frente ao estudo anteriormente elaborado, se o aborto no Brasil é um problema jurídico, ou seja, a lei precisa ser mais agressiva com quem o comete ou se é um problema de saúde pública, devendo o Estado agir de forma mais contundente.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que nesta fase e investigação utilizar-se-á o método dedutivo, partindo da visão geral para chegar a conclusões particulares. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, com consulta a livros, monografias, artigos retirados da internet e de revistas especializadas, o que constitui em farto material, essencial para a análise do instituto objeto da pesquisa, se tratando de uma análise qualitativa.

Justifica-se este trabalho por ser este ser atual, amplamente discutido e por gerar uma irresignação, principalmente pelas correntes ideológicas-cristãs, o presente trabalho tende a adentrar nos conceitos éticos, sociais e morais, no intuito de se identificar se o aborto é um problema jurídico ou de saúde pública.

Busca-se de fato entender o aborto em sua temática real e mais importante tendo em vista o bem público. Dentre os capítulos serão demonstrados deste noções históricas, estatísticas até comparações estrangeiras. A seguir, será analisado o conceito para melhor esclarecimento do tema.

O primeiro capítulo trata-se da contextualização da legalização do aborto. Sua finalidade é demonstrar primeiramente um breve histórico, o conceito de aborto, e suas modalidades. O capítulo traz também sobre a criminalização do aborto, que é até difícil de ser discutido sob um prisma jurídico, pois é uma questão muito influenciada pela religião.

O segundo capítulo trata primeiramente do aborto e a Constituição Federal. Nesse capítulo analisa-se que principalmente deve ser observado a dignidade da pessoa humana. Adiante, é mostrado o aborto como sendo um problema de saúde pública.

O terceiro e último capítulo trata enfim, que não basta apenas descriminalizar ou legalizar, é preciso dar as gestantes a opção de refletir sobre a medida. Ou seja, não se trata de liberar o abortamento de qualquer maneira, e sim, a mulher que deseja praticar o abortamento poder requerer em qualquer hospital, antes ela passando por uma comissão formada por especialistas que irão acompanhá-la na decisão.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Quanto à evolução histórica, segundo a professora da Mellon (2014) foi o governo soviético um dos primeiros a permitir o aborto. Incentivando as mulheres a terem liberdades para o divórcio e a prática do aborto, aduz que:

A União Soviética tornou-se o primeiro país do mundo a garantir às mulheres o direito ao aborto legal. Dois anos antes, em 1918, o Código da Família, promulgado pelos bolcheviques, havia instituído o casamento civil em substituição ao religioso e estabelecido o divórcio a pedido de qualquer um dos cônjuges. O governo que emergiu da Revolução comunista de 1917 também incentivou a educação feminina e encorajou as mulheres a assumirem os mesmos postos de trabalho que os homens pelos mesmos salários.

Aproveitando-se do crescente conservadorismo social, em 1936, o governo de Josef Stalin (1878-1953) decretou um conjunto de leis cujo objetivo era valorizar a família, dificultar o divórcio e proibir o aborto. A proibição, que vigorou até 1955, não resultou na diminuição do número de abortos. “Em 1938, o número de abortos já era tão alto quanto em 1935, quando ainda era legal”, afirma Goldman. O desaparecimento da família saiu da pauta dos comunistas e a proposta original de libertação sexual se perdeu (BRASIL, 2010).

Passaremos agora a demonstrar como o aborto foi se tornando um crime na legislação do Brasil. Por certo tempo, o abortamento não estava configurado como crime na legislação brasileira.

Tal fato se dava porque a mulher era a proprietária de seu corpo e, sendo assim, poderia interromper a gravidez, já que o filho era parte do corpo da mulher, não era exigível imputar-lhe nenhum crime ou sanção.

Com o Código Penal (1940) do Império de 1830, o aborto passou a ser considerado um crime grave, incluído nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, veja-se:

Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

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

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

Se este crime for cometido por medico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes. Penas - dobradas (BRASIL, 1940).

Nota-se que o referido código não punia a mulher que abortasse, mais apenas a pessoa que praticava na mulher o aborto e ainda com pena dobrada se o

aborto fosse praticado sem o consentimento da mesma. Ou seja, para a mulher, mesmo consentindo, esta não era punida com a prática do ato.

Já no ano de 1880, com a introdução do Código Penal da República, a gestante também passou a ser punida pela prática do auto aborto, porém, a pena variava se havia ou não a expulsão do feto, colaciona-se:

Provocar aborto haja ou não à expulsão do feto da concepção:
 No primeiro caso: - pena de prisão celular por dois há seis anos.
 No segundo caso: - pena de prisão celular por seis meses a um ano.
 § 1º Si em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provoca-lo, seguir-se a morte da mulher:
 Pena - de prisão celular de seis a vinte e quatro anos.
 § 2º Si o aborto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:
 Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.
 Art. 301. Provocar aborto com anuência e acordo da gestante:
 Pena - de prisão celular por um a cinco anos.
 Paragrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for cometido para ocultar a desonra própria.
 Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessário, para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligencia:
 Pena - de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação (BRASIL, 1890).

Conforme nos ensina Bitencourt (2007, p. 129), o Código da República, ao passo que passou a punir a mulher pelo auto aborto, também permitiu que fosse realizado aborto necessário, assevera:

Quando o aborto era praticado para ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Este código passou a autorizar o aborto para salvar a vida da gestante, neste caso, punia eventualmente imperícia do médico ou parteira que culposamente causassem a morte da gestante.

Por fim, o atual Código Penal de 1940 passou a considerar crime tanto o aborto provocado com o consentimento como o sem o consentimento da gestante, bem como reafirmou a ideia de crime no auto aborto, conforme se pode notar a baixo:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, 1940).

Sobre o novo modelo de criminalização do abortamento Bitencourt (2007, p.129) assevera que:

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extrauterina. Nessas condições, e perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

Conforme explica o doutrinador, o que se percebe é que no passar dos anos, as alterações quanto ao tema do aborto tem muito haver com o estágio em que a sociedade se encontrava. Ainda, pode-se afirmar que muitas coisas não de mudar em um futuro próximo, haja vista o avanço tecnológico e social (se é que se pode afirmar que a sociedade tem avançado intelectualmente, moralmente e socialmente).

2.1 O CONCEITO DE ABORTO

Passado pela breve história da criminalização do aborto há de se definir o que vem a ser o aborto. Conforme explica Capez (2004, p.108), é definida da seguinte maneira:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior

expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto(a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.

Em outro sentido, Mirabette (2011, p. 57), ao falar do tema, explica o aborto com as seguintes palavras:

Aborto é a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião de 3 semanas a 3 meses) o feto (após 3 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 da expulsão não deixara de haver, no caso, o aborto.

Entretanto, há algumas formas de aborto e inclusive algumas formas de legalização do mesmo. Para isso, devemos estar atentos ao dispositivo do código penal citado, ao qual, para análise da criminalização, será este estudado detalhadamente.

Entretanto, antes de analisar o artigo, insta salientar dos requisitos que deverão ser considerados para a configuração da prática do abortamento, e, conforme Diniz (2008, p.36), os requisitos são:

Gravidez, período que abrange a fecundação do ovulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua existência devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis não haverá tutela penal na gravidez molar, ante o desenvolvimento anormal do ovo que provoca sua degeneração, causando a expulsão do útero da “mola hidatiforme” nem na gravidez extra-uterina, por ser um estado Patológico. Dolo, isto é, intenção livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do produto da concepção. Emprego de Técnicas Abortivas. Morte do concepto no ventre materno ou logo após sua expulsão. ”

Nota-se que os requisitos são taxativos e sucessivos, ou seja, primeiramente é necessário que a mulher esteja, de fato, grávida. Após, que haja a prática dolosa do abortamento, com emprego de técnicas abortivas e, por fim, a morte do feto.

2.1.1 MODALIDADES DE ABORTO

Conforme demonstrado, o Código Penal define como crime a prática de provocar aborto em si mesmo ou consentir para que outro o provoque, com pena de até três anos. Exalte-se que o aborto natural não é punível pela legislação pátria.

