

**FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ROSIANE ANDRADE DE OLIVEIRA

**O ABORTO PROVOCADO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: UM
ESTUDO SOBRE AS (IM) POSSIBILIDADES DE
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

**Campina Grande,
2010**

ROSIANE ANDRADE DE OLIVEIRA

**O ABORTO PROVOCADO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: UM
ESTUDO SOBRE AS (IM) POSSIBILIDADES DE
DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da Faculdade
CESREI - Centro de Educação Superior Reinaldo
Ramos, em Cumprimento à exigência para obtenção
do Título de Bacharelado em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Esp. Felipe Augusto Melo Torres

**Campina Grande-PB
2010**

ROSIANE ANDRADE DE OLIVEIRA

O ABORTO PROVOCADO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: UM ESTUDO SOBRE AS (IM) POSSIBILIDADES DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Esp. Felipe Augusto Melo Torres - FARR
(Presidente – Orientador)

Prof. Ms. Daniel Cesar Franklin Chacon - FARR
(1º Examinador)

Prof. Esp. Valfredo Aguiar - FARR
(2º Examinador)

Prof. (a) Ms. Maria do Socorro de Lima Oliveira. - FARR
(3º Examinador)

Dedico este trabalho a Deus, pois sem ele nada seria possível, e é a quem eu recorro nos momentos mais difíceis da minha vida, onde muitas vezes penso em desistir, mas ele me dar força e coragem de seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter-me o dom da vida, e por estar sempre do meu lado nas horas de angústia e aflições, sem ter me abandonado um só segundo, e por estar me proporcionando um momento único, especial e inesquecível em minha vida.

A minha querida mãe que tanto amo Marineide, pelo apoio, força e coragem que ela mim deu para chegar até aqui, e que sempre alimentou em seu coração a esperança de mim ver crescer na vida com meus estudos.

Aos meus filhos Edilton Gabriel, Edilton Raphael e Everardo Emmanuel, três anjos, bebês que amo muito, minha razão de viver.

Ao meu pai Sebastião (im memória) que estar sempre em meu pensamento e no meu coração.

Minhas irmãs Luciana, Fabiana e Tarciana por estar sempre presente em minha vida durante toda essa batalha.

Ao meu irmão Luciano que Deus mim deu de presente e por ser, mas que um irmão ser um verdadeiro amigo.

Minhas sobrinhas Thalita e Luana, que tanto amo e que me encantam com seus belos sorrisos.

Aos meus cunhados Samuel, Thiago e Rogério, por fazerem parte da minha vida.

A minha cunhada Bruna Raquel, uma menina mulher que com seu jeito meigo de ser é perseverante e lutadora pelos seus objetivos.

A Níobe e Maria Luíza, por estarem na minha vida em todos os momentos difíceis do meu viver.

A Rafael Lima, por sempre me ceder material quando eu mais precisava.

A todos os meus colegas de sala de aula, pela união e coragem, se chorei ou se sorrir o importante é que com vocês emoções eu vivi.

A Emílio e a toda sua família serei eternamente grata por tudo que vocês são na minha vida.

Ao meu orientador Felipe Torres, por ter acreditado no meu potencial, com sua competência e tranqüilidade e por me ajudar a desempenhar este importante trabalho.

A professora Mary Delane Gomes, pelo seu compromisso, dedicação e desempenho no seu papel de coordenadora do TCC e, portanto ter colaborado nesta longa caminhada e que nunca perdeu sua classe, postura mesmo nos momentos que tanto lhe atormentei.

Ao professor Valfredo Aguiar, que sua paciência tanto me deu força e me auxiliou deste trabalho.

A todos os meus professores que com muita dedicação e incentivo me proporcionaram retirar de mim o que eu tenho de melhor.

A Gilda e Cleumberto, por ter nos acolhidos tão bem durante toda essa jornada.

Aos coordenadores Francisco Iasley e Félix Araújo Neto, por toda sua competência, responsabilidade e dedicação.

Aos professores Valfredo Aguiar, Daniel Chacon e Socorro Oliveira, por tão gentilmente terem aceitado o convite para participarem da banca examinadora.

Se cheguei até aqui foi graças a todos vocês, que de uma forma ou de outra contribuíram para isto, o meu muito **OBRIGADA**.

*Eu posso ir além de tudo o que me propus, aos poucos, sem pressa, caminhando, chego, ao meu destino, eu sou a **vitória**.*

(Autor desconhecido)

RESUMO

Uma lei em especial analisa a interrupção da gravidez que é o tema do presente estudo o aborto, ela faz parte do direito penal, que tem por objetivo tutelar os bens mais importantes para o ser humano, protegendo-os através da edição de normas que proíbem a prática de determinadas condutas, tais como a de matar, roubar, torturar, estuprar, etc. A legislação penal brasileira vê o aborto provocado como sendo uma espécie de infração penal, um crime, embora abra espaço para exceções. O objetivo deste trabalho é identificar as implicações jurídicas que (im)possibilitam que o aborto provocado seja descriminalizado no Brasil. Para o desenvolvimento do mesmo fez-se uso da pesquisa bibliográfica, pesquisa essa que é a base a todo e qualquer trabalho acadêmico. Para a coleta e análise dos dados fez-se uso de um levantamento de dados, que abrangeu a leitura, a análise e interpretação de livros, periódicos, textos legais etc., divididas em fontes primárias e secundárias. O sistema brasileiro adota o princípio da legalidade como corolário do Estado Democrático de Direito. Por isso, todas as condutas consideradas como crimes têm, necessariamente, de estar previstas, na lei. A legislação brasileira com relação à prática do aborto é antiga, faz parte da Constituição de 1940 e não conseguiu ainda modificar-se e adequar-se ao novo quadro social do qual faz parte o país. Porém, essa situação não pode servir para justificar a mudança da lei, pois ao se pensar dessa forma, corre-se o risco de se ter uma visão reducionista dos fatos, uma vez que o tema acirra os ânimos e é um questão polêmica que ainda hoje se encontra monopolizada por grupos dominantes formadores de opiniões, como a Igreja ou o Estado, que influencia e recebe também influência da população. Portanto, para entender a (im)possibilidade do aborto provocado diante das garantias e princípios constitucionais é preciso entender como esse tema se constitui no espaço público brasileiro, que por sua vez reflete o universo de toda a população.

Palavras chaves: Aborto provocado. Legislação penal brasileira. Espaço Público. Descriminalização.

ABSTRACT

One law in particular examines the interruption of pregnancy that is the subject of this study abortion, she is part of the criminal law, which aims to protect the most important goods for humans, protecting them through the editing rules that prohibit the practice of certain behaviors, such as killing, stealing, torturing, raping, etc.. Brazilian criminal law sees abortion as a kind of criminal offense, a crime, although open space for exceptions. The aim of this study was to identify the legal implications that preclude that abortion be decriminalized in Brazil. For the development of it was made use of literature, this research is the basis for any academic work. For the collection and analysis was done using a data collection, which included reading, analysis and interpretation of books, periodicals, texts etc.. Divided into primary and secondary sources. The Brazilian system adopts the principle of legality as a corollary of the democratic rule of law. Therefore, any behavior considered crimes must necessarily be provided in the law. Brazilian legislation regarding abortion is old, is part of the 1940 Constitution and could not even change themselves and adapt to the new social framework which is part of the country. However, this situation cannot serve to justify changing the law because when you think that way, it runs the risk of having a reductionist view of the facts, since it accentuates the theme and the mood is still a contentious issue that today is monopolized by influential ruling groups such as church or state, which influences and also influences the population receives. Therefore, to understand the impossibility or possibility of abortion in the face of constitutional guarantees and principles you must understand how this issue constitutes the public space, which in turn reflects the population of the entire population.

Keywords: Induced abortion. Brazilian criminal law. Public Space. Decriminalization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 TERMINOLOGIA DA PALAVRA ABORTO.....	16
2.1 TIPOS DE ABORTO.....	16
2.1.1 Aborto espontâneo.....	16
2.1.2 Aborto provocado.....	17
2.1.3 Aborto provocado pela própria gestante.....	17
2.1.4 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.....	18
2.1.5 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante.....	18
2.2 EFEITOS DO ABORTO INDUZIDO.....	18
2.2.1 Aborto considerado ético-legal.....	19
2.2.2 Aborto o que diz a lei?.....	20
3 HISTÓRICO DO ABORTO.....	24
3.1 O ABORTO DESDE A ANTIGUIDADE ATÉ OS DIAS DE HOJE E SUA LEGISLAÇÃO.....	24
3.2 PAÍSES QUE NÃO PERMITEM O ABORTO.....	28
3.2.1 Países que permitem o aborto.....	28
3.3 TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	33
4 METODOLOGIA.....	36
4.1 Aspectos metodológicos.....	36
5. ANÁLISE DOS DADOS.....	40
5.1 A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO.....	40
6 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	48

ANEXO A – <i>Medidas judiciais contra o nascituro (deferidas)</i>	50
ANEXO B - <i>Medidas judiciais contra o nascituro (indeferidas)</i>	54

1 INTRODUÇÃO

Em meados do mês de maio de 2010, o programa nacional de direitos humanos ganhou nova redação, alterando, dentre vários pontos, a viabilidade de abortamento. Nota-se, entretanto, que apesar da nova reforma obstar a concreção de aborto – tal como o Código Penal atual –, a descriminalização dessa conduta permanece uma incógnita, haja vista as diversas mutações que o denotado programa tem sofrido, bem como em razão dos palpitantes debates dos presidencialistas sobre o assunto.

De qualquer modo, antes de se adentrar no por que da (im) possibilidade jurídicas de descriminalização do aborto no Brasil, é imprescindível notar que nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida, bem jurídico máximo de acordo com a nossa Constituição – lei suprema do Estado brasileiro e fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas.

Não por outra razão, observa-se que a própria Carta Magna esboça uma exceção explícita a tutela da vida, que é a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, inc.XLVII, alínea a, da CRFB).

Assim sendo, o bem jurídico vida pode, por vezes, se defrontar com outros direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à questão da mulher tais como:

- a) o direito de autonomia reprodutiva e a sua liberdade de escolha, inviabilizando-se, nesse sentido, uma maternidade indesejada;
- b) o direito à privacidade, competindo à análise sobre a plausibilidade do abortamento a gestante, e não a ingerência estatal;
- c) por fim, o direito à igualdade, haja vista que as mulheres com melhores condições de vida continuarão abortando de forma mais segura que aquelas que não apresentam a mesma possibilidade de subsistência.

Por outro lado, há uma questão que é preciso contemplar que apóia justamente a não descriminalização do aborto, pois respeita os direitos do feto,

direito este que está pontuado no Código Civil, que apesar de natalista, reconhece direitos da personalidade ao nascituro, como o direito à vida – que se inicia a partir da concepção. Assim, como a gestante o nascituro é considerado pessoa, cabendo a ele proteção dada pelo axioma da dignidade da pessoa humana.

