

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE VACARIA**

INDIANA VELHO BORGES

O ABORTO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA

**VACARIA
2020**

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE VACARIA
CURSO DE DIREITO**

INDIANA VELHO BORGES

O ABORTO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no curso Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Felipe Vanin Rizzon.

**VACARIA
2020**

Dedico este trabalho aos meus pais, Vilson e Angelita, minha irmã Indiara e meu irmão Arthur, por terem me acompanhado e apoiado durante toda essa jornada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me dado uma família com condições de me incentivar aos estudos e o apoio financeiro.

A minha mãe, que sempre esteve ao meu lado me dando a base necessária para seguir em frente, com todo amor e carinho.

Ao meu pai que todos os dias me desafiava, fazendo assim com que eu buscasse cada vez mais pelo conhecimento e me dedicasse tanto aos estudos, e nunca me deixou desistir.

À minha irmã Indiara que por uma travessura do destino não esta mais entre nós, mas foi ela quem me levou a primeira vez na UCS e ia todos os dias comigo, ate o infortúnio ocorrido, mas que sempre estará em meu coração.

Ao meu irmão Arthur, embora uma criança, sempre me fazendo rir e perguntas muito criativas sobre a faculdade, que por vezes me fez enxergar o lado bom da UCS.

Ao professor Felipe Vanin Rizzon, pela bela orientação durante a elaboração deste trabalho, e aos anos que ele dedicou para passar um pouquinho do conhecimento a mim, com suas aulas sempre muito produtivas e alegres.

E a todos os professores que passaram comigo nessa trajetória, que cheguei onde cheguei graças a vocês.

*“O fim do Direito não é abolir nem restringir,
mas preservar e ampliar a liberdade.”*

(John Locke)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa oferecer uma visão geral a respeito do aborto, suas modalidades, o aborto e suas evoluções através da história, os direitos e garantias fundamentais, uma breve análise dos direitos individuais, o crime de aborto no Código Penal Brasileiro e quando necessário. O tema objeto deste estudo causou, causa e seguramente ainda causará muita polêmica por um longo período, sendo gerador de debates que dificilmente atingem um consenso, qual seja, o aborto. Além desses fatores sabe-se que há o aborto praticado de forma clandestina provocando diversas consequências graves tanto físicas como psicológicas entre outras.

Palavras-chave: Aborto, direitos e garantias individuais, crime, necessário.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, UMA BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	9
3 O ABORTO ATRAVÉS DA HISTÓRIA: BREVES NOTAS ACERCA DO CONCEITO DE ABORTO, SEU SENTIDO E SIGNIFICADO AO LONGO DO TEMPO.....	14
4 O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	19
5 DO ABORTO NECESSÁRIO.....	28
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
7 REFÊRENCIAIS.....	35

1 INTRODUÇÃO

O tema objeto deste estudo causou, causa e seguramente ainda causará muita polêmica por um longo período, sendo gerador de debates que dificilmente atingem um consenso, qual seja, o aborto.

Parte da população defende de que a mulher, por ser dona de seu próprio corpo, tem o direito de decidir em manter ou não a gestação. Por outro lado, outra parcela da população se manifesta contra o aborto, alegando ser um atentado contra a vida de alguém que não pode se defender.

Outro aspecto relevante acerca do tema é a situação precária do sistema único de saúde que, provavelmente, não daria conta de atender a demanda dos abortos, acabando por impor a certas mulheres que desejam se submeter a este procedimento que tenham que procurar clínicas clandestinas, correndo riscos enormes à sua saúde.

A ilegalidade do aborto, em si, defende um direito constitucional – a vida. É um direito reconhecido para todos nós. O feto, embrião, ou nascituro, tem esse direito preservado/resguardado.

Entretanto, há uma triste realidade, eis que enquanto se luta pelo aborto legal, meninas e mulheres morrem em clínicas clandestinas, como referido alhures.

Além de ser um tema importante no âmbito penal, o aborto têm um significado social muito relevante, por tratar da liberdade individual da mulher e, no mesmo sentido, da vida do feto, com as mudanças constantes na jurisprudência e os entendimentos variados da doutrina, faz-se necessária uma análise aprofundada dos aspectos descritos anteriormente, para que se possa chegar a uma conclusão, daquilo que é mais coerente e adaptado a nossa realidade atual.