2.1.1.1 ABORTO NATURAL

No aborto natural ou espontâneo, geralmente acontece por causa de problemas biológicos. Não poderia mesmo ser considerado um crime, haja vista que a mulher aborta de forma involuntária, ou seja, ela não promove nenhum ato abortivo, faltando-lhe o dolo da ação. No aborto espontâneo, nem sempre se pode definir a causa, veja-se:

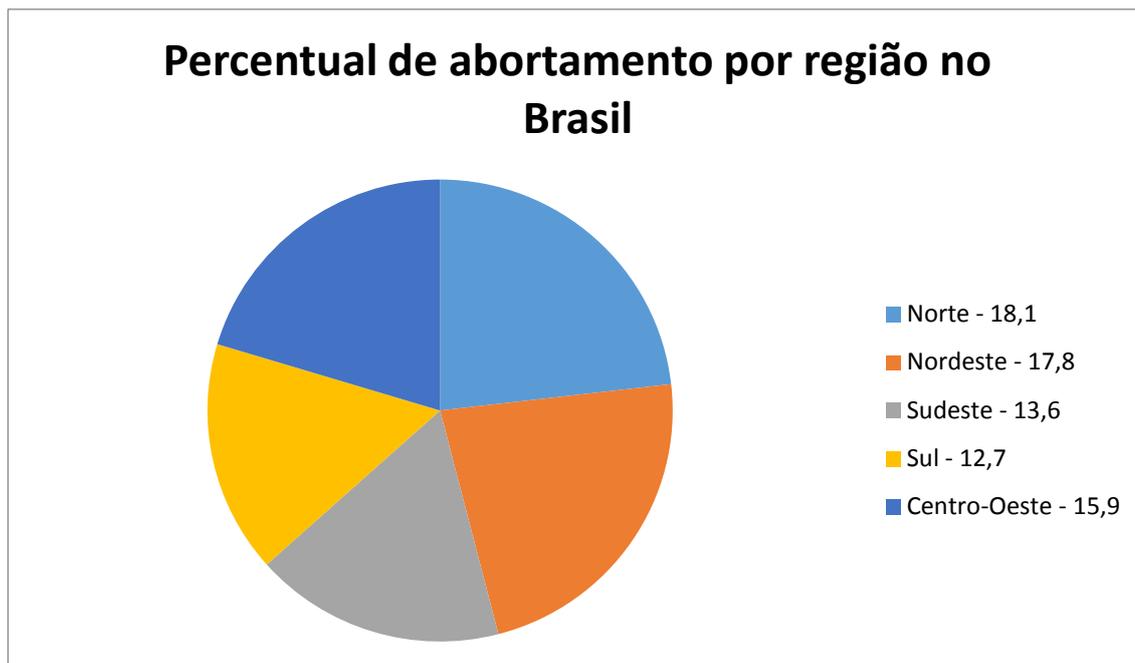
Muitas vezes é difícil saber exatamente a causa do aborto. Contudo, a maior parte dos abortos ocorrem quando os cromossomos do espermatozoide encontram com os cromossomos do óvulo. Muitas vezes o bebê (também chamado de feto) não se desenvolve por completo, ou desenvolver-se de maneira anormal. Em casos como estes, o aborto é a maneira que o corpo termina a gravidez que não está se desenvolvendo normalmente.

Outras causas possíveis de aborto incluem infecção do útero, diabetes sem controle, alterações hormonais, e problemas no útero. Excesso de cigarro, álcool e drogas ilegais como a cocaína também causam o aborto principalmente no início da gravidez quando os principais órgãos do bebê estão se desenvolvendo.

Um cérvix (parte baixa do útero) incapaz algumas vezes causa um aborto. Durante o trabalho de parto o cérvix dá abertura para permitir que o bebê saia do útero e passe através da vagina. O cérvix que começa a aumentar a abertura muito cedo pode resultar em abortamento. Muitas vezes, se o problema é descoberto cedo, pode ser tratado e para a gravidez continue (BENUTE, 2009).

Para se ter uma ideia do tanto de abortamento espontâneo que acontece no Brasil, o IBGE, em seu último senso de 2013 traz as seguintes informações:

Ainda sobre os aspectos da saúde reprodutiva das mulheres de 18 a 49 anos de idade, 15,2% destas declararam ter sofrido algum aborto espontâneo, segundo a PNS 2013. Os maiores percentuais foram registrados nas Regiões Nordeste (17,8%) e Norte (18,1%), enquanto o menor, na Região Sul (12,7%).



Fonte: (BRASIL, 2013)

Como se vê, os maiores índices de abortamento no Brasil ainda são as regiões com menor desenvolvimento socioeconômico. Ainda, como afirmado, o aborto natural pode ter várias causas. Como se vê, falta ao abortamento natural os requisitos do abortamento criminalizado, não sendo este punível.

2.1.1.2 PROVOCAR ABORTO EM SI MESMA OU PERMITIR QUE OUTRO LHO PROVOQUE

Descrito no artigo 124 do Código Penal, as outras formas de abortamento são aquelas em que a gestante provoca aborto em si mesma. Essa modalidade de aborto, o “auto aborto”, ocorre quando a mulher, através de atos abortivos, tenta tirar a vida do feto.

Na segunda modalidade, a mulher não pratica os atos, apenas consente que outro os faça em si mesma. Bitencourt (2007, p. 165) esclarece que “a mulher apenas consente na prática abortiva, mais a execução material do crime e feito por terceira pessoa, podendo, porém haver o concurso material de pessoas”.

2.1.1.3 O ABORTAMENTO LEGALIZADO

Quando se trata do tema aborto, muitas pessoas podem pensar que todas as formas são puníveis. No entanto, essa não é a realidade. Embora se tenha tratado do tema amplamente pelas mídias sociais quanto ao aborto do anencéfalo, há duas outras formas de aborto legalizado.

Conforme se extrai do artigo 128, incisos I e II do Código Penal, fica excluída a ilicitude do ato a pessoa que praticar o aborto em duas situações, tratado doutrinariamente de aborto terapêutico e sentimental (BRASIL, 1940).

O primeiro tem como ponto principal salvar a vida da gestante nos casos em que há uma gestação de risco, ou seja, o médico deverá certificar-se desta situação e a gestante poderá praticar o abortamento, considerando que este seja necessário, traz-se a baía: Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (BRASIL, 1940).

Sobre o tema, Capez (2005, p. 124-125), ensina da seguinte maneira:

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de estado de necessidade, sem, contudo, exigir o requisito da atualidade do perigo, pois basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes.

Ainda sobre o aborto necessário, o professor COSTA JÚNIOR (1996, p. 388) demonstra alguns casos em que poderão ser possíveis tal interferência médica:

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

Mirabete, (2002, p. 98), ao explicar o aborto necessário assim escreve: não é necessário que o perigo seja atual, bastando à certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante”.

A outra modalidade de aborto legalizado é o considerado aborto sentimental. O legislador excluiu a ilicitude do aborto praticado quando a vítima sofre um estupro e, em decorrência do mesmo, fica grávida. De certa forma, é realmente incabível que a mulher seja obrigada a levar em frente uma gestação da qual não planejou, muito pelo contrário, foi feita contra sua vontade. 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.

Ao tratar do tema, Noronha (1998, p.64), explica e ainda compara a legislação pátria com a de outros países: Mulher violentada, agravada na honra e envilecida por abjeta lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito. Diversos códigos assim também dispõem: o da Polônia, Uruguai, Equador, Cuba, Argentina e outros.

Nesse sentido, sobre as formas de exclusão de ilicitude, de forma resumida, pode-se afirmar que:

O legislador, no campo da exclusão de ilicitude, trouxe duas exceções a essa regra do art. 124 do Código Penal. No primeiro caso, quando a vida da mãe estiver em perigo - aborto necessário (art. 128, I). No segundo caso, quando a honra da mãe for violada de tal forma que torne insustentável para ela a manutenção da gravidez - aborto sentimental (art. 128, II). Em ambos os casos, é preciso ressaltar, a lei apenas exclui a ilicitude da conduta. Ou seja, a norma permite que a mãe decida se quer continuar com a gestação, não punindo sua conduta caso ela opte pela interrupção da gravidez. É certo que, no caso de risco de vida para a mãe, muitas vezes não há tempo hábil para ela fazer tal escolha, mas isso não vem ao caso neste momento. O que é imprescindível repisar é que a lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do feto. Estamos diante, portanto, de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher (BRASIL, 2009).

Demonstrada as formas legais de abortamento, e, insertas ainda no campo do artigo 128 do Código Penal, o abortamento do anencéfalo foi um tema que trouxe muito clamor público, manifestações pró e contra essa prática e chegou ao Superior Tribunal Federal o ônus de decidi-lo.

2.1.1.4 DO ABORTAMENTO DO FETO ANENCEFÁLICO

Cumpra ainda ressaltar sobre a possibilidade de abortamento do feto anencéfalo. Esse tema foi muito discutido ultimamente pelas mídias sociais, haja vista o julgamento da ADPF 54. Porém, Bussato (2005, p. 588) conceitua anencefalia da seguinte forma:

É uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial, ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior a cabeça.

Como se sabe, em poucos casos, a criança ainda tem uma sobrevida de alguns dias após o nascimento, porém, não há a mínima possibilidade dessa criança se desenvolver e ter uma vida normal. Nesse sentido, Belo (1999, p.83) expõe:

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevida do feto anencéfalo. Constata-se que a Anencefalia é uma alteração na formação cerebral, resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural, sendo caracterizados pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral.