Frente a esses fatos, a pesquisa aqui apresentada tem como problemática conhecer de forma mais contundente, quais os elementos jurídicos que (im) possibilitam a descriminalização do aborto no Brasil?

Como pode-se observar, existe posicionamentos diversos sobre a possibilidade ou não da descriminalização do aborto, porém, não se pode esquecer que a possibilidade de abortamentos como regra, não perpassa apenas as questões jurídicas uma vez que esta temática está envolta em tabus e preconceitos, que acirram os ânimos de seus defensores e opositores, suscitando debates nada pacíficos, dada a sua interdisciplinaridade de diretrizes (seja de ordem política, religiosa e jurídica).

Assim sendo, têm-se como objetivos geral e específicos:

Objetivo Geral:

- Identificar as implicações jurídicas que (im) possibilitam que o aborto provocado seja descriminalizado no Brasil.

Objetivos Específicos:

- Analisar se as implicações jurídicas ocorrem devido à posição da sociedade brasileira, frente ao tema que por ser considerado tabu e por muitos um pecado, força o legislativo a não descriminalizar a conduta;
- Observar se há impossibilidade da descriminalização do aborto ao ferir o direito de liberdade da mulher ocorre por está respeitando o direito a vida e por conseguinte a vida do feto;

- Verificar se as implicações jurídicas que impossibilitam a conduta, fere o direito de autonomia reprodutiva da mulher e a sua liberdade de escolha.

Mesmo que o Brasil seja um estado laico (secular ou não confessional) desde a Constituição Republicana de 1891, é indiscutível a presença da religião no âmago dos cidadãos. Razão pela qual, não se pode esquecer que mesmo o direito sendo o direito e de que religião é religião, 71% da população se posicionaram contrariamente a prática do aborto (Folha de São Paulo de 11.03.2010), o que se pode conjecturar que este posicionamento de certa forma força o legislativo a tomar posições contrárias a conduta, fazendo com que para muitos esteja ferindo o direito de autonomia reprodutiva da mulher, e ao invés de garantir o direito à vida, faça com que esta vida corra sérios riscos de morte ao procurar na clandestinidade a solução para os seus problemas.

Assim sendo, ainda que nosso legislativo se mantenha estagnado, será que compete ao poder judiciário, por um ativismo jurisdicional que quer muitas vezes ouvir a opinião de uma minoria contrária a não liberalização – dada a inexistência de lacuna legislativa –, Inovar a ordem jurídica? Ou cabe o poder judiciário inovar a lei a partir das transformações da própria sociedade?

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma:

- Têm-se a Introdução onde encontra-se a apresentação da delimitação do tema, os objetivos de pesquisa, a justificativa e a apresentação e explicação lógica da estrutura do trabalho.
- Na segunda parte encontra-se a fundamentação teórica: apresenta-se a base conceitual referente ao tema escolhido.
- Na terceira parte – apresenta-se um breve histórico sobre a questão do aborto.

- Na quarta parte – serão apresentados os aspectos metodológicos, descreve os métodos e procedimentos utilizados para o desenvolvimento do trabalho monográfico.

- Na quinta parte do trabalho – apresenta-se as análises dos resultados obtidos na pesquisa.

Por fim, apresentam-se as Conclusões, Referências e Anexos.

2 TERMINOLOGIA DA PALAVRA ABORTO

Segundo De Paulo (2002, p. 13), etimologicamente a palavra aborto, isto é, o termo 'ab-ortus', traduz a idéia de privar o nascimento vez que, 'ab' equivale a privação e 'ortus' a nascimento. Entretanto, o aborto provém do latim 'aboriri', significando "separar do lugar adequado" e conceitualmente é: "a interrupção da gravidez com ou sem a expulsão do feto, resultando na morte do 'nascituro'. No sentido etimológico aborto significa privação do nascimento, uma definição considerada exata é a da interrupção da gravidez a interrupção conseqüentemente ocasionaria a morte do feto.

2.1 Tipos de aborto

2.1.1 Aborto espontâneo

Segundo Markham (2004, 174), o aborto espontâneo é devido a uma ocorrência acidental ou natural. A causa do aborto espontâneo no primeiro trimestre são distúrbios de origem genética. A maioria dos abortamentos espontâneos são causados por uma incorreta replicação dos cromossomos e por fatores ambientais. Também pode ser denominado aborto involuntário ou casual. Esses embriões são portadores de anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida, no qual o ovo primeiro morre e em seguida é expelido.

Nos abortos do segundo trimestre o ovo é expulso devido a causas externas a ele (incontinência do colo uterino, mal formação uterina, insuficiência de desenvolvimento uterino, fibroma, infecções do embrião e de seus anexos). O aborto espontâneo deixa traumas emocionais nas mulheres que passam por essa experiência, para essa mulher após o aborto tudo que restou é solidão, dúvidas e um enorme sentimento de fracasso um final doloroso de seus sonhos e esperança. A perda de um bebê que não nasceu é a perda de sonhos e fantasias que foram feitas. muitas vezes o sofrimento dura bem mais do que se espera.

2.1.2 Aborto provocado

Aborto provocado é a interrupção deliberada no período gestacional pela extração do feto da cavidade uterina. Em função do período gestacional em que é realizado, utiliza-se uma das quatro intervenções cirúrgicas que são; a sucção ou aspiração, a dilatação e curetagem, a dilatação e expulsão e injeção de soluções salinas.

O método tradicional de aborto é por curetagem uterina e o método moderno por aspiração uterina só utilizável sem anestesia para gestações de menos de oito semanas de amenorréia (seis semanas de gravidez). Depois desse prazo até doze semanas de amenorréia, a aspiração deve ser realizada sob anestesia e com um aspirador elétrico. O aborto induzido, também chamado aborto provocado ou interrupção voluntária da gravidez, ocorre pela ingestão de medicamentos ou por métodos mecânicos.

A ética deste tipo de abortamento é fortemente contestada em muitos países do mundo, mas é reconhecida como uma prática legal em outros locais do mundo, sendo inclusive suportada pelo sistema público de saúde. Os dois pólos desta discussão passam por definir quando o feto ou embrião se torna humano ou vivo se na concepção no nascimento ou em um ponto intermediário e na primazia do direito da mulher grávida sobre o direito do feto ou embrião.

2.1.3 Aborto provocado pela própria gestante

O auto-aborto estar previsto no art.124, caput 1, Código Penal, trata-se de um crime de mãos próprias, pois somente a gestante pode realizá-lo, contudo isso não afasta a possibilidade de participação no crime de aborto.é a própria mulher quem executa a ação material do crime,ou seja,ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma.

2.1.4 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante

O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art.125 do Código Penal. Trata-se de uma forma mais grave de aborto. Não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiros sem o seu consentimento, exemplo; administrar doses de substância abortiva em sua sopa.

2.1.5 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante

O aborto provocado com o consentimento da gestante está previsto no art.126, caput, Código Penal. É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há o auxílio à conduta do terceiro que provoca o aborto; exemplo; enfermeira que auxilia o médico em uma clínica de aborto. No caso de incapacidade quem consente é o seu representante legal.

No aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, não se exigindo em tais hipóteses nenhum tipo de qualidade especial do sujeito ativo. No delito do artigo 124 segundo Mirabete (2006, p. 63), "o sujeito ativo é a gestante, tratando-se assim de crime especial ou próprio".

2.2 Efeitos do aborto induzido

As interrupções de gravidez feitas por médicos competentes são normalmente consideradas seguras para as mulheres, dependendo do tipo de cirurgia realizado. Entretanto um argumento contrário ao aborto seria de que, para o feto o aborto obviamente nunca seria seguro, uma vez que provoca sua morte sem direito de defesa.

Os métodos clandestinos exemplo; uso de certas drogas, ervas, ou a inserção de objetos não-cirúrgicos no útero. São potencialmente perigosos para a mulher, conduzido a um elevado risco de infecção permanente ou mesmo a morte, quando comparado com abortos feitos por pessoal médico qualificado.

2.2 1 Aborto considerado ético-legal¹

Conhecido por aborto terapêutico, estaria justificado como forma desesperada de salvar-se a vida de uma mãe cujo valor nessas circunstâncias seria mais relevante. de qualquer maneira o ato só será lícito se a gestante apresentar perigo vital, se esse perigo estiver sob dependência da gravidez, se a interrupção da gravidez fizer cessar aquele perigo e se esse for o a única maneira capaz de salvá-la a vida.

Se a gravidez resulte de estupro e para a prática o aborto necessita de permissão da gestante ou quando incapaz de seu representante legal; este conhecido por aborto sentimental, moral ou piedoso, neste caso estar justificado a não punibilidade por não permitir uma mulher chegue a maternidade por violência e por coação, trazendo consigo um filho indesejado e marcado pelo tormento sofrido.

O tema aborto sempre significa uma oportunidade para uma discussão com a sociedade dando o caráter complexo e delicado da questão, isto não implica desrespeito a legislação vigente e sim uma oportunidade de trazer ao debate dentro das políticas sociais de demografia e planejamento familiar, questões que o tema aborto traz como polemica conjunto dos problemas de ordem prática e de saúde coletiva, elevando o nível de informações da sociedade e o aborto eugênico é o que mais comove e ganha espaço nas discussões.

¹ Ver alguns casos de Jurisprudência deferidas e indeferidas sobre aborto eugênico nos Anexos A e B.

2.2.2 Aborto: o que diz a lei?

O direito penal protege a vida humana desde o instante em que um novo ser é gerado, portanto matar um ser mesmo dentro do útero será considerado um crime. No Brasil, bem como no México e Sudão, o direito ao aborto só é permitido em casos de estupro e risco de vida para gestante.

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca. Protege-se a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso de aborto provocado por terceiro sem seu consentimento (MIRABETE, 2006, p. 62 - 63).

Segundo Fernando Capez (2007, p. 110), “considera-se o aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Portanto, o aborto consiste na eliminação da vida intra uterina”.

O código penal brasileiro não defini claramente o aborto, usando tão somente a expressão *provocar aborto*, segundo Grego (2008, p. 238), fica a cargo da doutrina e da jurisprudência o esclarecimento dessa expressão:

Bruno (1976, p. 160, apud GRECO, 2008, p. 238), preleciona:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Têm-se admitido muitas vezes o aborto ou como expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro fato bastará isoladamente para caracterizá-lo.

Para Mirabete e Fabrini (2006, p. 62), aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.”

O aborto voluntário no Brasil só será permitido quando necessário, para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro. O aborto, fora esses casos, está sujeito a pena de detenção ou reclusão a vida intra-uterina é reconhecida pelo código penal, pois se trata de uma expectativa de vida, uma pessoa em formação e portanto, a conduta causadora da interrupção do processo de gestação é tipificada como crime de aborto, e conseqüentemente punido por lei. Para que se configure crime de aborto é necessário que se tenha uma gravidez que consiste no período que abrange a fecundação do óvulo com a constituição do ovo, daí a intenção livre e consciente de interromper a gravidez, provocando assim a morte do feto.