Busca-se então, uma maneira de melhor explicar todas as possíveis dúvidas geradas através desse assunto.

2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, UMA BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS INDIVIDUAIS.

O primeiro dos direitos naturais do homem é o direito de viver. O primeiro dever é defender e proteger o seu primeiro direito: a vida(Bianca Leticia 2014)

Em relação à objetividade jurídica do crime de aborto, Andreucci (2019), nos trás um conceito de proteção do direito à vida humana em formação, ou seja, vida intrauterina. Pois, foi comprovado cientificamente que fecundação do óvulo existe um ser em criação, que cresce, aperfeiçoa-se, assimila subs-tâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, nos últimos meses da gravidez, movimenta-se e revela atividade cardíaca, executando funções típicas de vida. Protege a lei penal, também, a vida e a integridade física da gestante, no caso de aborto provocado sem o seu consentimento.

Para MARCO SEGRE o seu conceito de proteção à vida e respeito ao ser humano é desde a concepção, no que segue:

“em nosso entender, importa que o respeito que é devido ao ser humano, desde a sua, seja garantido através da explicitação de alguns dos seus direitos: (...) deve outorgar-se ao embrião humano o direito a ser respeitado de forma integral e com a dignidade que, no mínimo, deve ser garantida a um ser humano, ainda que numa fase incipiente do seu processo evolutivo contínuo, sendo desejável que lhe venha a ser reconhecido direito a proteção legal e jurídica como sujeito de pleno direito”.

Os direitos individuais referem-se a normas dirigidas diretamente ao cidadão. E, juntamente com os direitos sociais, fazem parte da grande gama do chamado direitos fundamentais. Enquanto os direitos individuais tratam de direitos fundamentais da primeira geração, os direitos sociais fazem parte da segunda geração, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 214-218).

Em uma breve análise histórica observamos a evolução dos direitos e garantias, originou-se como uma forma de proteger a liberdade de cada indivíduo, pois o Estado atuava de forma abusiva. Contudo até então evoluiu garantindo não tão somente direitos individuais e coletivos como sociais, Alexandre de Moraes cita quanto a divisão:

“Direitos individuais e coletivos – correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]”;

Direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;

E como estamos fazendo uma breve análise histórica dos Direitos e Garantias Fundamentais, vale ressaltar três marcos históricos: o iluminismo, a Revolução Francesa e o término da II Guerra Mundial.

Buscando compreender o imo da vida e das coisas o Iluminismo trouxe consigo a razão e a fé na ciência, entendendo o homem natural para chegar às origens da humanidade. Pensadores da época que contribuíram como tal, John Locke (Tratado sobre o governo – 1689), Jean-Jacques Rousseau (Contrato social – 1762), Thomas Hobbes (O Leviatã – 1651) e Charles-Louis de Secondat – Montesquieu (O espírito das leis – 1748). Neste período foram produzidas as primeiras declarações de direitos humanos.

A Revolução Francesa trouxe como marco a representatividades dos direitos humanos, sendo a igualdade, a liberdade e a fraternidade.

Houve grande conscientização após o fim da II Guerra Mundial, onde os seres humanos não poderiam mais admitir as atrocidades cometidas pelos nazistas. O sistema de governo totalitário que causou grande revolta significou uma ruptura no paradigma dos Direitos Humanos.

Em seguida e como conseqüência das atrocidades da II Grande Guerra, veio a criação das Organizações das Nações Unidas e a declaração de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Pode-se ver o desenvolvimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sendo considerado o maior legado da chamada “era dos direitos”.(José Eliaci Nogueira 2012).

De acordo com a afirmação de José Joaquim Gomes Canotilho,

“os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada

vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.”

Partindo do direito subjetivo Peces-Barba opina que:

“Faculdade de proteção que a norma atribui à pessoa no que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração”.

Podemos observar que o artigo 5º Constituição Federal do Brasil de 1988, trata de direitos individuais e nada mais nada menos que a vida e a inviolabilidade:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.