Ainda ensina Pinotti (2004) sobre o tempo de vida dos bebês anencéfalo:

A maioria dos anencefálicos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencefálicos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrônio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado.

Importa dizer que não qualquer possibilidade científica de reversão quanto ao quadro de anencefalia, ou seja, dado tal diagnóstico, não há o que se fazer no campo da ciência, como demonstra o parecer do Conselho Regional de Medicina da Bahia:

Partimos da única certeza moral comum a todos nós: a do momento da morte. Um feto com anencefalia é um feto morto, ou potencialmente morto momentos após o parto. O feto não resiste

mais do que minutos ou horas, assim como não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro. (TORRES, 2010)

Conforme comentado, a ADPF 54 permitiu que a gestante pudesse praticar o abortamento do feto anencéfalo. Tal decisão foi corroborada pelo posicionamento de Hungria ao tratar do tema, posicionamento este descrito no próprio acórdão dos ministros do STF, veja-se:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta Acadêmicos da Faculdade Cenecista de Varginha / Professor Rodrigo Murad do Prado Iniciação Científica, Varginha – FACECA, v.1, n.7, p.21-27, jan./ dez.2009 24 como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessário a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (HUNGRIA, 1958, p. 297).

Sobre a ADPF 54, é importante ainda esclarecer que o STF pacificou o entendimento no sentido de que a interpretação de abortamento do anencéfalo não deve ser considerado crime de aborto, tornando inconstitucional a aplicação de entendimento diverso a esse.

Para tanto, faz-se necessário à transcrição da decisão dos Excelentíssimos Ministros:

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia

especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012 (BRASIL, 2012).

É importante destacar que o tema gerou grande repercussão na mídia, inclusive envolvendo entidades religiosas que eram declaradamente contra a exclusão da ilicitude no caso do abortamento anencefálico. Entretanto, para não adentrar em questões religiosas, cumpre-nos salientar que tal ação não é mais punível como forma de aborto.

2.3 CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Inicialmente, cumpre ressaltar que o tema proposto é difícil de se discutir. Isso porque muitas vezes quando o Aborto é tratado, percebemos que muitas opiniões envolvem questões ligadas à religião e a filosofia, como é o caso da simples pergunta “quando se inicia a vida?”.

Embora seja realmente difícil separar, tentar-se-á do tema explorando somente a visão jurídica, em que pese entender que muitos profissionais do direito também não se envolvam na discussão porque antes de qualquer coisa, o subjetivo religioso é colocado à prova nesse debate.

Antes de tudo, é preciso compreender que o problema do abortamento está relacionado à saúde pública. Muitas clínicas clandestinas, pessoas não habilitadas que praticam o abortamento, a falta de uma legislação mais clara e a falta de debate social torna complexo o tema.

O conceito literal de aborto dá-se com a junção de *ab* (privação) e *ortus* (nascimento). Porém, há de se ressaltar que “aborto” na verdade é o produto da realização do abortamento, ou seja, quando se fala na prática do ato em si, estamos falando de abortamento, isso segundo WEREBE (1998, p.52) quem além leciona:

A prática do aborto sempre existiu, em todos os tempos, em todas as sociedades, com métodos e técnicas que variaram, desde os mais rudimentares e folclóricos (uso de ervas consideradas “abortivas”, auto-aplicação de meios para destruir o feto, etc) até os científicos.

Entretanto, como se pode notar, o abortamento nem sempre foi considerado uma conduta recriminatória ou até mesmo um crime conforme ensina Hungria (1981, p.268):

No que se refere aos precedentes históricos, à prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tabuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido a prole sendo sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.

Capez (2004, p. 108/9) ensina ainda que:

Na idade média o teólogo Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava correr quarenta ou oitenta dias após a concepção segundo se tratasse de varão ou mulher. Já, São Basílio, não admitia qualquer distinção, considerando o aborto sempre criminoso.

Galeotti (2004, p. 128), ao tratar do tema, propôs que o fator fundamental quanto ao tema abortamento se deu pela ratificação dos Estados Nacionais, após a Revolução Francesa, explicando da seguinte forma:

A linha divisória fundamental da história do aborto encontra-se no século XVIII quando, a partir dos descobrimentos médicos e sob a ratificação dos Estados nacionais que se consolidaram após a Revolução Francesa, começou-se a privilegiar a vida do feto, futuro trabalhador e soldado. Antes desse marco, o aborto era fundamentalmente uma questão da mulher, a única que podia testemunhar acerca de sua gravidez. O feto, em geral, era considerado simples apêndice do corpo da mulher. Assim, no mundo grego-romano, por exemplo, a mulher que abortasse apenas era punida caso estivesse ferindo aos interesses de seu marido.

Segundo Dworkin (2003, p. 55), a igreja se manifestava contra o aborto, principalmente através de Santo Agostinho e São Jerônimo, que condenavam a prática veementemente, veja-se:

O aborto era comum no mundo greco-romano, mas em já em seus primórdios o cristianismo o condenou. “No sec. V. Santo Agostinho referiu-se como ‘prostitutas’ as mulheres, inclusive casadas, que para evitar as consequências do sexo procuravam veneno que as esterilizassem e, quando estes não funcionam, destroem de algum modo o feto que trazem no útero, preferindo que seu filho morra antes de chegar a viver, ou se já estava vivo no útero, que seja morto antes de nascer. Nenhuma das primeiras denúncias contra o aborto pressupunha que o feto havia sido animado- dotado de alma por Deus – momento da concepção”. Santo Agostinho declarou-se inseguro quanto a esse ponto e assim admitiu que nos abortos feitos no início da gravidez um “filho” pode morrer “antes de chegar a viver”. São Jerônimo afirmou que as sementes formam-se gradualmente no útero, e [o aborto] não é considerado homicídio enquanto os elementos dispersos não adquirem sua aparência de seus membros.

O que se nota é que quase tudo ligada ao aborto nos tempos antigos também diz respeito a uma interferência da Igreja Católica. Contudo, conforme delineado, evitar-se-á tratar do tema a luz da doutrina católica ou de qualquer outra, evitando-se assim o subjetivismo religioso na análise da temática.

3 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, toda a legislação passou a ser regida por seus princípios e garantias fundamentais. Dentre eles, temos o que talvez seja o mais importante e basilar princípio, que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

Sendo assim, aplicando-se tal princípio ao estudo em comento, a prática de abortamento no Brasil pode ferir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado na Constituição da República de 1988 e sobre essa questão, traz-se a baía o dispositivo legal:

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 (BRASIL, 1988).

Sobre o fragmento citado, Cretella Júnior (1998, p. 132) ensina da seguinte forma:

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem descriminalização de cor, sexo, religião, convicção política, ou filosófica, tem direito a ser tratado, pelos semelhantes, como 'pessoa humana', fundando-se o atual Estado de Direito, em vários atributos, entre os quais se incluía dignidade do homem, relido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra este apanágio do homem.

Nesse mesmo sentido, Pena Júnior (2008, p. 384), escreve em sua obra:

Este princípio constitucional superior aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidas na Constituição Federal desde o direito a vida, passando pelo direito a liberdade, até chegar a realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins.

Nota-se que o referendado princípio está bem no início da Constituição Federal de 1988, isto porque, os vários outros princípios expressos no texto constitucional devem observar estritamente a dignidade da pessoa humana. Leite (2008, p. 54), fala claramente sobre isso:

Embora não esteja expresso no preâmbulo de nossa Constituição, é evidente que o constituinte originário elegeu a dignidade humana como valor supremo. Ora, a ideia de liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e justiça revela a nítida pretensão de colocar a dignidade como valor máximo de nosso Texto Constitucional. Desse modo, a dignidade humana é um valor de onde flui uma série de direitos e garantias constitucionais.

Trata-se de um princípio que demonstra que às pessoas, o Estado deve garantir não só o respeito aos bens materiais (patrimônio, por exemplo), mas ao mais intrínseco da natureza humana, como a honra e a própria vida. Silva (2001, p. 109) ao tratar do princípio em comento descreve:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (...) daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc, ao como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Veja-se como define Sarlet (2008, p. 30), ao elucidar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância:

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Procurando uma definição etimológica, Morais (1999, p. 125/126) nos explica sobre como o constituinte entendeu o princípio da dignidade da pessoa humana e referendou este na Constituição de 1988:

A raiz da palavra 'dignidade' é derivada do latim *dignus* - aquele que merece estima e honra, a quem se deve respeito, aquele que é importante, acentuando: Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de que a cada ser humano era preciso atribuir a deferência devida à dignidade de Deus, porque somos todos seus filhos e, em consequência, todos irmãos. Ressalte-se que o princípio constitucional não garante o respeito e a proteção da dignidade humana apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e

não degradante, nem tampouco traduz somente o oferecimento de garantias de integridade física, psíquica e moral do ser humano. A Constituição Federal considera esta dignidade “fundamento da República”. Dados o caráter normativo dos princípios constitucionais e a unidade do ordenamento jurídico, para o que nos interessa nesta sede, para o Direito Civil, isto vem a significar uma completa transformação, uma verdadeira transmutação.