Como já foi dito anteriormente o aborto é considerado crime salvo duas situações; de estupro e de risco de vida materna. Um anteprojeto de lei que tramita no congresso nacional, que inclui no código penal uma terceira possibilidade quando da constatação anomalias fetais. Esta situação já vem sendo considerada pela justiça brasileira, apesar de não estar ainda legislada.

Desde 1993, vários alvarás foram concedidos para a realização do aborto em crianças anencefalos. Anencefalia é uma doença congênita e irreversível e torna impossível a vida após o nascimento, isto é considerando a hipótese do feto nascer com vida. É diagnosticado logo no primeiro exame de ultra-sonografia sua característica principal é a malformação do tubo neural impedindo o fechamento da calota craniana. Assim, as poucas células formadas que dão origem ao cérebro misturam-se com o líquido amniótico reagindo como um ácido dissolvendo-as.

Assim, o feto não consegue formar seu cérebro, mesmo com todos os órgãos funcionando perfeitamente, a situação de um anencéfalo. É semelhante a um indivíduo que os médicos diagnosticam a chamada morte cerebral, o ser sobrevive apenas para aguardar sua morte. Diante este caso surge a polêmica acerca do aborto eugênico, aquele praticado em decorrência da malformação fetal que torna a vida do ser impossível, uma vez que a legislação brasileira não admite pelo menos de forma expressa esta espécie de aborto. As malformações congênitas do sistema nervoso central são muito comuns sendo os efeitos do não fechamento do tubo neural responsável pela maioria dessas anomalias. Anencefalia ocupa posição de destaque devido a sua gravidade e por ser ela responsável pela inviabilidade do feto.

Os juízes inicialmente solicitavam que o médico fornecesse um atestado com o diagnóstico da má formação, além de outros três laudos para confirmação outro laudo psiquiátrico sobre o risco potencial da continuidade da gestação e outro para cirurgia. Daí são realizados através de autorizações concedidas pelo judiciário após a apreciação da matéria através do devido processo legal e convencido o julgador de que esta é a opção correta ou a melhor decisão a ser tomada. Sua finalidade é de alguma forma poder amenizar o sofrimento psicológico da gestante ao diminuir o período de gestação de um feto com anomalia.

Destacaremos agora o parecer da comissão para reformulação do código penal de 1992 na qual o desembargador Alberto Silva Frasso era responsável pela subcomissão que tratava dos crimes contra vida. Foi criado um anteprojeto de lei, que acrescentava ao art.128, inciso II e dois parágrafos, onde diz "não constitui o crime de aborto praticado por médico se a fundada probabilidade do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais " Nos parágrafos ficava claro com o consentimento da gestante ou seu representante legal².

Como o código penal brasileiro ao incriminar o aborto não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto, interromper a gravidez antes de seu tempo normal é considerado um crime de aborto.

Segundo Hungria (1995, p. 281 apud. GRECO, 2008, p. 243):

Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto. A ocisão do feto (alheio a sua imaturidade ou ao emprego dos meios abortivos), depois de iniciado o processo do parto é infanticídio, e não aborto criminoso.

Ao longo do tempo estas exigências foram sendo abrandadas, em algumas solicitações, os juízes não aceitaram a justificativa e não consideram o alvará tendo em vista a falta de amparo legal para a medida.

² Brasil, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Anteprojeto do Código Penal. Parte especial. Brasília, DF. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mar.1999.

A lei brasileira também não determina a idade fetal máxima para interrupção da gravidez. O senso geral é de que o abortamento só deve ocorrer até a idade limite quando o bebê prematuro tem chances de vida fora do corpo da mãe.

Gomes (1968, p. 405), "define como criminosa a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não a expulsão qualquer que seja seu período evolutivo da concepção até momentos antes do parto."

Para Reale (1998, p. 68), os três elementos: fato, valor e norma compõe o cerne da chamada teoria tridimensional do direito não pode ser estudado separadamente, pois cada alteração em um deles acarretará alterações aos outros dois, pois o direito é uma realidade trivalente, tridimensional neste estudo parte-se do fato, analisam-se os valores que lhe são dados e chega-se a norma para então punir todos os responsáveis.

O bem jurídico tutelado por essa norma penal é a vida intra-uterina, ou seja, a vida do ser humano em formação. É bom que se esclareça que o feto ou embrião não podem ser considerados, uma pessoa, mas sim uma potencialidade de pessoas que recebe tratamento e defesa jurídica específica, nos casos em que o aborto é praticado por terceiro, o tipo penal também prestigia a incolumidade física e a vida da gestante, que pode ter sua saúde e vida prejudicados, em razão de manobras abortivas.

3 HISTÓRICO DO ABORTO

3.1 O aborto desde a antiguidade até os dias de hoje e sua legislação³

A política relacionada aos recém nascidos portadores de anomalias advém de milênios. As atitudes tomadas em relação a estes casos eram as mais diversas e ocorriam logo após o nascimento, pois não se detectavam essas anomalias no período pré-natal.

Segundo Antunes Reis (2007), em Roma por volta de 200 anos depois de cristo a aborto passou a ser uma violação ao direito do marido e começou a ser severamente punido.

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação. Inicialmente, predominava a total indiferença do direito em face do aborto, considerando o produto da concepção como parte integrante do corpo da gestante e, por conseguinte, deixando a critério da mulher a decisão acerca da conveniência ou não de dar continuidade à gravidez. Assim era em Roma, nos primeiros tempos, quando não era sancionada a morte dada ao feto. Por volta do ano 200 depois de cristo, com o reinado do imperador Septimius Severus, o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole esperada, sendo sua prática castigada.

No período medieval a punição passou a ser diferente segundo Adriana Tenório Antunes Reis (2007) comenta que Santo Agostinho afirmava: na idade média, a punição do aborto generalizou-se. De acordo com Santo Agostinho, baseado na doutrina de Aristóteles, "o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino". De outro lado, São Basílio não admitia qualquer distinção entre feto animado e inanimado, considerando o aborto provocado sempre como criminoso (REIS, 2007).

³ Todos os dados desse tópico foram retirados de: PESSOA, Jonathan Dantas. **Da tipicidade do abortamento quando o produto da concepção é anencefálico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n 2510, 16 maio de 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14760>. Acesso em: 20 nov. 2010.

Segundo Reis (2007) no iluminismo acabou a equiparação hora existente entre aborto e infanticídio. É certo que, em se tratando de aborto, "foi o cristianismo que trouxe a concepção válida até os dias de hoje, no sentido de que o feto, mesmo no ventre materno, embora não se possa reputar como pessoa no seu sentido jurídico, representa um ser a quem a sociedade deve proteger e garantir o direito à vida". Com o iluminismo, a equiparação entre os crimes de aborto e infanticídio foi abandonada, postulando-se, a partir de então, a redução das penas cominadas àquela espécie de delito (REIS, 2007).

No Brasil o primeiro código aprovado foi em 23 de outubro de 1830 e foi sancionado em 16 de dezembro de 1830. Neste período era criminalizado qualquer tipo de meio abortivo, mesmo sem a realização do aborto na gestante, mas já respondia pelo fornecimento ilegal. Nos casos que contasse com participação de médico, cirurgião ou alguém nesta área a pena de tal crime aumentava. Acerca do código criminal de 1830, Cezar Roberto Bitencout (2008, p.132-133) diz:

O código criminal do império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Criminalizava, na verdade o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja, o auto-aborto. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado, como uma espécie, digamos, de criminalização de atos preparatórios. Agravava-se a pena se o sujeito ativo fosse médico cirurgião ou similar. O código penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Referido código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente, nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante.

O direito a vida previsto neste artigo abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto dar o direito de continuar vivo e também o direito de ter uma vida digna.

O aborto é tema gerador de polêmicos debates e estudos, o aborto é um dos crimes que se apresenta com grande diversidade repressiva determinada pelas modificações ao longo do tempo e espaço. Algumas legislações antigas não o consideravam crime, em verdade havia uma indiferença do direito face à

problemática do aborto. O feto era considerado como simples anexo ocasional do organismo materno, de cujo destino a mulher poderia livremente decidir, com exceção das casadas devido à proeminência do direito marital.

Na idade antiga eventualmente castigavam a administração dada por terceiros de substâncias abortivas, não era o aborto que se punia, mas o dano que daí resultasse para o organismo da mulher. Atualmente, conclui-se que a tendência geral das legislações se desenvolve no sentido da atenuação da pena para a mulher que provoca ou consente que lhe provoque o aborto e também a imposição de pena mais severa aos terceiros provocadores.

Os povos da antiguidade estudaram e discutiram a problemática do aborto. Os israelitas, os mesopotâmicos, os gregos e romanos preocuparam-se com o aborto, porém limitaram-se a tecer considerações e críticas de forma moral.

Hipócrates, o grande gênio da medicina antiga estudou sobre aborto, e suas preocupações ao tratamento e aos métodos para induzi-los. Os povos primitivos não previam o aborto ou quando faziam atribuíam a ele severas punições.

No período da república romana, o aborto foi considerado um ato imoral, no entanto, teve utilizações principalmente entre aquelas que se preocupavam com a aparência física, o que neste período histórico tinha grande importância no meio social. Assim, crescia monstruosamente o número de aborto de forma que os legisladores passaram a considerá-lo um ato criminoso.

ZAMPROGNA (1996, p. 14):

Conseqüência a lei cornélia⁴ cominou pena de morte à mulher que consentisse com a prática abortiva. Já em relação a quem praticasse o ato, previu-se pena igual, com a possibilidade de abrandamento caso a gestante não falecesse em função das manobras abortivas

⁴ É a fonte principal da incriminação, foi à lei que estabeleceu a pena de morte como sanção a quem praticasse envenenamento e apunhalamento a perda da vida de quem a sofria. Promulgada no ano 81 A.c, na reforma jurídica.

Surgiu o cristianismo de um modo geral sempre foi contra a prática abortiva. Porém, esta infundável discussão estabeleceu-se entre os filósofos cristãos, os quais estavam mais preocupados a reforçar seus pontos de vista pessoais do que com a própria substancia das divergências.

O cristianismo que modificou a visão que existia até então a respeito do aborto. Pois, juntamente com o nascimento do cristianismo vieram a tona diversos prismas na conceituação do aborto e a crença de que o homem possuía uma alma, e que esta era imortal.

Matielo (1996, p. 15) "além do mais, sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributo este exclusivamente do criador"

A reprovação do aborto era freqüente, Aristóteles e Platão aconselharam o aborto desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma. Para controlar os índices de crescimento demográfico ou populacional em função dos meios de subsistência.

Platão, preconizava o aborto em toda mulher que concebesse depois dos quarentas anos. Platão e Aristóteles foram em verdade os grandes percussores das teorias malthusianas. Santo Agostinho o doutor evangélico com fulcro nas idéias aristotélicas pregava que o aborto só seria crime quando o feto já tivesse recebido alma. Mais tarde em 1918 o referido dispositivo eugenista fora suprimido, as pressões religiosas foram vitoriosas e continuam até os dias de hoje.