Não é tão somente a Constituição Federal brasileira que traz a garantia da vida, mas existem acordos internacionais sobre direitos humanos assinados pelo Brasil que igualmente firmam ser a vida inviolável. O principal desses acordos é a Convenção Internacional dos Direitos Humanos, que em seu artigo 4º Decreto 678/1992 prevê:

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

A inviolabilidade significa nada mais do que integralidade, e vida, o estado de atividade funcional, a existência, portanto, um bem integralidade existencial. Silva (2008, p. 66), diz:

“Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós nos parece que no feto já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intra-uterina que não se evitou”.

Desta forma, respeitar a vida humana remonta a um conceito de civilização, nos tornando cada vez mais humanos e responsáveis pelos nossos atos, assim

sendo respeitamos a todos e aqueles que não têm como se defenderem, porém já existe uma forma de vida.

Uma vez que o que está em análise é a vida de alguém e a limitação de direitos, garantido a todos, por força constitucional. Tal medida é imposta em diferentes ocasiões e sob fundamentos diversos.

O Código Civil brasileiro, combinado com a Constituição Federal, prevê a proteção de todas as formas de vida inclusive a vida que se desenvolve no ventre materno, intrauterina, sendo que em seu artigo 2º afirma:

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

Corroborando com as alegações:

“Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com a vida. Mas, como provavelmente nascera com vida, o ordenamento jurídico desde logo seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus”. SILVIO (2007, p. 36).

Quando pensamos em um todo compreendemos que não somente as pessoas já nascidas, mas também o feto possui direitos, o que implicaria sustentar a existência de um direito à vida, ou direito de nascer, como direito de personalidade.

O que nos traz a consciência lógica de que o aborto é contrário ao nosso ordenamento jurídico, filosófico e também aos preceitos constitucionais.

A ideia de vida é o conjunto de propriedades e qualidades que se mantêm em contínua atividade, em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reprodução, e outras, portanto, a esse estado natural dos seres vivos, a ciência jurídica atribuiu a qualidade de bem-jurídico, ou seja, em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso. Por isso, o respeito à vida englobada com os direitos à privacidade, à integridade física e moral e à existência, segundo Zugaib (2016, p. 1243):

“Os cuidados com a proteção física do corpo humano são, por conseguinte, expressão do princípio de proteção à vida, já que a preocupação com a qualidade de vida deve ser fator importante nas decisões éticas no campo biomédico, tanto aquelas individualizadas como em relação à saúde pública e à alocação de recursos. Promover a qualidade de vida das pessoas e das populações é um aspecto a ser considerado na tomada de decisões éticas na área da saúde. Conforme essa ótica, a integridade moral é também um valor ético e social da pessoa humana e da família. A moral individual

representa a honra da pessoa em sua dimensão imaterial. O respeito à integridade moral integra o princípio de respeito à vida. O direito à existência, por sua vez, consiste no direito de estar e permanecer vivo, de não ter interrompido seu processo vital. O direito à vida está atrelado, portanto, à dignidade da pessoa humana. O Respeito à vida constitui princípio fundamental da sociedade, que não pode ser refutado”.

Defendemos tanto a vida e suas garantias, e às vezes não temos um conceito de vida formado, através disso um dos biólogos mais importantes do século XX nos traz um conceito de vida, (Mayr, 1997, p. 2):

Elucidar a natureza dessa entidade chamada de “vida” tem sido um dos maiores objetivos da biologia. O problema aqui é que vida sugere alguma “coisa” uma substância ou força e por séculos filósofos e biólogos têm tentado identificar essa substância viva ou força vital, sem proveito. Na realidade, o nome “vida” é meramente a reificação do processo de estar vivo. Ela não existe como uma entidade independente.

No mesmo sentido, Mayr destaca um crescimento de certo ceticismo sobre a possibilidade de se definir processos da vida, mas não o conceito de vida. (Mayr, 1998, p. 71).

Tentativas para definir a “vida” foram feitas com freqüência. Tais esforços são simplesmente fúteis, pois hoje está perfeitamente claro que não há uma substância especial, um objeto, ou uma força que possam ser identificados com a vida. Contudo os processos da vida podem ser definidos. Não há dúvida que os organismos vivos possuem certos atributos que não se encontram, ou não se encontram da mesma maneira, nos objetos inanimados.