Para Piovesan (2001, p. 107), a dignidade da pessoa humana deve ser entendida não como só um princípio, mas deve ser usado de parâmetro axiológico em todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, *in verbis*:

A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada como sendo, a de norma constitucional. Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferidos aos demais direitos e garantias fundamentais.

Conforme se pode notar, muitas vezes observa-se o princípio da dignidade voltado para o feto, principalmente quando tratamos de anencefalia. Entretanto, chega-se agora ao ponto em que muitos doutrinadores buscam essa dignidade aplicada à mãe.

3.1 UM PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

Passadas tais definições, chega-se ao ponto de tratar do abortamento como um tema que envolve a saúde pública. Embora as estatísticas não sejam certas, visto que grande parte dos abortamentos é praticada de maneira clandestina, e, exatamente por este motivo, tem-se que deve ser tratado como uma questão de saúde pública.

Conforme se pode perceber, criminalizar o abortamento muitas vezes é obrigar as mulheres de baixa renda a praticarem um procedimento inseguro, explica-se:

A proibição legal no Brasil não faz com que os procedimentos diminuam, e muitas mulheres têm feito abortos inseguros em clínicas clandestinas, ou têm se utilizado métodos caseiros ou medicamentos proibidos. Para a Organização Mundial de Saúde, o aborto inseguro acontece quando a interrupção da gravidez é praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários, ou em ambiente sem condições de higiene.

O aborto inseguro tem uma forte associação com a morte de mulheres – são quase 70 mil no mundo, todos os anos. Desse total, 95% acontecem em países em desenvolvimento, a maioria com leis restritivas ao aborto. As maiores vítimas nesses casos são mulheres pobres, negras, que residem nas periferias e já são socialmente discriminadas (REDE MOBILIZADORES, 2011).

Isso fica claro que em países em desenvolvimento e, de forma estranha, àqueles que têm restrição ao abortamento, são os que mais matam mulheres vítimas desse ato, conforme se pode observar:

Aproximadamente 95% dos abortamentos inseguros são realizados em países em desenvolvimento com restrições legais para o abortamento. Quase 13% das mortes maternas no mundo são relacionadas ao abortamento inseguro, resultando em 67 mil mortes de mulheres a cada ano. Na América Latina, calcula-se que 36% das gestações não são planejadas, resultando em 4 milhões de abortamentos induzidos. Em países do Caribe e da América Latina ocorre um abortamento inseguro para cada três nascimentos vivos, implicando em 24% da mortalidade materna (JHONSTON, 2017).

Para se ter uma ideia, no Brasil, o abortamento clandestino constitui a quinta maior causa de morte materna no país. Conforme noticiado pelo jornal O Globo, vejamos:

O abortamento clandestino constitui a quinta causa da morte materna no país, “situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto”, afirma o próprio governo brasileiro no relatório elaborado para o evento “Pequim + 20”, que acontece na 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas (ONU). “Ainda que a legalização do aborto seja uma reivindicação histórica do movimento feminista, o tema encontra forte oposição do crescente setor conservador e religioso da sociedade, de grande influência no Poder Legislativo”, diz o documento elaborado pela Secretaria de Política para Mulheres (SMP) e obtido com exclusividade pelo GLOBO (GLOBO, 2015).

Em que pese o próprio governo reconhecer que se trata de um problema de saúde pública, o fato é que as mulheres continuam morrendo nos abortamentos clandestinos.

Além das mortes, muito dessas mulheres recorrem ao SUS (Sistema Único de Saúde) para realizar a curetagem (a curetagem é um procedimento realizado pelo ginecologista que serve como tratamento para limpar o útero de restos de um aborto incompleto ou como meio de diagnóstico, neste último caso é chamada de curetagem semiótica), após iniciado o processo ou até mesmo nas clínicas clandestinas, quando há complicação, aduz-se:

De acordo com estudo da UnB, de 2010, o método mais comum é que a mulher comece o aborto em casa, com medicamento e vá para a rede pública fazer a curetagem.

O aborto hoje é um problema de saúde pública e deve ser discutido pelos três poderes. Os custos e as complicações dos abortos ilegais são enormes. Clinicamente as mulheres podem ter infecções, contrair doenças que incluem a Aids, ter hemorragias que podem levar à morte e ter perdas de órgãos internos. E isso vai parar nas mãos do Estado. As pessoas vão recorrer também ao SUS — explica Sidnei Ferreira, presidente do Conselho Regional de Medicina do Rio (Cremerj).

Segundo especialistas, além disso, o sistema público acaba precisando disponibilizar remédios para tratamentos, centro cirúrgicos (que têm alto custo) e deslocar médicos e enfermeiros.

Sem dúvidas, se esses procedimentos fossem feitos com responsabilidade, em lugares equipados com fiscalização, as complicações seriam menores (MAGDALENA, 2014).

Ainda sobre o tema do abortamento, o Dr. Dráuzio Varella (2011) afirma que a clandestinidade só acontece dentre a classe baixa, isso porque, aos ricos, o aborto é permitido. *Data vênia*, a melhor frase não seria dizer que dentre os ricos é permitido, mas sim, dentre os ricos não há a necessidade de buscar clínicas clandestinas de tão baixo nível, porque eles buscam clínicas especializadas, ainda que continuem sendo clandestinas, expõe:

Desde que a pessoa tenha dinheiro para pagar, o aborto é permitido no Brasil. Se a mulher for pobre, porém, precisa provar que foi estuprada ou estar à beira da morte para ter acesso a ele. Como consequência, milhões de adolescentes e mães de família que engravidaram sem querer recorrem ao abortamento clandestino, anualmente.

[...] Conciliar posições díspares como essas é tarefa impossível. A simples menção do assunto provoca reações tão emocionais quanto imobilizantes. Então, alheios à tragédia das mulheres que morrem no campo e nas periferias das cidades brasileiras, optamos por deixar tudo como está. E não se fala mais no assunto.

[...] Não há princípios morais ou filosóficos que justifiquem o sofrimento e morte de tantas meninas e mães de famílias de baixa renda no Brasil. É fácil proibir o abortamento, enquanto esperamos o consenso de todos os brasileiros a respeito do instante em que a

alma se instala num agrupamento de células embrionárias, quando quem está morrendo são as filhas dos outros. Os legisladores precisam abandonar a imobilidade e encarar o aborto como um problema grave de saúde pública, que exige solução urgente (ANDRADE, 2012)

Outro fator relevante explorado na pesquisa é o da falta de estrutura das clínicas clandestinas. Sobre isto, o médico ainda afirma em que se baseiam as técnicas abortivas, e surpreendentemente são baseadas em infecções, veja-se:

A técnica desses abortamentos geralmente se baseia no princípio da infecção: a curiosa introduz uma sonda de plástico ou agulha de tricô através do orifício existente no colo do útero e fura a bolsa de líquido na qual se acha imerso o embrião. Pelo orifício, as bactérias da vagina invadem rapidamente o embrião desprotegido. A infecção faz o útero contrair e eliminar seu conteúdo (ANDRADE, 2012).

Quando se trata de técnicas abortivas, várias podem ser usadas. Alerta-se que tais técnicas deveriam ser usadas apenas por profissionais da medicina, entretanto, as clínicas clandestinas, destituídas não só da legalidade como também de especialidade as praticam.