O tema é controvertido e polêmico, uma vez que envolve valores morais, éticos e religiosos, sobre o direito de viver. Esta reflexão sobre aborto através do método de abordagem dedutivo, objetiva lançar consciência para o valor da vida, já que alguns lutam pela total descriminalização do aborto ,uma vez que existe países que permitem o aborto e outros não permitem.

Até o início do século passado não se falava na interrupção da gravidez por motivo de anomalia fetal, por que não se possuía tecnologia para diagnosticá-la ainda no ventre da mãe. A partir de 1950, com desenvolvimento das técnicas de diagnósticos pré-natal foi possível diagnosticar tais problemas.

Os brâmanes tinham o costume de matar ou abandonar na selva as crianças que, dois meses depois de nascidas lhes pareciam de má-indóle. "Na Grécia antiga os nascidos não desejados eram levados para o alto de alguma montanha e ali abandonado. Aristóteles preconizava ser o aborto o método mais eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades

gregas. Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos para as mulheres com mais de 40 anos

Sócrates aconselhava às parteiras, e essa era a profissão de sua mãe, que facilitassem o aborto as mulheres que assim o desejassem. Hipócrates em seu juramento assumiu o compromisso de não aplicar pressário em mulheres para provocar aborto. Em Esparta, face o espírito bélico que alí reinava os que fossem aparentemente fracos eram eliminados por não poderem a vir servir o Estado, principalmente nas guerras. Em Roma os nascidos com aparência pouco humana eram atirados de penhascos. (TESSARO, 2002, p. 21-25).

Mais tarde a igreja católica passou a abolir e condenar severamente o aborto, e a pena de morte foi aplicada (morte pela espada, afogamento e fogueira) tanto a mulher como ao partícipe. A questão principal para o direito canônico era a perda da alma do feto, que ficava sem batismo. (FRAGOSO, 1958, p. 48)

3.2 Países que não permitem o aborto

Os países que não permitem o aborto exceto quando há risco de vida para a mãe são: o Afeganistão, Angola, Brasil. O Camboja, o Chile, a Colômbia, a Costa do Marfim, as Filipinas, a Guatemala, o Haiti, a Honduras, o Jêmen, a Indonésia, o Irã, a Irlanda, o Laos, o Líbano, a Líbia, a Mauritânia, o México, Moçambique, a Nicarágua, a Nigéria, o Paraguai, o Quênia, a República Dominicana, a Síria, o Sri Lanka, o Sudão, a Tanzânia, a Venezuela, o Zaire.

3.2.1 Países que permitem o aborto

África do Sul, Albânia, Austrália, Bangladesh, Bélgica, Bulgária, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Norte, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, E.U. A, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Iugoslávia, Japão, Noruega, República Tcheca, Romênia, Rússia, Taiwan, Tunísia, Turquia, Vietnã e Zâmbia.

Estatisticamente⁵ já se comprovou que a possibilidade de ocorrência de um feto com problemas de anencefalia está na ordem de um caso para mil nascimentos normais. Esse número não é desprezível, diante do número total de natalidades mundiais.

A legislação sobre o aborto dependendo do ordenamento jurídico vigente, considera o aborto uma conduta penalizada ou despenalizada, atendendo a circunstâncias específicas. As situações possíveis vão desde o aborto considerado como um crime contra vida humana, ao apoio estatal a interrupção voluntária da gravidez a pedido da grávida sob determinadas circunstâncias. No código da república de 1890, previa-se algumas situações de aborto que se puniam quando o ato era praticado por terceiros. No entanto, a partir de 1940 com o código penal brasileira, teve-se a repressão do delito tipificado como crime contra a vida ,até os dias atuais.

A ciência médica definiu que o início da vida ocorre no momento da fecundação não constitui aborto, a conduta de quebrar um tubo de ensaio contendo óvulo fertilizado in vitro, a eliminação de embriões humanos em laboratórios. Também ocorrerá crime impossível se o crime é provocado pela ingestão de medicamentos incapazes de provocar aborto ou ainda a realização de rituais, rezas ou simpatias.

A objetividade jurídica é a vida do feto. Portanto, se o feto estiver morto por causa natural e o médico apenas o retira do útero materno, não existe obviamente a conduta criminosa. O elemento subjetivo é o dolo quer seja direto ou eventual, desta forma não existe o aborto culposo. Se alguém causa aborto por imperícia ou imprudência responde por lesão corporal culposa, e em geral de natureza grave. A vítima é a gestante todavia, se a própria gestante for imprudente e der causa ao aborto será fato atípico e não punível pois não se condena criminalmente a autolesão.

O aborto é quanto ao meio de execução um crime de ação livre, pois admite qualquer meio de realização desde que apto a causar a morte do feto. Também não bastará o consentimento para caracterizar o aborto consumado, exigindo se a produção do resultado até por ser crime material e de dano que é a efetiva morte do feto. O aborto funciona como causa agravadora do delito de lesões

⁵ SEBASTIANI, Mario. **Casos de anencefalia**. Hospital Italiano. Bueno Aires. Disponível em: <http://www.hospitalitaliano.org.ar/1/anencefaleia-sebastiani.html>.

corporais, mesmo que a morte do feto não seja seguida de expulsão do feto, mesmo assim se caracteriza o aborto.

Ressalte-se, porém, que na figura contida no art. 127 do Código Penal o resultado advindo não poderia ter sido desejado nem cogitado pelo agente, de vez que o delito é preterdoloso, ou seja, pune-se a conduta antecedente (o aborto) a título de dolo, enquanto que o resultado (a lesão corporal de natureza grave ou a morte) a título de culpa (HABIB, 2004, p. 30).

Costa (1999) afirma que:

[...] a lei nacional, entre as três causas de impunidade frente ao aborto, reconheceu o aborto necessário ou terapêutico e o aborto sentimental ou da vítima estuprada. Ressaltando, que o código de 1969 consagrou as mesmas causas da exclusão de ilicitude: perigo constante a vida da mulher, irremovível por outro meio que não a prática de manobras abortivas; gravidez decorrente de estupro, quando, então, o legislador acrescentou: seja a violência real ou presumida.

Ainda neste sentido, HABIB (2004. p. 30), demonstra em seus ensinamentos que:

[...] a doutrina, admitido outra hipótese (não positivada no ordenamento jurídico penal atual) para que seja realizado o abortamento, que é quando a gravidez for resultado de atentado violento ao pudor (art. 214, do cp/40), pois, como se sabe, não só a conjunção carnal pode levar a mulher a engravidar, mas, também, outros atos libidinosos. Nestes casos, vem se aplicando a analogia 'in bonam partem'.

Se alguém agride grávida querendo apenas lesioná-la, mas, culposamente provoca-lhe um aborto responderá por crime de lesão corporal gravíssima (art.129, ii Código Penal). Entre as figuras típicas do aborto estão o auto-aborto e consentimento para o aborto (art.124 Código Penal) o aborto praticado com o consentimento da gestante (art.125), ambas as hipóteses do art.124 Código Penal são consideradas crimes próprios já que nelas o sujeito ativo é a gestante, são

também crimes de mão própria, somente admitem participação. Se a gestante consentir que terceiros lhe provoque o aborto a gestante é autora do crime, o código penal brasileiro entretanto, excetuou a esta teoria e criou um delito autônomo com pena diferenciada e mais grave para o terceiro que com o consentimento da gestante pratica manobra abortiva.

A pena nesse caso é de reclusão de um a quatro anos, assim a gestante que consente o aborto incide no art.124 código penal, enquanto terceiro que executa o aborto com permissão dela responde pelo art.126 Código Penal. O consentimento da gestante tem que ser espontâneo no art.126 do Código Penal cita quando o consentimento da gestante é inválido; quando a gestante não é maior de 14 anos, se a gestante for alienada ou débil mental de forma que seja ausente o discernimento.

Desta forma violência é presumida, também no caso de consentimento obtido por meio de violência, grave ameaça ou fraude. Anunciar o processo abortivo, substância ou objeto destinado a provocar aborto constitui crime anão, ou seja, contravenção penal prevista no código penal no art. 20. O consentimento da gestante deve perdurar até a consumação do aborto, se a mulher está grávida de gêmeos e se o sujeito sabe tal fato ocorrerá concurso formal, mas se não sabe haverá apenas crime único. Caso contrário haverá responsabilidade objetiva, se aplica ao terceiro que provocou o aborto se a gestante sofre lesão leve o agente responde apenas por aborto simples, ficando absorvidas as lesões.

As causas qualificadoras somente são aplicáveis quando o agente quis causar o aborto e não lesão grave ou morte da gestante, mas as provoca culposamente. É possível que o aumento da pena se aplique quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofre lesão grave ou morre. Se além, do aborto o agente também deseja a morte da gestante responde por dois crimes poderá ocorrer concurso material ou formal imperfeito dependendo do modo de execução empregado no caso concreto.

Se o agente quer matar a mulher, mas ignora esta ser gestante e acaba provocando-lhe aborto, responde apenas pelo homicídio doloroso. O aborto necessário deve ser praticado por médico e não havendo outro meio, para salvar a vida da gestante, nestes casos que a lei permite opera a exclusão de ilicitude (exclusão da culpa).

Se a mulher supondo estar grávida, solicita os trabalhos de aborteiro sendo atendida e em razão do meio vem a falecer o crime que ocorreu foi homicídio culposo, retire-se a aplicação do crime de aborto do art.127 do código penal.

O aborto sentimental ou humanitário possui três requisitos; que seja realizado por médico habilitado, que haja o consentimento da gestante ou seu representante legal caso seja incapaz e se a gravidez for resultado do crime de estupro. O código penal brasileiro só anui expressamente com o aborto nos casos de estupro, mas é pacífico o entendimento jurisprudencial que por analogia em boa parte estendem a anuência ao aborto também aos casos de crimes contra a liberdade sexual cometidos com uso de violência ou grave ameaça. Não é necessário a condenação, pelo estupro basta que o médico tenha provas da materialidade do crime de estupro exemplo; boletim de ocorrência, inquérito policial, processo penal, perícia, etc.

Todavia, não haverá aborto sentimental tendo em vista o crime de sedução, pois obviamente não houve uso de violência e nem da grave ameaça, não havendo semelhanças com os demais crimes contra a liberdade sexual. Não há dispositivo legal que permita a realização do aborto face às anomalias do feto nem mesmo exemplo síndrome de Down, também não se pode realizar o aborto com base de que a gestante não possui condições financeiras de criar o filho (aborto social) ou até mesmo por que não é casada. Pelo feto não ter vida própria, dá-se, portanto, a atipicidade, ou ainda a inexigibilidade de conduta diversa que funciona como excludente de culpabilidade.