Contudo, não obstante os esclarecimentos doutrinários, restam dúvidas a respeito da diferenciação entre os direitos e as garantias fundamentais. Entretanto vale ressaltar Ruy Barbosa, o qual afirmou que:

“as disposições meramente declaratórias são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias, ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”

Dessa forma, podemos afirmar que os direitos e garantias são sem sombra de dúvidas fundamentais, não apenas para garantir a vida, mas para ter gozo e viver.

3 O ABORTO ATRAVÉS DA HISTÓRIA: BREVES NOTAS ACERCA DO CONCEITO DE ABORTO, SEU SENTIDO E SIGNIFICADO AO LONGO DO TEMPO

O aborto trata-se da interrupção do período gestacional, levando a remoção do feto ou embrião assim interrompendo a gravidez, isto pode ocorrer intencionalmente, quando tem ação humana ou espontaneamente, causado por um acidente ou de forma natural.

A palavra aborto tem origem no termo latino *abortus*, derivado de *aboriri* (perecer), *ab* significando distanciamento e *oriri* nascer (Koogan & Houaiss, 1999).

O conceito de aborto, Segundo Capez:

“Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção, consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise: ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o ovulo fecundado (três primeiras semanas de gestação), embrião (três primeiros meses) ou feto (a partir de três meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurando o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto (conceitos estes já estudados no crime de infanticídio), pois após o início do parto poderemos estar diante do delito do infanticídio ou homicídio. Problema interessante é o do embrião conservado fora do útero materno, em laboratório. CAPEZ, (2006, pag. 109)”.

Dando seguimento ao conceito de aborto, Julio Fabrini Mirabete (2006, p.62) refere que:

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

No decorrer da história podemos analisar diversas formas e práticas diferentes para a realização do aborto, as quais causam intenso debate sobre o respectivo assunto, trazendo a tona a ética, moral e bons costumes.

O aborto não se trata de um problema das mulheres modernas, pois é tão antigo como a capacidade de tomarmos decisões pelos relatos de SCHOR, ALVARENGA (1994, p. 15).

“Já entre 2737 e 2696 a.C, o imperador chinês Shen Nung cita, em texto médico, a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio”.

Segundo Marques e Bastos (1998) o aborto é conhecido em todas as épocas e praticado por diferentes povos, porém traz um conceito e sentido diferentes em cada um deles.

A ideia de maternidade é muito estimada entre as mulheres, ocorre que esta é uma carga que nem todas querem suportar e, por isso, acabam apelando para o aborto. Veja-se que em análise a papiros egípcios datados de 1850 a 155 a.C já era possível identificar técnicas anticoncepcionais, combinações de ervas e outros elementos, mas algumas afirmações dão a entender que quando falhava, o recurso era o aborto. (Riddle, 1992; Teodoro, 2007).

O aborto é uma prática muito antiga, quanto a isso não temos mais dúvidas, sendo que o Código de Hamurabi, de 1700 anos antes de Cristo, já trazia em seu texto represália sobre aborto, onde sancionava penas que variavam desde multa em dinheiro, até mesmo à morte:

“209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto;
 210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.
 211º - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.
 212º - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.
 213º - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.
 214º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina. Código de Hamurábi (2235 2242 a.C)”.

Contudo vemos a discrepância na Grécia antiga, onde o aborto era usado como controle de natalidade e defendido por grandes filósofos como Sócrates e Aristóteles. Acreditava Aristóteles que o aborto deveria ser realizado antes do surgimento da alma. Na Grécia era muito comum o abandono de crianças e para evitar faziam-se o aborto.

E para as mulheres que desejavam o aborto, as parteiras eram aconselhadas por Sócrates que o fizessem, o trabalho de sua mãe era de parteira.

Já por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos Platão defendia que o aborto deveria ser obrigatório, com a crença de preservar a pureza da raça dos guerreiros.

No livro História das Mulheres: a Antiguidade, Georges Duby e Michelle Perrot (2004, p.388) afirmam que:

“Se as mulheres desejavam limitar os partos, tinham de recorrer aos abortivos, cujas receitas são muito abundantes. O primeiro risco era, portanto, o da ferida de um útero ainda imaturo devido à juventude das

esposas romanas; neste caso os médicos recomendavam mesmo o aborto, inclusive por meios cirúrgicos (sondas)”.