As mulheres que querem praticar o abortamento são submetidas a essas práticas, das quais as mais comuns são descritas da seguinte forma, para Sulina (2010):

- 1 Método de Dilatação ou Corte:** A pessoa que se submete a esse método tem uma faca no formato de uma foice introduzida no útero. Essa faca corta o corpo do feto que é retirado por partes;
- 2 Método de Sucção ou Aspiração:** Esse tipo de abortamento é feito quando o feto tem até 12 semanas. Utiliza-se de anestesia local ou geral. Anestesiado, a gestante tem o colo do útero imobilizado por um aparelho chamado tenáculo e que é dilatado através da aplicação de dilatadores cervicais. Com outro aparelho, o feto é sugado para fora do útero, cabendo fazer a limpeza total da placenta;
- 3 Método de curetagem:** o colo do útero é dilatado e introduzido a cureta (que é um aparelho que se assemelha a uma colher). Deste modo faz-se a raspagem suave do revestimento uterino, da placenta e das membranas. Esse método é utilizado até a 15ª semana após a última menstruação. Considera-se esse modelo de abortamento muito perigoso, haja vista a possibilidade de haver

perfuração da parede uterina, com grande quantidade de sangramento. Ainda, há que se ressaltar que pode causar a esterilidade da mulher;

- 4 Método de consumir drogas ou plantas:** Como se sabe, muitas substâncias quando ingeridas podem provocar o abortamento. A exemplo disto temos arsênio, fósforo, chumbo, ácidos e sais minerais. Também, utiliza-se várias plantas que podem provocar o abortamento, como o absinto (alecrim, algodão, arruda). Ressalte-se que tais plantas causam esse efeito se tomadas em grandes proporções;
- 5 Método do Mini aborto:** Pode ser feito no estágio inicial da gravidez, quando ainda não se alcançou 07 semanas sem menstruar. Lava-se a vagina com um produto anti-séptico e logo após, com uma agulha fina, o útero é anestesiado. Prende-se com o tenáculo e suga-se o endométrio;
- 6 Método do envenenamento por sal:** Pode ser feito do 16º à 24ª semana. Com uma anestesia local, retira-se o fluído amniótico que é trocado por uma solução salina ou de prostaglandina. Assim, de 24 à 48 horas, pelas contrações, o feto é colocado para fora através da genitália;
- 7 Método do sufocamento:** O feto é puxado para fora do corpo da mulher, deixando apenas a cabeça na parte de dentro. Após, introduz-se um tubo em sua nuca, sugando a massa encefálica e conseqüentemente levando-o a morte;
- 8 Esquartejamento:** Parecido com a sucção, o feto é esquartejado dentro do útero da mulher. Assim, retira-se o líquido amniótico e os pedaços do corpo do bebê.

Nota-se que muitas dessas técnicas exigem uma capacidade profissional médica para ser feita, capacidade esta que a maioria das clínicas clandestinas não tem, realizando procedimentos errados, matando não só os bebês, mas também as mulheres. E, quando não há a morte, muitas deles têm sequelas e caberá ao Estado tentar cuidar desses casos.

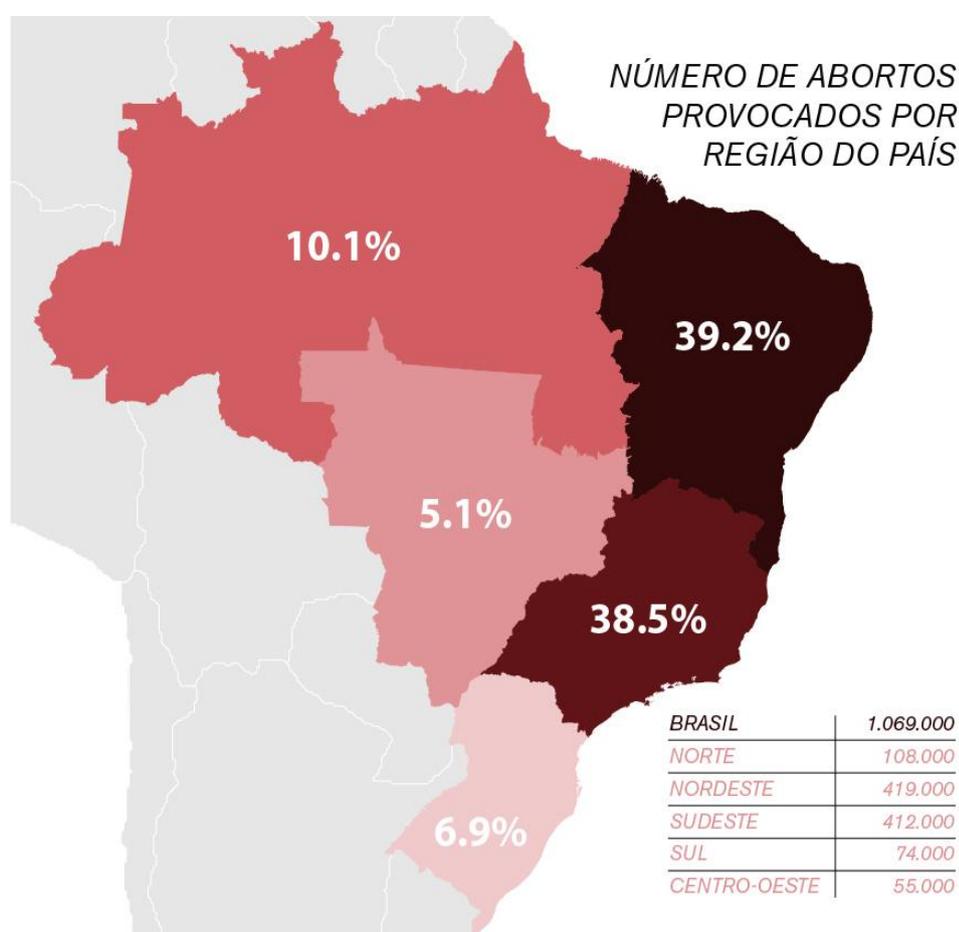
Por esses exemplos fica claro que trata-se de um problema de saúde pública. Além do fato de muitas mulheres após utilizarem clínicas clandestinas e, repita-se, muitas vezes sem capacitação profissional, buscam os hospitais públicos, gerando gastos, a própria clandestinidade das clínicas faz com que elas deixem de pagar impostos e tenham pessoas inabilitadas trabalhando ilegalmente.

Mais a mais, o IBGE (BRASIL, 2010) também fez um levantamento com mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade que varia dos 18 aos 49 anos e

que já tiveram ao menos um tipo de abortamento. Dentre esse número, cerca de 1,1 milhão de abortamentos foram praticados de forma provocada.

Entretanto, é importante ressaltar que grande número de casos de abortamento podem não terem sido informados. Outro fator relevante que se tem da análise dos dados da pesquisa é que grande parte dos abortamentos foram praticados entre a classe negra e a classe de baixa renda.

Conforme se pode observar do mapa abaixo, o índice de abortamento provocado é bem maior no nordeste e sudeste do país, enquanto o menor índice está no sul.



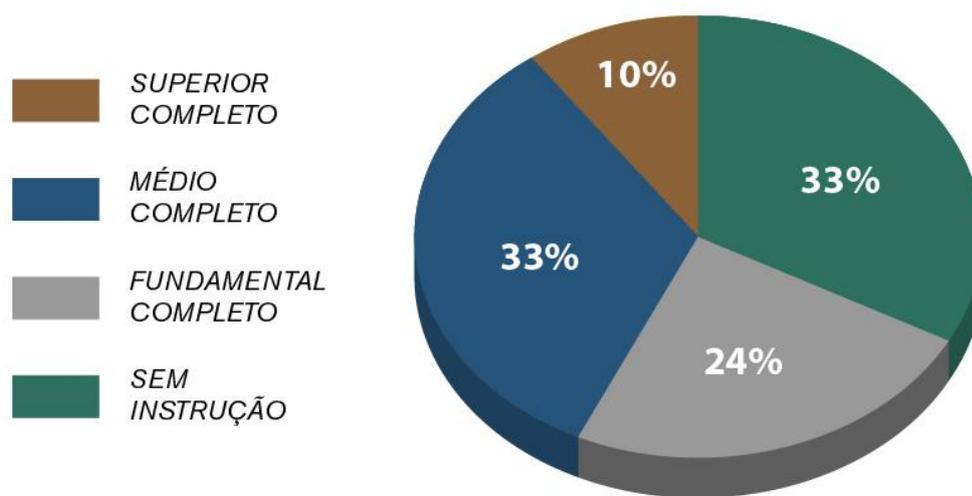
FONTE: (BRASILPOST, 2015)

Em que pese as regiões do país demonstrarem o maior e menor índice de abortamento, quando a pesquisa se volta ao fator da instrução escolar, fica mais evidente ainda que a pessoas com maior instrução (curso superior) praticam bem menos abortamentos do que as outras, na proporção de quase 03 (três) vezes

menos que os que não instrução e duas vezes menos que os de fundamental incompleto:

Gráfico disponível em: http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-_n_8022824.html Acesso em: 01/04/2017

*TOTAL DE MULHERES QUE FIZERAM ABORTO
PROVOCADO NO BRASIL, POR NÍVEL DE ESCOLARIDADE*



(BRASIL, 2011)

Importante explicar que o quadro de abortamento provocado foi relacionado ao abortamento clandestino e não colocado em seu tópico próprio por uma simples razão, ora, conforme demonstrado, são mais de 01 (um) milhão de abortos no Brasil e, obviamente, todos eles não foram realizados de forma legalizada.

Os resultados confiáveis das principais pesquisas sobre aborto no Brasil comprovam a tese de que a ilegalidade traz consequências negativas para a saúde das mulheres, pouco coíbe a prática e perpetua a desigualdade social. O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não têm acesso aos recursos médicos para o aborto seguro. O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que “o aborto é uma questão de saúde pública”. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas (BRASIL, 2009)

Assim, tais abortamentos só podem ter sido praticados de forma clandestina, o que, nos termos acima demonstrados, são um grande problema de saúde pública.