A lei 9.434 de 1997, que trata sobre a retirada de órgãos humanos para fins de transplante em seu art.3 frisa-se, que a morte se caracteriza com a cessação da atividade encefálica. Desta maneira não há como caracterizar o aborto quando o feto é não possui cérebro (anencefálico). No passado no código penal brasileiro de 1890 tratou o crime de aborto nos arts. 300, 301 e 302 e previa a redução de pena se o crime fosse praticado com acordo da gestante e para ocultar a desonra própria, também permitia o aborto legal ou necessário desde que praticado por médico ou parteira com o nobre objetivo de salvar a gestante da morte.

O atual código penal propõe substanciais mudanças chegando mesmo a reduzir bastante a censura penal ao aborto, colocando-o como infração de pequeno

potencial ofensivo com procedimento regulado pela lei 9.099 de 1995 que institui os juizados especiais criminais onde se julgam crimes punidos com detenção de um a nove meses e permite a transação penal comutando com penas restritivas de direitos ou exclusivamente pecuniária, não lhe retirando a primariedade da ré. É importante ressaltar que a gravidez extra-uterina ou molar não dá azo de se constituir aborto sua interrupção, o produto patológico desta gravidez não possui vida própria, nem sequer são fetos.

No Brasil o aborto ainda é ilegal embora na maioria dos países desenvolvidos já seja legal, o principal motivo para a não localização do aborto é a falta de recursos financeiros para realizar adequados atendimentos médicos. É importante que o aborto natural ou espontâneo não constituem crime, alguns doutrinadores classificam como aborto até 19 semanas após a última menstruação, após isto é considerado infanticídio, pois a medicina atual já consegue manter o feto vivo em incubadora.

O aborto pode acarretar também sanções penais e civis exemplo; uma mulher que abortou sem o consentimento do marido, e este sente-se magoado desta forma é parte legítima para pleitear em indenizatória requerendo perdas e danos e até mesmo dano moral sobre a sua mulher e também de se separar desta com a plena caracterização de culpa conjugal. Já no âmbito penal, a sanção importará na restrição a liberdade da mulher que interrompeu criminosamente a gravidez e ainda das pessoas que tenham participado do delito. À doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido, o aborto natural e o acidental não constituem crimes, mas o chamado social ou econômico é punível. Tal modalidade de crime desconhece a forma privilegiada.

3.3 TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA HUMANA

Toda discussão sobre aborto nos remete a questionamentos mais profundos em relação ao que chamamos de vida. Através dos modernos conhecimentos da medicina, hoje é possível que um bebê seja fotografado no útero materno através de uma ultra-sonografia, e o acompanhamento neonatal logo nos

primeiros meses gestacional, proporcionando ao feto os cuidados previstos pela lei e oferecimentos de serviços de saúde gratuitamente pelos órgãos governamentais, como reconhecimento tácito do direito do nascituro a vida.

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre dias depois da fecundação. Dessa forma temos a nidação como termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal do aborto. Portanto, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelos menos a primeira vista será considerado aborto (consumado ou tentado).

Devemos lembrar que um óvulo já fecundado não consiga chegar ao útero, mas se desenvolva fora dele. Temos aqui o que a medicina denomina de gravidez ectópica, que segundo a definição contida no manual Mick de medicina.

Seria a gestação na qual a implantação ocorre em outro lugar que não o endométrio ou a cavidade endometrial; isto é na cérvix, no tubo uterino, no ovário, nas cavidades abdominais ou pélvicas. (GRECO, apud. Manual Merck de Medicina, p.1850)

Segundo Rezende (p. 717) "a prenhez ectópica quando o ovo se aninha fora do útero, assim conceituada é sinônimo de prenhez extra-uterina".

O feto aos dois meses de gestação já possui ossos, mas eles são moles dobrando-se a pressão como se fossem de borracha. Eles começam a calcificar-se a partir dos três meses, mas já estavam formados em todas as suas articulações desde muito antes. Aos dois meses de gravidez o feto já possui praticamente formado todos os órgãos que terá quando for adulto. Possui coração que bombeia sangue, cérebro, fígado, rins e também pulmões. Embora formados os pulmões não

funcionam, pois o feto respira o oxigênio que lhe chega pelo sangue da própria mãe que atravessa o útero, a placenta, o cordão umbilical e chega ao sangue do feto diretamente através do intestino, em vez do pulmão.

É por isso que ele não se afoga ao estar mergulhando dentro da bolsa, completamente imerso no chamado líquido amniótico, que é quase que totalmente água. Quando o bebê vier a nascer e o cordão umbilical é rompido, ele deixará de respirar pelo intestino e passará a respirar pelos pulmões, que no entanto já estavam prontos a muito tempo. O feto está tão perfeito no segundo mês da gravidez por que a gravidez começa bem antes do que a maioria das pessoas imagina.

A gravidez inicia duas semanas antes do início do atraso menstrual, isto significa que, quando a gestante percebe que sua menstruação atrasou, ela já estará com quinze dias de gravidez. Quando ela perceber que está com quinze dias de atraso, sua gravidez já estará completando um mês. O coração do bebê já começa a bater no vigésimo dia da gestação, isto é, aos cinco dias do atraso menstrual. No segundo mês da gravidez, quando se decidem a maioria dos abortos, a natureza já teve muito tempo para formar completamente o bebê.

Hoje é matéria de interesse médico, ético e político, a existência ou ausência de sensações fetais como a dor do feto durante o procedimento de abortivo.

O aborto pode causar dor em fetos ainda pouco desenvolvidos "acreditam pesquisadores do hospital Chelsea em Londres. Segundo a responsável pela pesquisa Vivette Glover, fetos são capazes de sentir dor já a partir da décima - sétima semana de gestação, por isto médicos britânicos estão estudando a possibilidade de anestesiá-lo durante intervenções para interrupção da gravidez.⁶

Segundo Vivette Glover, a dor do feto é menos intensa, isto é uma prova que a vida humana começa no momento da concepção. O sistema nervoso ocorre mais cedo do que se imagina, tudo isto faz com que entidades que são contra a realização do aborto apoiem cada vez mais essa teoria.

⁶ A DOR do feto. In: O que é aborto? Disponível em: http://www.webciencia.com/01_aborto.htm. Acesso em: 04 dez. 2010.

4 METODOLOGIA⁷

4.1 Aspectos metodológicos

Segundo Marconi (2001, p. 47), A maioria dos especialistas faz hoje distinção entre o método e os métodos, por se situarem em níveis claramente distintos, no que se refere a sua inspiração filosófica, a seu grau de abstração, a sua finalidade mais ou menos explicativa, a sua ação mas, etapas mais ou menos concretas da investigação e ao momento em que se situam.

O método caracteriza-se por uma abordagem mais ou menos ampla, em nível de abstração mais elevado, dos fenômenos da natureza e/ou sociedade. O método divide-se em: método de abordagem e de procedimento. Este último tem uso mais restrito em Direito, por serem menos abrangentes e menos abstratos do que os métodos de abordagem.

O Direito dada a sua amplitude, utiliza vários métodos, os pesquisadores da área ao estudarem um fenômeno jurídico, lançam mão de diversos métodos, prevalecendo uma combinação de métodos, que dependendo do objeto estudado pode prevalecer o uso de métodos tais como: indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo, dialético, empírico, histórico, comparativo, monográfico, funcionalista, entre outros.

Portanto, a pesquisa como meio de se buscar respostas para questionamentos encontrados, os quais as respostas existentes já não satisfazem mais, precisa fazer uso dos métodos científicos, de acordo com a escolha do pesquisador que escolherá o método mais adequado para a análise dos dados coletados.

Este estudo teve início a partir de pesquisa bibliográfica, onde através do método, delimitou-se o tema, a definição do problema, a justificativa, os objetivos gerais e específicos, introdução e conclusão.

A pesquisa bibliográfica é o passo inicial na construção efetiva de um protocolo de investigação, para Manzo (1971, p. 32 apud. MARCONI, 2001, p. 56), afirma que a bibliografia “oferece meios para definir, resolver não somente

⁷ Parte do conteúdo deste tópico foram retirados de: MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica para o curso de direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

problemas já conhecidos, mas também explorar novas áreas em que os problemas não se cristalizaram suficientemente”.

Portanto, tanto para a escolha do assunto, como após a sua escolha é necessário fazer uma revisão bibliográfica do tema apontado. Pois a pesquisa bibliográfica auxilia na escolha de um método mais apropriado, assim como num conhecimento das variáveis e na autenticidade da pesquisa.

Para Trujillo Ferrari (1971, p. 230 apud. MARCONI 2001, p. 56), a bibliografia oferece ao pesquisador “oferece ao pesquisador o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações”.

Pode-se dizer então que a pesquisa bibliográfica propicia a análise de um assunto escrito sob novo enfoque ou abordagem, permitindo chegar a novas conclusões.

Ressaltada a importância da pesquisa bibliográfica na edificação de um projeto de pesquisa, fica clara a pertinência de um trabalho voltado para esse primeiro passo.

Um trabalho que trate da pesquisa bibliográfica não poderia deixar de conter explicações e estas devem seguir um fluxo que facilite a compreensão e a aplicação. Por esse motivo, abordam-se aqui primeiramente os conceitos pertinentes ao tema trabalhado, depois as características do tema entre outros aspectos do mesmo, até chegar ao exemplo, os anexos e as referências. Tudo numa linguagem acessível visando um entendimento primário sobre como se desenvolveu a pesquisa.

Uma pesquisa é um processo sistemático de construção do conhecimento que tem como metas principais gerar novos conhecimentos e/ou corroborar ou refutar algum conhecimento pré-existente. É basicamente um processo de aprendizagem tanto do indivíduo que a realiza quanto da sociedade na qual esta se desenvolve. A pesquisa como atividade regular também pode ser definida como o conjunto de atividades orientadas e planejadas pela busca de um conhecimento.

A pesquisa bibliográfica parte de um levantamento de dados, primeiramente abrange a leitura, a análise e interpretação de livros, periódicos, textos legais, documentos mimeografados ou xerocopiados, dependendo do assunto e área mapas, fotos, manuscritos etc. Todo material recolhido deve ser submetido a uma triagem, a partir da qual é possível estabelecer um plano de leitura. Trata-se de uma leitura atenta e sistemática que se faz acompanhar de anotações. Isso porque a

pesquisa bibliográfica tem por objetivo conhecer as diferentes contribuições científicas disponíveis sobre determinado tema. Ela dá suporte a todas as fases de qualquer tipo de pesquisa, uma vez que auxilia na definição do problema, na determinação dos objetivos, na construção de hipóteses, na fundamentação da justificativa da escolha do tema e na elaboração do relatório final.

Segundo Leite (1978, p. 59), no campo jurídico, a pesquisa bibliográfica é o método por excelência de que dispões o investigador, sem com isso esgotar as outras manifestações metodológicas.

Na área jurídica, se o assunto for uma norma jurídica, tem-se uma fonte primária; já a doutrina e a jurisprudência relativa a ela serão fontes secundárias. As fontes primárias aquelas que complementam o texto principal; e fontes secundárias, as monografias ou livros relacionados com o tema. Essa separação para muitos autores só tem validade quando se trata de trabalho sobre um autor e/ou sua obra (fonte primária) e os comentadores desse autor ou suas obras (fonte secundária).