Os primeiros pensadores contrários ao aborto não pretendiam proteger somente o feto em formação, mas também a gestante e a própria sociedade:

“O Talmud⁴, não fez qualquer referência ao aborto, posição esta também adotada por outro respeitável documento da época, denominado Pentateuco” (Matielo, 1996, pg. 12).

No Egito também se buscava uma solução para o aborto, foi ai então que surgiu posteriormente o Código de Manu, conveniente também na Índia, cogitada a pratica do aborto como um ato ilícito:

“Se dele resultasse a morte de gestante pertencente à casta dos padres, o responsável sofreria castigos como se houvesse ceifado a vida de um “Brahmane”, sendo este submetido a penas corporais que, em grau máximo, levariam à morte” (Matielo, 1996, pg. 13).

Povos indígenas também faziam o uso da pratica do aborto, entretanto não existia a pretensão econômica ou interesses políticos, pois eles tinham uma crença onde as mulheres deveriam abortar o primeiro filho para facilitar na segunda gestação. Já em uma tribo da Austrália Central a segunda gestação era interrompida e o feto comido, com a crença que iria fortalecer o primeiro filho. Segundo os relatos podemos perceber que as tribos indígenas não consideravam o aborto crime, eles viam a prática como crenças. Em algumas tribos o aborto era considerado devido à falta de alimentos. (Pattis, 2000).

Em meados do século XVIII, após a Revolução Francesa, de acordo com Galeotti, (2004), a gestação passou a ser muito significativa, pois o feto se tornaria um futuro trabalhador ou soldado, antes disso o feto era tratado apenas com um apêndice retirado da mulher e não caracterizava como um ato ilícito pois o aborto era testemunhado apenas pela mãe e cabia somente a ela decidir. Entretanto, no começo do século XIX, alegam um número excessivo nos casos de aborto relacionando o ocorrido pela migração do campo por seus habitantes, pois na cidade as pessoas tinham uma péssima condição financeira, desta forma, o aborto passou a se tornar uma ameaça à classe dominante, pois, diverge uma redução demasiada de mão de obra industrial. Aliás houve um avanço significativo na ciência médica onde foi constatado que o aborto era uma prática perigosa a saúde da mulher. Foi

por intermédio destes conhecimentos que surgiram legislações punitivas em relação ao aborto de determinados países, que ocorreu no final do século XIX e início do século XX.

Neste mesmo contexto Barchifontaine, (1999, pg. 17) denota que:

“No final do século XIX e no início do século XX, surgiu na Europa, com mais força na Inglaterra e França, movimentos feministas, preconizando a anticoncepção e defendendo o direito da mulher ao aborto. Entretanto, a partir da década de 20, nos países escandinavos e socialistas, houve flexibilidade maior na legislação. Na Rússia, com a Revolução de 1917, o aborto deixou de ser considerado crime, legislação que influenciou os demais países socialistas nos anos de 50”.

Por volta de 1930, na Dinamarca, Islândia e Suécia o aborto foi legalizado, pois a predominância religiosa dos países eram protestante luterana, embora ainda apresentasse algumas restrições.

É perceptível que o aborto ao longo da história foi sempre uma “jogada política”, alterando-se sua compreensão e eventuais sanções conforme os interesses econômicos, sendo assim permitido ou proibido. Neste contexto explica Maria Carneiro da Cunha:

“as leis mais liberais datam do final da década de 60 como a lei inglesa de 1967, e a década de 70, quando o aborto se uma questão política, popularizando as opiniões, com partidos conservadores e democratas-cristãos se opondo nos parlamentos e partidos socialistas, social-democratas e comunistas, a favor”

No Brasil desde a Colonização já existem registros da prática de aborto, pois este era levado a termo pelas tribos indígenas, e também em Portugal, mas por motivos diferentes, Freyre (1933/1981) proferiu que os índios fugiam das missões Jesuítas logo no início da colonização, devido à segregação em que viviam. E que o aborto ficou mais comum do que deveria, pois devido a escassez de alimentos e a falta de apoio dos pais a mortalidade infantil teve um aumento significativo.