4 A DIGNIDADE HUMANA APLICADA À GENITORA E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Ora, não se pode esquecer que essa mulher que está gerando um filho anencéfalo, aplicando o princípio da dignidade humana, pode ter o direito de abortamento, haja vista saber que esse filho não terá sobrevida. Muitas vezes não observamos o caso por esse ponto de vista.

E mais, tem-se que indagar sobre os riscos de vida para a gestante. Sobre o tema, explicam Diniz e Paranhos (2004, p. 27), demonstrando os riscos para a gestação anencefálica:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de descolamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o polo cefálico, podem indicar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com frequência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grande no ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevida. A distorcia do ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a átona do útero em 10% a 15% dos casos.

Pelo pouco exposto, fica demonstrada a dificuldade em que chegar a uma conclusão rápida quanto ao caso. Lembra-se ainda que a interpretação da Constituição não pode ser restrita, deve ser feita de forma ampliada, buscando-se abranger todas as situações, nesse caso, do filho anencéfalo de nascer e da gestante que irá gerar esse filho.

Continuando com essa linha de raciocínio, apenas para demonstrar a necessidade de debate aprofundado do tema, colaciona-se o entendimento de Franco (2005, p. 399-419), demonstrando claramente o princípio aplicado em favor da gestante:

Coisifica o corpo da mulher. Transformá-la em mera encubadora de feto anencéfalo no aguardo do transplante de órgãos atenta contra a dignidade da sua condição de mulher.

Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa.

Cuida-se aqui do primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, equivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio para fins a si alheios, mas apenas como fim de si mesma.

Instrumentalizar a mulher grávida, tornando-a apenas um corpo útil para gestar um feto anencéfalo afim de que este forneça órgãos ou tecidos a terceiros necessitados é algo que ofende aos mais comezinhos princípios éticos.

Corroborando com esse pensamento, ANIS (2004, p.60) traz à tona seu pensamento defendendo sua posição da seguinte forma:

Concordo com a afirmação de que obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto com anencefalia é uma tortura. Quando a mulher é obrigada a levar adiante uma gravidez que não resultará em um filho vivo, mas em um filho morto, nós consideramos isso algo torturante para a mulher. Se ela tiver que levar adiante essa gravidez, terá de viver constantemente com a realidade de que está carregando um feto morto. Quando o feto nascer ele morrerá, tendo no máximo alguns minutos de vida. Desta maneira, ao invés de ter um filho para preparar sua chegada, ela terá de preparar o enterro do filho. É uma pressão psicológica muito grande, porque o fruto de sua gravidez não será um filho, mas uma anomalia inviável.

Nessa mesma linha de pensamento, a Doutora em Medicina pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Marcia Mocellin defende a aplicação do princípio da dignidade voltada para mulher em detrimento ao feto anencéfalo. Expondo o seu pensamento, a doutora responde o seguinte:

A Bioética é caracterizada por um espaço de reflexão ética que permite a expressão de distintas singularidades de pensamento e o respeito a essa singularidade, contemplando, portanto, a diversidade. Neste sentido, impedir a antecipação do parto de um feto comprovadamente anencefálico, baseado em aspectos morais ou religiosos, é uma visão reducionista, que está em desacordo com o princípio da laicidade do Estado. Nem todas as pessoas possuem impedimentos morais ou religiosos quanto a esta questão. Portanto, é importante deixar claro que o impedimento de optar pela antecipação do parto fere o direito à dignidade da pessoa que gesta e o direito de fazer a sua livre escolha. Neste sentido, os aspectos bioéticos

envolvidos são o de respeito à pessoa e a sua liberdade de consciência. Importante deixar claro que ao permitir que cada um faça a sua opção respeitem-se ambos os desejos, o das pessoas que desejam levar a gestação de um bebê anencéfalo até o final, e, o das pessoas que desejam antecipar o parto.

[...]O feto anencéfalo, desde o ponto de vista de morte encefálica, é equiparado a uma pessoa cuja morte cerebral tenha sido estabelecida. Existem vários critérios que definem a morte cerebral, já bem estabelecidos na área médica. A ausência de córtex cerebral é tão evidente em relação a inviabilidade vital nos anencéfalos, que os critérios de morte encefálica são inaplicáveis e desnecessários a eles, e, por isso os mesmos são considerados natimortos. Nesse sentido, é possível traçar um paralelo entre a morte encefálica utilizada como critério para a retirada de órgãos visando transplantes com o anencéfalo. Ambas são mortes encefálicas. A diferença é que em uma pessoa não anencéfala a atividade cortical cessa, e, no anencéfalo, sequer existe a possibilidade de cessar a atividade cortical, uma vez que ele não possui córtex, ou seja, ele nunca chegou a ter tal atividade (Mocelin, 2010).

Ao tratar da comparação da morte cerebral com a anencefalia, faz-se necessário trazer o que determina a lei sobre a retirada de órgãos e tecido humanos dada pela Lei nº 9.434/97. Entretanto, nota-se que esta é uma norma de eficácia limitada (aquela que necessita de outra lei para regulamentar), posto que caberá ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios clínicos de morte encefálica.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (PLANALTO, 2011).

Quanto à igualdade e a liberdade que a mulher tem de gerir sua própria vida, deve-se ressaltar que muitas gestantes com fetos anencéfalos têm a opção de abortamento. Ora, não seria razoável impor à essa mãe que tenha uma gravidez levada até o final sabendo que o filho não terá sobrevida.

Sobre a igualdade, lembrando-se que a comparação é entre os direitos da gestante e o do feto, Sarlet (2001, p.60) faz as seguintes observações:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável,

além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Frise-se que as palavras descritas por Anis (2004, p.29), ao descrever a situação de uma gestante que carrega em seu seio um feto anencéfalo:

Muitas verbalizam o desespero da situação, vendo a barriga crescer, sentindo os movimentos fetais, traduzindo este processo como tortura. Já ouvi de uma gestante sentir-se como “um caixão ambulante”. O diagnóstico em si já é muito duro; passar meses vivenciando esta perda pode ser encarado como tortura por muitas mulheres em tal situação.

Sobre essa liberdade, o Conselho Regional de Serviço Social da 17ª Região, em seu sítio na rede mundial de computador esclarece que:

É importante esclarecer que a discussão em torno do aborto não se funda no fomento a prática do aborto e, sim, no direito das mulheres terem liberdade sobre seu corpo. E se assim, desejarem realizá-lo, que o façam de forma segura e com seus direitos respeitados sem nenhum tipo de discriminação. Dessa forma, é preciso também esclarecer que a defesa da legalização do aborto não quer significar defender a “morte de bebês” como muitos pensam, ao contrário, a legalização da interrupção da gravidez deverá incidir sobre a fase da gravidez na qual há apenas a potencialidade da vida, ou seja, nas primeiras dez semanas.

Noutro giro, ao falarmos dos direitos da mãe, tem-se também os direitos do nascituro. Embora não se possa aqui entrar detalhadamente no momento em que a pessoa adquire a personalidade jurídica, isto porque tal momento depende da teoria adotada, uma pequena menção ao assunto deve ser feita.

4.1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Muito embora não se vá detalhar, uma simples explicação é cabível ao momento. Para quem adota a teoria da concepção, a vida, logo, a personalidade jurídica se dá no momento em que o feto é concebido. Para quem adota a teoria da natividade, a vida começa no nascimento.

Dada tais definições, observa-se que o Código Civil de 2002 adotou a teoria da natividade, embora reserve direitos aos nascituros, *in verbis*: Art. 2º A

personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nesse sentido também, Silva (2000) *apud* Alfradique, aplica o princípio da dignidade ao feto anencéfalo:

No texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. (BRASIL, 2013)

Assim, fica demonstrado que o nascituro, apesar de não ter personalidade jurídica, a ele é reservado certos direitos. Pois bem, partindo deste princípio, se o nascituro tem direito, como por exemplo, podendo ser representado pela mãe para receber alimentos, estes também seriam detentores princípios constitucionais, como, por exemplo, da dignidade da pessoa humana.

4.2 LEGALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO

Passa-se agora a uma importante diferenciação do que seria a legalização e descriminalização do abortamento no Brasil. A legalização seria a própria autorização para que a mulher abortasse o filho, nos termos do artigo 128 do Código Penal (1940).

Nesse sentido, legalizar poderia também ser qualquer outra forma de se permitir o aborto que estivesse inserida na legislação pátria através de uma lei.

Entretanto, há quem diga que o termo legalizar não deve ser usado, devido exatamente a Constituição Federal de 1988. O artigo 128 do Código Penal descreve uma conduta de descriminalização e não tecnicamente de legalidade, “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico”. (BRASIL, 1940, p.30)

Nesse sentido e conforme delineado, para que o aborto fosse legalizado, deveria existir uma legislação especial que permitisse tal conduta. Ao contrário, o que se tem é a falta de punição ao médico e não necessariamente a legalização para o ato.