Para a realização deste trabalho foi utilizada as fontes primárias e secundárias, e a pesquisa por ser de cunho bibliográfico abrangeu oito fases:

- a) a escolha do tema;
- b) delimitação do tema;
- c) apontamentos;
- d) identificação;
- e) definição dos termos;
- f) fichamentos;
- g) análise dos termos;
- h) redação.

Vale salientar que, assim como diz Gonsalves (2005, p 12), que apesar de ser um trabalho bibliográfico, este não se trata de uma série de resumos, mas sim de uma série de análises pessoais sobre os conteúdos compilados e contribui para elucidar a importância do entendimento das implicações jurídicas que (im) possibilitam a descriminalização do aborto no Brasil.

Ressalte-se também a importância do trabalho presente, posto que pode contribuir para um melhor entendimento dessa questão que permeia não apenas o campo jurídico mas está em todas as áreas da sociedade e é envolta em tabus e preconceitos.

5 ANÁLISE DOS DADOS

5.1 A (im) possibilidade jurídica da descriminalização do aborto

Toda discussão sobre aborto nos remete a questionamentos mais profundos em relação ao que chamamos de vida. Através dos modernos conhecimentos da medicina, hoje é possível que um bebê seja fotografado no útero materno através de uma ultra-sonografia, e o acompanhamento neonatal logo nos primeiros meses gestacional, proporcionando ao feto os cuidados previstos pela lei e oferecimentos de serviços de saúde gratuitamente pelos órgãos governamentais, como reconhecimento tácito do direito do nascituro a vida.

Como foi apresentado na seção 3, (ver 3.3) a vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre dias depois da fecundação. Dessa forma temos a nidação como termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal do aborto. Portanto, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelos menos a primeira vista será considerado aborto (consumado ou tentado).

Assim sendo, a questão do aborto, trata-se de um tema palpitante tanto para o direito penal quanto para as filosofias religiosas, assunto que deve ser analisado com total profundidade moral.

Qualquer forma de violência contra o ser humano é uma violência contra todos os homens. Qualquer forma de violência contra um ser incapaz e desprotegido não é própria da consciência médica e nem é compatível com o destino da medicina, pois seria uma quebra da tradição que a cristalizou como um projeto em favor do homem, da humanidade, sem discriminação ou preconceito de qualquer espécie.

Porém, a questão aqui proposta não é advogar a favor ou não da prática do aborto e nem questionar com quem apóia ou não a prática, pois ao fazer isso, o trabalho perde seu valor do ponto da neutralidade científica, pois o mesmo tem a função de analisar os dados e apresentá-los sem emitir juízos de valor.

No que tange a (im) possibilidade da descriminalização do aborto, em um país onde o mesmo é proibido e cujo povo é extremamente religioso e, preso a tradição, mesmo sendo um país laico, não se pode esquecer o detalhe da postura religiosa do seu povo e de como essa sociedade, mesmo em pleno século XXI vê esta questão.

Para o direito independentemente da forma que tenha nascido o ser humano, o homem, é sujeito de direito, tem lugar garantido como personalidade jurídica, portanto, o feto independentemente da maneira que ele se encontre também possui este direito, pois uma vez implantado o ovo no útero materno, como foi dito anteriormente, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelos menos a primeira vista será considerado aborto.

Para a maioria das religiões principalmente as cristãs, o aborto é o mais hediondo dos delitos e é considerado nefasto, é a eliminação da vida é o desrespeito a ela e ao quinto mandamento da lei de Deus” não matarás” onde a vítima é assassinada indefesamente pela mãe, pelo pai ou por quem tenha ciência ou auxilie o ato de abortamento. Sequer o aborto ante a justificativa de estupro é autorizado pelo catolicismo, cabe a genitora responsabilizar-se pelo filho de Deus que encontra-se no seu ventre.

Porém, mesmo tendo consciência dessa posição religiosa, as leis que regem o país com relação à prática do aborto abre exceção para alguns casos, entre eles encontra-se o do estupro comprovado e risco de vida para a mãe e uma exceção aos eugênicos que são anomalias fetais. Contudo, essa lei faz parte da constituição brasileira de 1940, e em pleno século XXI, as mulheres brasileiras ainda vivem dentro de uma estrutura patriarcal, que determina as normas de conduta e os papéis sexuais de homens e mulheres, delegando aos homens a autoridade e o poder de decisão e tratando a sexualidade feminina unicamente do ponto de vista da procriação.

Quais os entraves que (im) possibilita a descriminalização do aborto no país este é o problema a ser verificado na pesquisa, pode-se afirmar que são muitos, por ser um tema polêmico entre as pessoas que compõem a sociedade precisa ser tratado no meio jurídico de forma delicada, pois envolve o respeito à vida humana, por mais que as feministas queiram afirma que em nome do direito a vida pede-se a mulher que se deixe morrer, principalmente nos casos das mulheres pobres que fazem uso de práticas arriscadas e de aborteiras, para se livrarem da

gravidez indesejada, a lei tem que buscar um ponto de equilíbrio entre os desejos de uma parte da sociedade e o direito de todos os membros da sociedade.

Uma sociedade democrática é aquela que defende o direito de todos, para os grupos anti-abortos ao liberar o aborto, a justiça estaria liberando o direito e a vontade de uma parcela da população. Entretanto, para os grupos a favor do aborto é inaceitável uma sociedade que cria leis que impede o direito da mulher interromper sua gravidez, o direito de liberdade do seu próprio corpo.

Assim, as feministas, que são a favor do aborto acreditam que ninguém pode obrigar ninguém a abortar se essa não é sua vontade, mas também ninguém pode obrigar a uma mulher a levar uma gravidez indesejada. Portanto, como fica a área jurídica frente a este tema?

O quadro brasileiro é complexo o Congresso brasileiro espelha as diferentes posições sociais que constroem a sociedade, as mulheres por sua vez também não se espelham em uma só posição, pois não se pode esquecer que todas as ações humanas são mediadas socialmente e culturalmente. Portanto, ao procura entender a (im) possibilidade da descriminalização do aborto, não se pode deixar de considerar este universo.

A própria área jurídica não é uniforme quanto a sua posição frente à liberação do aborto, tanto é que mesmo sem fazer parte da lei desde 1993, juízes tem liberados alvarás para a chamada interrupção médica da gravidez em casos de anomalia fetal, grave, incurável e sem perspectiva de sobrevida prolongada para o bebê, dificilmente este tipo de interrupção é recusada, pois juízes consideram que ao liberarem o aborto, nesses casos, estão preservando a saúde mental da mãe.

Contudo, apesar desses avanços, é preciso considerar que a descriminalização da prática, ainda é algo distante de acontecer, pois não se pode esquecer que cada cultura elege princípios normativos que definem os comportamentos dos indivíduos a lei é um desses princípios, ela é uma regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, uma comunidade em ordem, porem ela é também uma construção social, os indivíduos interferem também na sua criação e aceitação.

Além disso, para o direito, o primeiro dos direitos naturais do homem é o direito de viver. O primeiro dever do homem é defender e proteger o seu primeiro direito a vida. O mais elementar direito humano é o de nascer, os outros a liberdade,

educação, saúde, trabalho, justiça, cidadania, só ganham sentido se houver o ser humano para desfrutá-los, cercear o direito a vida é negar todos os demais.

Embora haja mulheres de todas as idades e condições socioeconômicas variadas, que praticam o aborto, a maioria é de adolescentes despreparadas para assumir a maternidade ou apavoradas com a reação dos pais e da sociedade.

O respeito à vida desde que se inicia é fundamental, o acaso não existe, portanto, nenhuma mulher engravidada por acaso, pelo menos na atualidade com toda a informação que existe e com os diversos métodos contraceptivos disponíveis no mercado⁸, inclusive a pílula do dia seguinte, facilmente comprada nas farmácias.

O espírito que a ela se liga, no momento da concepção é alguém que depende dela para crescer, educar-se, evoluir. O assunto porém, não é apenas de culpabilidade feminina, mais o pai tem sua parcela de responsabilidade e deve apoiar a ambos, mãe e filho. Hoje graças aos testes de DNA dificilmente alguém poderá fugir a esta responsabilidade. Daí por que, pode-se inferir que levando em consideração estes dados, é mais provável que a lei continue apoiando o direito a vida do que a descriminalização do aborto.

Outras medidas também são propostas e são também levadas em consideração para analisar a descriminalização do aborto e diz respeito ao incentivo a educação dos jovens sobre métodos de planejamento familiar, saúde sexual e suas implicações morais. Cientistas, políticos, educadores e comunidades podem e devem, reavaliar suas ações em relação ao aborto, a partir do reconhecimento que para alguns ele é um assassinato, e como tal deve ser combatido.

Os resultados não viram em imediato, mas se houver a participação de cada um, em seu respectivo campo de ação as soluções surgirão ao longo dos anos. Assim, para os defensores da lei que impede o aborto provocado, essas medidas evitariam a necessidade da prática e, portanto a não necessidade da lei em se preocupar com descriminalização do aborto

⁸ Existem vários métodos contraceptivos para o controle de população no mundo de hoje, então engravida quem quer, Com exceção do estupro; anticoncepcionais orais, anticoncepcionais injetáveis, dispositivos intra-uterinos, melhores métodos de prever a ovulação, meios leuteolíticos e auto-progesterona; cirurgia para homens vasectomia, cirurgia para mulheres esterectomia, preservativo, estes três últimos tem recebidos grande aceitação em várias regiões por ser um método simples, rápido e seguro e é prontamente disponível pelo estado.

A constituição é a lei maior dentro de um estado. Ela é o conjunto de normas fundamentais que rege a organização de um estado, regulando a relação do governo com o povo, disciplinando as funções estatais, estabelecendo os direitos e deveres recíprocos da população e norteando a posição de uma nação em relação a outras, porém ela é também fruto em parte da vontade do povo pelo menos teoricamente. Portanto, a Constituição brasileira no que tange a questão ora aqui proposta, parece concordar com a posição da maioria da população brasileira que não aceita a descriminalização do aborto no Brasil, uma vez que a mesma declara o comprometimento e a defesa do direito à vida em seu art. 5º, *caput*, quando esclarece:

art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(Constituição Federal).

Assim sendo, a vida independentemente do seu tempo deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Para a justiça não há nenhuma, pois a vida é vida não importando a sua quantidade de tempo.

O Estado deve zelar pela vida de todos e principalmente de seres tão pequenos e indefesos. O direito a vida é o principal direito individual tutelado pela Constituição, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Contudo o direito a vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer, de defender a própria vida, de ter integridade moral e física e mais uma série de direitos que dele decorrem. Todos os direitos devem ser respeitados em qualquer hipótese.

Porém em um Estado laico, estas questões não podem perpassar apenas pelas questões de fundo ético religioso, a sociedade deve tentar adequar-se as novas situações apontando os prós e os contras do objetivo de discussão para que

assim chegar à melhor solução possível, gerando uma melhoria de qualidade de vida para população.

Assim, quanto a descriminalização do aborto por enquanto ainda no país é uma impossibilidade, mas devido as mudanças constantes que a sociedade vem passando nos últimos tempo, não se pode prever que isso será algo que nunca mudará.

6 CONCLUSÃO

Ainda se tem uma longa estrada a percorrer para se poder alcançar uma maior coerência nas posições apresentadas aqui. Contudo, pode-se dizer que apesar das lacunas que existem e que sempre ficam em todo e qualquer trabalho, são elas que incentivam o esforço de continuar o desenvolvimento do mesmo. Conseguiu-se chegar aqui a algumas conclusões que devem ser vistas como ponto de reflexão para um debate mais aberto sobre o tema, quem sabe num futuro próximo? Pois não se pode esquecer que a questão do aborto provocado, possui significados diversos, dependendo das atribuições culturais de cada sociedade, portanto não se pode discutir essa questão apenas sobre uma perspectiva jurídica de legalidade e ilegalidade da prática.

O presente trabalho apresentou uma análise sobre a (im) possibilidade do aborto provocado diante das garantias e princípios constitucionais. O aborto é inserido em nossa legislação entre os crimes contra os costumes e não contra a pessoa. Percebe-se assim a intenção do legislador em conservar a estrutura social e os costumes vigentes, em proteger a instituição conhecida como família que é a célula mãe de toda a sociedade.

Assim sendo, a lei defende a proteção da família e da sociedade e não a pessoa humana do sexo feminino. O aborto, é considerado prática criminosa em nosso sistema legal, salvo exceções permissivas — excludente de antijuridicidade — e tratado nos artigos 124 ao 128 do Código Penal Brasileiro.

De acordo com este artigo o aborto é considerado crime doloso contra a vida, não havendo a forma culposa. Portanto, a interrupção da gravidez, dolosamente, com a conseqüente morte do feto é considerada como aborto, e, como tal, prática criminosa sujeita a sanções penais. Praticar o aborto é crime, salvo quando praticado por médico para salvar a vida da gestante e quando a gravidez provém de estupro e é vontade da gestante interrompê-la.

Levando em consideração a posição da legislação acima, entende-se portanto, a dificuldade encontrada em sua descriminalização no Brasil em pleno século XXI, uma vez que o país ainda encontra-se dentro de uma estrutura social patriarcal, que determina as normas de conduta e os papéis sexuais de homens e

mulheres dentro da sociedade e continua portanto, tratando a sexualidade feminina do ponto de vista apenas da procriação.

A legislação brasileira com relação a prática do aborto como foi apresentada aqui é antiga, faz parte da Constituição de 1940, e mesmo tendo concedido o direito a mulher de fazer um aborto em caso de estupro e risco de vida para mãe, ela não conseguiu ainda modificar-se e adequar-se ao novo quadro social do qual faz parte o país.

As mulheres atualmente tem assumido uma posição importante no mercado de trabalho, as meninas por sua vez estão cada vez mais cedo mantendo relações sexuais, os casamentos estão acontecendo cada vez mais tarde e também estão se dissolvendo rapidamente, já não existe mais aquele modelo perfeito de família nuclear, pai, mãe e filhos, onde o pai é o provedor da família e a mulher assume a função de dona de casa.

O argumento acima pode servir para justificar a mudança da lei, porém se ao se pensar dessa forma, corre-se o risco de se ter uma visão simplista da situação, como já foi dito aqui, a questão da descriminalização do aborto é uma questão polêmica e ainda está monopolizada por grupos dominantes formadores de opiniões, como a Igreja ou o Estado, que influencia e recebe também influencia da população, portanto, para entender a (im) possibilidade do aborto provocado diante das garantias e princípios constitucionais é preciso entender como esse tema se constitui no espaço público brasileiro, que por sua vez reflete o universo de toda a população, seja ela representante da parcela que apóia a prática, seja ela que não apóia a prática e persiste em apoiar a lei e, até mesmo em revogar aquilo que ela já concedeu as mulheres, quando em casos especiais já citados aqui, podem recorrer aos seus direitos e obter um aborto assistido e legalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne,Joyce. **Constituicao federal**. Vade Mecum. 4. ed. São Paulo: Rideel. 2007

COSTA, Maria da Penha Meirelles Almeida, artigo publicado na revista da Faculdade de Direito da UNG, v.1-1999

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT; Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. (colabs.) **Código penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, (mini obra coletiva)

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. v.2. São Paulo: Saraiva. 2007.

CASTRO, Regina. **Aborto**. Rio de Janeiro: Muad, 1997.

PRADO, Danda. **O que é aborto?** 4. ed. São Paulo: Brasiliense.1991.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,1968.

GONSALVES, Elisa Maria. Definição de pesquisa científica. In: _____. **Iniciação à pesquisa científica**. 2. ed. Campinas: Alínea, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 5 ed. v. II. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Licoes de direito penal**. v. 1. São Paulo: BUSKTSKY. 1958. (Parte Especial)

HABIB, Sergio. O delito de abortamento-aspectos jurídicos. In: **Publicado na revista jurídica consulex** n.174. 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense v. 5 1995.

MARTIELO, Fabrício Zamprognna. **Aborto e o direito penal**. 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto. 1996.

Markham, Úrsula. **Aborto espontâneo**. Rio de Janeiro: Summus, 2004.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. **Manual de direito penal**. 25. ed. Sao Paulo: Atlas. 2006. (Parte Especial ed.Jurídico)

Maria Tereza Verardo. **Aborto um direito ou um crime?** 14. ed. São Paulo: Moderna. 1987.

MAURIZIO, Mori. **A moralidade do aborto**. Brasília: UNB. 1997.

Reale, Miguel. **Licoes preliminares de direito**. 24 ed. Sao Paulo: Saraiva. 1998.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. Curitiba: Juruá 2002.

ANEXO A - Jurisprudência sobre aborto eugênico

Medidas judiciais em defesa do nascituro (todas deferidas)

a. 1) TJRJ Processo : 2000.059.01629

"Habeas-Corpus". Concessão. Os abortos eugênico e o econômico não são reconhecidos pelo Direito pátrio, que considera impuníveis apenas os abortos necessário e o sentimental, "ex-vi" art. 128, I e II do C.P. Ordem concedida em favor do feto em gestação para que não seja dolosamente inviabilizado seu nascimento. (SCK)

Partes: Segredo de Justiça

Rev. Direito do T.J.E.R.J., vol 45, pag 400

Tipo da Ação: HABEAS CORPUS

Número do Processo: 2000.059.01629

Data de Registro : 22/09/2000

Folhas: 11017/11021

Comarca de Origem: Capital

Órgão Julgador: Sexta Câmara Criminal

Votação : Unânime

Des. Eduardo Mayr

Julgado em 04/07/2000

a. 2) TJRJ Processo N° 2000.059.01697

Tipo : Habeas Corpus

Órgão Julgador : Sexta Camara Criminal

Relator : Des. Mauricio Da Silva Lintz

Impetrante : Amparo Maternal

Paciente : Feto que esta sob gestação no útero de Maria Aparecida Aleixo.

Origem : Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Data : 20/08/2001

SESSÃO DE JULGAMENTO**Data da sessão :** 20/06/2000

Decisão : Preliminarmente, de ofício, foram suscitadas pela presidência duas preliminares; a primeira, referente à possibilidade jurídica do pedido, que foi decidida no sentido de que o pedido é lícito e admissível, a segunda, quanto a competência deste órgão fracionário, decidida no sentido de ter a câmara competência para o conhecimento da impetração; ambas as decisões foram tomadas a unanimidade. Ainda, em preliminar, para efeito de eventual concessão da ordem, entendeu a turma julgadora, ante a questão posta pela presidência, da desnecessidade da nomeação de curador ao nascituro, ante o evidente conflito de interesse entre a gestante e o embrião. No mérito, concedeu-se, por maioria, a ordem, consolidando a liminar, no sentido de vedar a interrupção da gravidez, vencido o Des. Valmir Ribeiro, que denegava o writ.

Des. Presidente : Des. Eduardo Mayr**Vogais:** Des. Luiz Leite Araújo e Des. Valmir Ribeiro**REGISTRO DE ACÓRDÃO****Data de remessa :** 20/06/2001**Data Registro Acórdão :** 21/06/2001**Numeração Automática :** Sim**Qtd. Folhas :** 9**Folhas :** 007408/007416**Remessa ao Protocolo :** 21/06/2001

a. 3) TJRJ Processo N° 2000.078.00044

Tipo : Mandado de Segurança**Órgão Julgador :** Seção Criminal**Relator :** Des. Silvio Teixeira

Impetrante : Osvaldo Gomes

Impetrado : Juízo de Direito Da 2a.Vara Criminal da Capital

Origem : Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Decisão: "Trata-se de mandado de segurança, impetrado, em 09.06.2000, por Osvaldo Gomes, visando a desconstituir ato do Juízo da 2. Vara Criminal (II Tribunal do Júri) da Comarca da Capital, que autorizou a Maternidade Osvaldo Nazaré, situada na Praça 15 de Novembro, a realizar o ato cirúrgico de interrupção da gravidez de Cleide dos Santos Alves, já em avançado estado de gestação de "feto portador de irreversível ma formação em conseqüência de anencefalia". Liminar deferida, "para sustar a realização do ato cirúrgico", como se vê de fls. 16/17. Prestadas as informações a fls. 21, com anexação de cópias e encaminhamento dos autos do respectivo processo, que foram requisitados e apensados. Nomeado Curador de nascituro (fls. [38], tendo-se pronunciado (fls. 44/66). Mantida a liminar, deferida outras diligencias, determinado que se verificasse o resultado do julgamento do H.C. n. 1629/2000.

a. 4) TJGO Processo n.º 199901414157

b.

Tipo: Habeas Corpus com Pedido de Concessão de Liminar (HC 16184-8/217)

Relator: Des. Byron Seabra Guimarães, vice-presidente do TJGO

Impetrante: Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz

Paciente: Nascituro anencéfalo no útero da Sra. Silvana Cristina F. Neto

Autoridade Coatora: Dr. Alvarino Egídio da Silva Primo - 1ª vara criminal de Goiânia — protocolo 199901341605 - alvará judicial)

Liminar deferida em 28/07/1999.

Despacho (excertos):

"No meu entender, não existe perspectiva de um bom direito para amparar o pedido de autorização judicial, tal como foi deferido, mesmo porque, se"... a lei não contempla o pedido dos requerentes," (f. 16), não poderia haver atendimento nesse particular".(...)

"Assim, defiro parcialmente o pedido, para o fim exclusivo de suspender a execução da autorização judicial, conforme consta do alvará de f. 18, até que a egrégia Primeira Câmara Criminal julgue o mérito do presente "habeas

corpus", se ainda ela não tiver sido efetivada, caso em que, ficará prejudicado o pedido inicial." (...)