A afirmação se torna mais clara ainda quando se analisa o dispositivo do Código Penal a luz da Constituição Federal de 1988. Nela, está claramente disposto que não poderá ser objeto de deliberação qualquer proposta que tende a abolir os direitos e garantias fundamentais. Veja-se: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Exatamente essa é a explicação dada por Diniz (2011, p. 82) ao comparar o texto constitucional com o artigo do Código Penal em comento, afirmando que a expressão aborto legal não poderia ser aplicada, devido os preceitos fundamentais:

No Brasil não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.

Em outras palavras, Novelino (2008, p. 267), descreve bem porque a expressão legalizar não pode ser usada, porque não há a legalização, apenas a não punição quanto a prática:

Antecipação terapêutica do parto não é aborto (atipicidade da conduta): “a morte do feto, nesses casos, decorre da má formação congênita, sendo certa e inevitável, ainda que decorridos os nove meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal”;

Ainda que se considerasse a antecipação terapêutica como aborto, ela não seria punível (interpretação evolutiva do Código Penal): “a hipótese aqui em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade porque em 1940, quando editada sua Parte Especial, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida”; Dignidade da pessoa humana, analogia à tortura e interpretação conforme a Constituição: “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes da dignidade humana”.

Pela leitura das explicações e, baseando-se nos princípios constitucionais, principalmente aqueles elencados como “cláusula pétrea”, observa-

se que toda e qualquer tentativa de “legalizar” o abortamento seria interrompida pela própria constituição.

Ora, sendo a vida um direito indisponível, e, sendo os direitos indisponíveis impassíveis de deliberações ou emendas, qualquer projeto de lei que tentasse legalizar o aborto seria considerado inconstitucional, eivado do vício.

De todo modo, cumpre esclarecer que não se está falando da impossibilidade de legalização do abortamento no Brasil, o que se afirma é que, com a atual constituição, a legalização seria, de plano, inconstitucional. Assim, caso o Brasil promulgasse outra constituição que não fosse considerado tais direitos indisponíveis como cláusula pétrea, a legalização seria totalmente possível.

Contudo, entendido o conceito e a impossibilidade de legalizar, noutra vértice está a descriminalização. Importa novamente afirmar que o tema é polêmico e não se pretendo adentrar em questões religiosas.

O direito penal tende cada vez mais a não adentrar na esfera pessoal do indivíduo. O Estado sendo laico, cada vez menos deve observar questões de moral religiosa, atentando-se às questões que envolvam a sociedade e não a individualidade.

Nesse sentido, Dias (1984, p. 405-406), explana sobre a intervenção do direito penal, correlacionando-se com a esfera moral e a esfera social:

Sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais [...]. Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem ao diretamente ao alheio.

Pontua-se que criminalizar o aborto é invadir a esfera íntima-pessoal da mulher e apesar das discussões, o Superior Tribunal Federal tem, em decisões recentes, indicado a possibilidade de descriminalização do abortamento.

Com a repercussão da ADPF 54 que descriminalizou o abortamento do anencéfalo, o Brasil esteve envolto de grandes dilemas a respeito do tema. Entretanto, o STF passou a entender que, o abortamento praticado até o 3º mês da gestação também não pode ser punido.

Entenda-se que não estamos falando de legalização e sim de descriminalização do abortamento. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso,

que foi seguido pela maioria da 1ª Turma do STF, entende não haver crime (descriminalização) no abortamento praticado até os 03 meses de idade. Colaciona-se:

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP (BRASIL, 2014).

Toda a celeuma se dá pela prisão preventiva de 10 (dez) pessoas atuando em clínica clandestina de abortamento. Para melhor elucidação, abaixo a descrição do caso:

Em março de 2015, 10 pessoas foram presas em flagrante e uma clínica de aborto clandestina foi fechada numa operação policial em Duque de Caxias (RJ). Logo depois, o juiz deferiu a liberdade provisória aos acusados, considerando que as infrações seriam de médio potencial ofensivo e com penas relativamente brandas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), porém, acolheu recurso do Ministério Público e decretou a prisão preventiva, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 2014, o relator do habeas corpus (HC) no Supremo, ministro Marco Aurélio, deferiu medida cautelar para revogar a prisão, posteriormente estendida aos demais réus. No HC, a defesa alegou não estarem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, porque os réus são primários, com bons antecedentes e com trabalho e residência fixa.. Sustentou também que a medida seria desproporcional, pois eventual condenação poderia ser cumprida em regime aberto. O mérito do pedido começou a ser julgado em agosto, quando o ministro Marco Aurélio votou pela concessão do HC, confirmando sua liminar. Houve pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso. Terça-feira, o ministro Barroso concordou com as razões apresentadas pelo relator do HC. Destacou, porém, que é preciso examinar a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos envolvidos, no caso, a punição “tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”. Para o ministro, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens

jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres (BRASIL, 2011).

Com esse voto, o STF abre enorme precedente na interpretação de casos correlacionados. Mais a mais, a criminalização do aborto, como disse o próprio ministro, é um problema de saúde pública. Explica ainda o fator da criminalização que atinge, em sua grande maioria, as mulheres de classe baixa, onde recorrem a um sistema de saúde público totalmente deficiente, cite-se:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (BRASIL, 2011).

Não obstante, como é obrigação do STF interpretar a norma constitucional, o voto do eminente relator não se baseia somente nesses argumentos, para ele, criminalizar o abortamento fere princípios constitucionais, a exemplo, citou o princípio da proporcionalidade:

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (BRASIL, 2011).

Assevera ainda o relator que, tal medida está em desacordo com o entendimento adotado por países democráticos desenvolvidos no mundo, e trouxe os seguintes exemplos:

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália (BRASIL, 2011).

Ao comparar com tais países, todos desenvolvidos, o relator o faz de acordo a contestação de Faúndes (2009) que explica sobre a relação do abortamento legalizado e da criminalização, correlacionando ainda com mulheres que dizem praticar a religião católica com aquelas que se declaram de outras religiões, veja-se:

Os países com as menores taxas de aborto por mil mulheres em idade fértil são países em que o aborto está plenamente liberado e pago pelo Estado. Países da América latina com leis, restritivas têm taxas até 10 vezes mais elevadas, o que demonstra que a proibição legal não evita abortos. Por outro lado, países católicos não têm menos abortos que os não católicos e mulheres que adotam essa religião não tem menos abortos que aquelas sem religião, o que mostra que a proibição religiosa também não funciona. Como já disse, a mulher não provoca um aborto por prazer ou capricho. Ela o faz quando a sociedade a coloca em tal situação, que não vê outra saída. Nesse caso nenhuma proibição e nenhum risco mudarão sua conduta ou terá o filho, não desejado, como acontece com frequência, apenas porque não encontrou os recursos que a permitissem abortar.

Cabe aqui uma importante observação, a de que o Ministro não reporta ao Uruguai, país sul-americano que legalizou a prática do abortamento. Em contrassenso, o Uruguai, após legalizar a prática, teve uma diminuição no número de abortamento, conforme se pode ver das estatísticas apresentadas:

Se em 2003 havia cerca de 33.000 mortes maternas resultantes de complicações por aborto em território uruguaio, em 10 anos, com a descriminalização, o Uruguai conseguiu *zerar* o número de óbitos maternos por aborto. É isso que mostram os dados do Ministério da Saúde Pública em 2013 e 2014 (Uruguai, 2015, p. 11). Ademais, os dados de 2013 mostram que foram realizados abortos seguros em 9/1000 mulheres uruguaias entre 15 e 44 anos, número

que se encontra entre um dos mais baixos do mundo (Uruguai, 2015, p. 12).

Essa diminuição no número de abortamento e o abortamento legal se dá pelo fator que a mulher gestante não fica desamparada pelo Estado. A mulher que deseja praticar o abortamento pode requerer em qualquer hospital, porém, antes ela passa por uma comissão formada por especialistas que irão acompanhá-la na decisão.

Esse, talvez, seja o ponto principal da lei. Não basta apenas descriminalizar ou legalizar, é preciso dar as gestantes a opção de refletir sobre a medida. Diferente do Brasil que obriga as mulheres a terem seus filhos sob qualquer circunstância (exclua-se aqui aquelas descritas no artigo 128 do Código Penal), no Uruguai elas podem ser instruídas por profissionais. O procedimento se dá seguinte forma:

A legislação uruguaia estabelece que toda mulher residente no país pode solicitar um aborto em qualquer hospital público ou privado, que é obrigado a realizar a intervenção ou a garantir que seja feita por terceiros em casos de objeção de consciência.

A solicitação da interrupção voluntária da gravidez deve ser feita até a 12ª semana de gestação, período que é ampliado para 14 semanas em casos de estupro e que não tem restrições para casos de má-formação do feto ou de risco de vida para a mãe.

Antes, as pacientes devem passar por uma comissão formada por ginecologista, psicólogo(a) e assistente social, que as assessoram inclusive sobre a possibilidade de concluir sua gravidez e entregar a criança para adoção.

Depois, as gestantes têm cinco dias para refletir e só após ratificarem sua vontade passam pelo o aborto, que é farmacológico e segue os critérios recomendados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (BRASIL, 2009).

Portanto, fica evidente que criminalizar o abortamento não é a solução. O Estado tem que respeitar a decisão das mulheres se querem ou não ter o filho naquele momento da sua vida. Porém, é importante observar os países que a descriminalização tem dado resultado, tanto para evitar a morte de mulheres em clínicas clandestinas como também para poder ter um programa de saúde pública efetiva, humanizada, respeitada e capaz de gerir essa situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa se propôs em objetivo geral verificar qual o tratamento que deve ser dado ao aborto. E de forma específica estudar a legislação referente ao aborto, conceituação, historia e ilegalidade na prática de tal ato e por fim verificar qual o parâmetro correto para resolução problema. Para não se limitar somente em teorias, apresentado foi estatísticas de mulheres que praticam abortamento e suas consequências físicas e jurídicas.

Em se tratando de aborto analisou-se que há uma grande discussão doutrinária e social, quanto a sua legalização. E a importância dessa avaliação se da por ser gritante na sociedade os problemas decorrentes a tal prática. Foi observado também que a realização da interrupção da gravidez, na esfera jurídica, acontece de duas formas, sendo ela espontânea ou por motivos humanitários, que em regra geral, não trazem qualquer tipo de reflexo na área jurídico-criminal.

O aborto provocado fora das situações permitidas pela lei, atraem o crime e, de consequência, a sanção penal a ele cabível. Assim, por não ser o aborto, repita-se, fora das hipóteses dadas pela legislação, acontecer de forma legal, surgem então as clínicas clandestinas.

Essas clínicas, muitas vezes despreparadas, algumas escondidas, outras nem tanto, apesar da sua ilegalidade, muitas vezes com profissionais sem CRM, ou seja, não habilitados, para tais procedimentos tornam, na verdade, o aborto um problema jurídico, exatamente porque estão ilegais.

Cabe salientar que apesar de o Estado brasileiro realizar programas de conscientização para prevenção da gravidez não desejada, haja vista que, prevenir é melhor do que remediar, muitos abortos ficam na surdina, não entram nas estatísticas, nem aqueles das clínicas e suas mortes para o feto e para a mãe e nem aquele produzido em casa.

Assim, percebe-se que a problemática inicialmente apresentada foi respondida tendo em vista que entre o prisma jurídico e o de saúde pública, o mal maior é causado por clínicas clandestinas que praticam o aborto no Brasil, ao qual expõe a perigo a vida de milhares de mulheres e fetos dia a dia. Sendo assim, chegando a conclusão de que o aborto vem sendo um problema principalmente de

ordem da saúde pública, porque acabam matando as mulheres ou as deixando impossibilitadas de forma perpetuamente a novamente procriar. Isso leva a um posterior estudo sobre as possíveis formas de legalização do aborto, cujo Estado promoverá acompanhamento médico, psicológico e demais necessários tendo o alicerce necessário para esse fim.

A hipótese de que se o aborto é um problema de saúde pública, foi esclarecida tendo em vista que o Estado poderá trazer esse debate à um nível menos ético e moral e mais no sentido de resolver o problema. Assim através do objetivos, foi verificado que não basta somente legalizar mas sim oferecer suporte físico e psicológico àquelas mulheres que decidem abortar, tendo em vista primordialmente a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ALFRADIQUE, Eliane. **Direito à vida: aborto - estupro - feto anencefálico**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448> Acesso em 25 Fev 2017.

ANDRADE, Ana Marisa Carvalho. **O aborto do feto encefálico**. Revista Jus Brasil. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=ANDRADE%2C+Ana+Marisa+Carvalho.&aq=ANDRADE%2C+Ana+Marisa+Carvalho.&aqs=chrome..69i57.876j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acesso em: 30 Mar. 2017.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: Considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Lactus: 1999.

BENUTE, Cláudia Rosanada. **Abortamento espontâneo**. Disponível em: <http://aborto.com.br/aborto_espontaneo/index.htm> Acesso em 28/02/2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal: parte especial**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva: 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL – Lei nº9.434. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 29 Abr. 2017.

BUSTÃO, Paulo César. **Tipicidade material, aborto e anencefalia**. Revista Univale. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/413>> Acesso em 8 Mar 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte especial. V.2. São Paulo. Saraiva: 2005.

CLAM - **O Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos**. <http://www.clam.org.br/entrevistas/conteudo.asp?cod=4603> Acesso em: 29/03/2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Constituição Brasileira 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Jorge Figueredo; COSTA, Andrade Manuel da. **Criminologia**. São Paulo. Coimbra, 1984.

DINIZ, Maria Helena. Aborto e saúde pública no Brasil. **Cadernos**, v. 23, n.9, p, 1992-1993. Rio de Janeiro:2007. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf> Acesso em: 29 Mar 2017.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo. Martins Fontes: 2003.

Época. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/uniao-sovietica-foi-pioneira-nos-bdireitos-das-mulheresb-afirma-historiadora-americana.html> Acesso em: 28/04/2017.

ESTADÃO. Aborto e Saúde Pública – Disponível em: http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf. Acesso em 02 Abr. 2017.

Exame – Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/uruguai-registra-mais-de-6-mil-abortos/> Acesso em: 03 Mar 2017.

FAÚNDES, Aníbal. **A mulher não provoca aborto por prazer ou capricho**. Entrevista concedida Rhamas - Redes Humanizadas de Atendimento às Mulheres Agredidas Sexualmente. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/rhamas/faundes.html>> Acesso em: 07 Abr 2017.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado, 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FUSCO, C. L. B.; ANDREONI, S.; SILVA, R. S. **Epidemiologia do aborto inseguro em uma população em situação de pobreza. Favela Inajar de Souza**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2008000100007> Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 78-88. Acesso em 20 Mar 2017.

FAÚNDES, Aníbal. **A mulher não provoca aborto por prazer ou capricho**. Entrevista concedida Rhamas - Redes Humanizadas de Atendimento às Mulheres agredidas Sexualmente. Disponível em: <http://www.ipas.br/rhamas/faundes.html> Acesso em: 31 Mar. 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Anecenfalia: breves considerações médica, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais**. Revista dos tribunais. V.94, n. 833, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39333>> Acesso em 7 Mar 2017.

GALEOYYI, Giulia. **História del aborto. Los muchos protagonistas e intereses de una larga vicisitud. Nova visión.** Buenos Airis: 2004.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** Conjur: 2004.

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – **Percentual de abortamento por região no Brasil.** Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/listabl.asp?z=p&o=23&i=P&c=5526>> Acesso em: 30/03/2017.

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa nacional de saúde.** Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf> Acesso em: 02/03/2017.

JHONSTON, Robson. Historical Abortions. Disponível em: <<http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-unitedstates.>> Acesso em 7 Mar 2017.

BRASIL. JusBrasil – Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>.> Acesso em: 03/02/2017.

IPAS. **Mulheres Agredidas Sexualmente.** Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/rhamas/faundes.html>> Acesso em 03 Fev 2017.

MAGDALENA, Jandira. Caso Jandira e o aborto no Brasil: crime com pena de morte, Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam-aborto-brasil-por-ano.html> Acesso em: 30 Mar. 2017.

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal:** parte especial. V.2. São Paulo. Revistas dos Tribunais: 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (Org.). **O Direito Civil Constitucional, na coletânea 1988 - 1998 - uma década de Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal:** dos crimes contra a pessoas, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** São Paulo. Método: 2008.

O Glogo – Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>> Acesso em: 14 Abr. 2017.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. vol. 1. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200409.htm>> Acesso em 27 Mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos. **Visões Contemporâneas, Associação Juízes para a Democracia**. São Paulo: Atlas. 2001.

Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977. New, 1980.

PP - Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam-aborto-brasil-por-ano.html> Acesso em: 30 Abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo. Método: 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Gabriel Ruan. **União soviética foi pioneira nos direitos das mulheres adirma historiadora americana**. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/uniao-sovietica-foi-pioneira-nos-direitos-das-mulheresb-afirma-historiadora-americana.html> Acesso em: 28 Fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SULINA, Vanessa. Técnicas de abortamento. Disponível em: <http://www.aborto.com.br/tipos/index2.htm> Acesso em: 31/03/2017.

TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385> Acesso em 02 Mar. 2017.

TUA SAÚDE. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/curetagem> Acesso em: 30 Jan. 2017.

WEBERE, Maria José Garcia. **Sexualidade, política e educação**. Campinas: 1998.