"Goiânia, 28 de Julho de 1999"

Nota: lamentavelmente, a decisão da liminar favorável ao nascituro chegou tarde, quando a intervenção cirúrgica já havia sido feita.

ANEXO B - JURISPRUDÊNCIA SOBRE ABORTO EUGÊNICO

Medidas judiciais contra o nascituro (indeferidas)

b. 1) Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da Capital do Estado do Rio de Janeiro - Processo nº 2000.001.062364-3

Tipo: Pedido de autorização para interrupção de gestação

Requerente: Flávia Cristina de Carvalho Spinelli

Julgado em: 18 de maio de 2000

Relatora: Dra. Maria Luiza De Oliveira Sigaud Daniel

Sentença (excertos):

Segundo **Tardieu** o crime de aborto consiste na “expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, *independentemente das circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular*”. Para a configuração do aborto é necessária a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época de sua maturidade. Conforme ensina **Zarnardlli**: “a essência do aborto consiste no impedir o processo fisiológico de maturação do feto”.

Deste modo, vemos que a lei penal protege a vida em seu sentido amplo, a vida humana em germe, e não meramente a expectativa de vida extra-uterina. Comprovado o estado fisiológico da gravidez, ou seja, que o feto estava vivo, não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação.

A anomalia diagnosticada, é uma **síndrome genética**, e não consiste na ausência de cérebro, como erroneamente se pode supor, mas na ausência de calota craniana, o que significa **que a criança tem o cérebro exposto**, podendo inclusive ter algumas funções neurológicas preservadas.

Durante o período gestacional a criança desenvolve-se normalmente, apresentando, no entanto, má formação cerebral consistente em comprometimento do sistema nervoso central, que só pode ser averiguado quando da realização da autópsia.

Enquanto no ventre materno a criança, cresce e se desenvolve normalmente, apesar do cérebro exposto, por estar em um meio asséptico. Na literatura médica relatada não existem casos de sobrevivência, a criança nasce e respira, podendo viver meros segundos, 24 horas e até sete dias, dependendo das implicações neurológicas.

A situação da criança não é de morte cerebral, ela tem um cérebro, que apesar de não poder desenvolver suas funções intelectivas, pode ter algumas funções preservadas. Ela possui o tronco cerebral que é responsável pelos batimentos cardíacos, pela respiração, pelos movimentos dos olhos, demais funções do tronco cerebral. (...)

Entende este Juízo que o feto afetado por esta síndrome não pode ser privado do curto lapso de tempo da vida que possui. Tal procedimento consistiria na prática da eugenia, que visa não somente evitar o nascimento de seres com taras hereditárias, mas também o de seres portadores de deformidades congênitas.

O avanço da medicina tem por objetivo salvar vidas e não ceifá-las, eis que de acordo com a ética médica não se pode negar nenhum tipo de assistência á alguém eu vai morrer. No caso em exame, sabe-se, antecipadamente, quando a criança morrerá, ela tem meses de vida, como um doente terminal. O aborto nestes casos iguala-se a eutanásia, só que praticada em relação a um nascituro em já avançado estágio gestacional.

O sofrimento e o abalo psíquico da mãe só poderão ser minimizados pelo amor e apoio da família e por acompanhamento psicológico, fazendo-a compreender que carrega em seu ventre não um ser morto, mas um ser vivo que desenvolve-se plenamente nos demais aspectos físicos. Abreviar o tempo de vida pré-determinado, consiste em grave ilícito penal que não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico vigente, malgrado entendimentos contrários.

Ademais o Juiz não tem esse poder, isto é, o poder de determinar até quando alguém vai viver. Nosso poder, graças a Deus, é limitado, pois também estamos submetidos a ordem jurídica em vigor. É absurdo que a requerente e o médico que a assiste desejem cancelar suas condutas ilícitas, pois apesar de emanar do órgão julgador, consiste em ilícito penal de extrema gravidade.

b. 2) TJRJ - Processo n° 2000.078.00042

Tipo: Mandado de Segurança n.º 42/2000 [recurso contra a sentença acima transcrita]

Órgão Julgador: Seção Criminal

Relator: Des. Estenio Cantarino Cardozo

Impetrante: Flávia Cristina de Carvalho Spinelli

Impetrado: Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da Comarca da Capital

Origem: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Ação: 2000.001.062364-3

Julgado em 21 de junho de 2000.

Ementa:

Mandado de Segurança. Competência da Seção Criminal. ABORTO EUGÊNICO. LIMINAR SATISFATIVA, se deferida impediria o conhecimento da causa por parte do Órgão competente. Relevância do pedido. Há situações em que tal exame se torna imprescindível, sob pena de inviabilizar a tutela jurisdicional. ANENCEFALIA, anomalia fetal consistente na ausência da calota craniana, não é permissiva para se autorizar o aborto, como se infere do art. 128, I e II do Código Penal A lei não prevê

a isenção de pena para o abortamento eugenésico, isto é, com a eliminação de fetos doentes ou defeituosos, O magistrado não tem o poder de autorizá-lo, nem será o médico jungido a fazê-lo, porque ofenderia, por certo, sua consciência e ética profissional O feto, nesses casos, é dotado de vida intra-uterina ou biológica e é, por isso, protegido pelas normas constitucionais e pelo direito natural, O direito civil tutela o nascituro porque há possibilidade de vida (art.4º do Código Civil), daí advindo uma série de conseqüências, principalmente de ordem sucessória. Permitir o aborto eqüivaleria a prática da eutanásia, só que praticada contra um ser em formação, dotado de todas as funções. Não se trata de um ser sem vida. Haveria a distanásia. A Lei 9434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante, só permite fazê-lo "post mortem" e o transplante deve ser precedido de minucioso exame feito por uma equipe médica cirúrgica que comprove, sem sombra de dúvida, a morte encefálica. Não se argumente com essa lei, porque se trata de caso diverso. Não é o caso dos autos, pois o feto está com vida. A Lei não deu no magistrado o poder divino de determinar o término da vida. Os apologistas do aborto eugênico nasceram, estão todos vivos. Denegada, por maioria, a ordem.

Declaração de voto do Des. Carlos Brazil (excertos):

Derradeiramente, observa-se que a autora deste *mandamus*, estando grávida e submetida a exame de ultrassonografia com o diagnóstico de uma má formação fetal denominada "anencefalia" ou "ausência da calota craniana" no filho que traz em seu ventre, com provável vida extra-uterina de pouquíssimos dias, pediu a autorização judicial para que seja submetida ao aborto do seu filho, porque se encontra "*muito abalada e debilitada com a situação*". (...)

A propósito deste julgamento, uma leitora do jornal A NOTÍCIA, nos enviou a sua vivência:

Lendo o jornal A NOTÍCIA e acompanhando a evolução do caso da mãe que quer abortar o seu filho anencéfalo, gostaria de relatar a minha experiência, visto que passei pela mesma situação. Pedro era uma criança muito esperada e amada desde a confirmação da gravidez (era o nosso primeiro filho). No sexto mês de gravidez fiz uma ultra-sonografia e foi constatado que o meu filho sofria de anencefalia e que morreria logo após o nascimento. O médico prontamente quis retirar o meu filho através e uma cesariana para a interrupção da gravidez. Apesar da nossa grande tristeza, ficamos um pouco até indignados por não conseguirmos entender como se pode querer privar alguém que mesmo muito doente e sem esperanças receba o carinho e o amor que não tem medida e é totalmente incondicional que é o amor da mãe pelo seu filho, sendo este saudável ou doente, sem mãos ou com mãos ou mesmo sem um órgão vital. Nas noites que se seguiram lembro-me que chorei muito, mas vendo a minha barriga mexer eu conversava com meu filho e o sentia vivo dentro de mim. Passei, tenho certeza, muito

amor e carinho para o Pedro. Eu e o meu marido, a partir daí, passamos a nos preparar para o seu nascimento, que foi na hora em que ele deveria vir. Foi triste por um lado, mas maravilhoso por outro. O meu filho não foi jogado fora numa lata de lixo como um objeto que saiu da fábrica com defeito. Foi registrado e enterrado como um cidadão, que foi de fato. Pedro Couto dos Santos Monteiro viveu 4 dias rodeado por mim e pelo meu marido, o vi fazer xixi, evacuar, chorar, "baubuciar" e morreu segurando em uma das mãos o meu dedo e na outra mão o dedo do pai. Dei para o meu filho o melhor que eu tinha para lhe dar, o direito de nascer e de se sentir muito amado, mesmo que não sendo o filho fisicamente perfeito que todo pai e toda mãe esperam ter. (...)

É deste quadro que se nos apresenta a determinação para que se faça o aborto, fazendo cessar uma vida. É o emprego da coação para retirar o exercício de direito à vida, e à violência para evitar o exercido do referido direito, máxime se não houver supedâneo jurídico para embasar a determinação feita por um juiz para que se interrompa a vida de um nascituro. O que ocorre neste pedido de Mandado de Segurança é, sem dúvida, a prática de um abuso de direito em face de um nascituro não ouvido, não defendido, a cassação desse dom maior que é a vida. É irrecusável o assertiva de que o direito determina e regulamente a conduta humana antes mesmo do seu nascimento, ao conferir ao nascituro o direito à vida, suprimindo como o atentado contra a sua existência.

b. 3) Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia - Processo n.º 2001.007.69190

Tipo: Autorização para interrupção de gravidez

Órgão Julgador: 14ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia

Requerente: Rosiane Souza do Nascimento

Julgado em 16 de maio de 2001

Relator: Dr. José Machado de Castro Neto, juiz substituto, respondendo pela 14ª Vara Criminal.

Sentença (excertos):

Na realidade, a ilação que se tira do exame do pedido é que o fundamento da Requerente para o mesmo é a circunstância de que o feto é portador de anormalia que, certamente, levará a morte seu filho pouco tempo após o nascimento, cuidando-se, pois, de aborto eugênico, para o qual não existe autorização na lei, merecendo, pois, o repúdio da Justiça, a quem cumpre o indeclinável dever de assegurar os direitos do nascituro, conforme

disposição expressa no Código Civil Brasileiro, entre os quais, evidentemente, está elencado o direito de nascer.

A morte é consequência inarredável de quem nasce e, portanto, não pode ser invocada como motivo para justificar o aborto, cuja prática é tida, em regra, como crime. (...)

É que se a Justiça passar a autorizar o aborto eugênico na situação do caso em julgamento, amanhã os jurisdicionados poderão bater às portas do Tribunal para exigir autorização, em outras situações como, por exemplo, porque o feto apresenta algum problema que o impossibilitará de ter uma vida tida como normal ou porque a mãe ou pai daquele feto não dispõe de recursos para prover sua manutenção, entre outros casos. (...)

Isto posto, rejeito o parecer ministerial e denego o pedido.

Anápolis, 12 de agosto de 2002
Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz.
Presidente do Pró-Vida de Anápolis.