O aborto no Brasil Colonial, como enfatiza Del Priore (1993), atingia princípios femininos, pois a sociedade empunhava que todas as mulheres deveriam ser mãe e não quaisquer mães deveriam ser ótimas mães para salvar os problemas do mundo. Neste mesmo sentido Engel (2004) acentua que as mulheres da época que tivessem algum problema ou apenas não quisessem ser mãe era considerada

anormal e não teria salvação, pois, segundo os médicos da época, a única solução para o problema da insanidade feminina era a maternidade.

Foi somente na década de 70 que com o avanço de pesquisas e estudos na área da saúde pública, a prática de aborto parou de ser tratada como um problema moral e sim problematizado como um fato social (Marques e Bastos (1998).

Em 1970 e 1980 houve uma grande onda feminista no Brasil, que foi influenciada internacionalmente, onde tinham como imo o princípio dos direitos individuais do liberalismo democrático. Este movimento buscou diminuir a desigualdade social e fundir direitos humanos e sociais, como consideravam o aborto um direito individual e social foi um grande marco no movimento feminista (Scavone, 2008).

Com a mesma perspectiva o movimento feminista enfatiza que o que falta para a problemática do aborto é sensibilizar camadas mais amplas da sociedade civil, devendo-se manter essa temática sempre em pauta e em debate.

4 O CRIME DE ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Foi em 1830 que o Código Criminal do Império tratou do aborto pela primeira vez no Brasil, tendo-o caracterizado como crime, onde ocorria que não se previa o delito praticado pela própria gestante, porém a atuação criminal praticada por terceiro, com ou sem o consentimento daquela. Tal prática estava incluída nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, conforme previsto nos artigos 199 e 200:

“Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas”.

“Art. 200 – Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime foi cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes. Penas dobradas”.

Já o Código Penal da República do ano de 1890, no que lhe diz respeito, contrário ao Código Criminal de 1830, pela primeira vez denota o aborto originado pela própria gestante, diferenciando o aborto em que ocorre a expulsão ou não do feto, sendo que, caso houvesse a morte da gestante, a pena seria agravada:

“Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão”.

“Art. 301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria”.

“Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligencia. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação”

Por fim, foi o Código Penal de 1940 que especificou a prática abortiva em sua Parte Especial, Título I, que trata dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no Capítulo I do mesmo Título, que trata dos “Crimes Contra a Vida”, regulamentado nos artigos 124, 125 e 126, sendo o bem jurídico tutelado deste crime é a vida gestada até a concepção, que deve ser considerada uma vida dependente e considera-se por vida humana dependente a vida que se desenvolve no interior do útero materno, isso

significa que, a tutela penal é dirigida em favor da vida do concepto (GALVÃO, 2013).

Os meios para se chegar ao aborto, seja ele comissivo ou omissivo material ou psíquico, integra a conduta típica. Entretanto se o meio empregado inteiramente ineficaz, como ocorre na aplicação de injeção sem efeito abortivo, haverá crime impossível. Para Souza (2018), embora menos frequente, a doutrina assinala, ainda, que o aborto pode decorrer de meios psíquicos, como sustos ou choques morais, imposição de terror, entre outros.

Do aborto e possível crime impossível Nucci relata:

“Excepcionalmente, por exame indireto (o perito oficial analisa as fichas clínicas do hospital que atendeu a gestante).¹⁹⁹ É preciso que a gestação seja, de algum modo, comprovada, pois “provocar” aborto implica matar o feto ou embrião. Se este não existe ou já estava morto, trata-se de crime impossível”.

Quando se trata de aborto doloso ou induzido, realizado pela própria gestante ou terceiro com ou sem seu consentimento, ocorre quando o final da gestação é feito por meio da ingestão de remédios ou da curetagem, um procedimento cirúrgico em que há a raspagem da parede uterina para a retirada do embrião ou feto.

Magnum Koury de Figueiredo Eltz ressalta:

“O aborto é um crime doloso. Não é admitida a modalidade culposa. O dolo pode ser direto, quando há vontade firme de interromper a gravidez e de produzir a morte do feto, ou eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado. Não existindo aborto culposo, a mulher grávida que causa interrupção da gravidez por imprudência ou negligência não responde por crime algum”.

O aborto pode ocorrer entre a concepção e o início do parto. Depois disso avistam-se as figuras típicas do homicídio ou do infanticídio.

Os artigos 124 a 126 do Código Penal Brasileiro caracteriza o dolo como a vontade livre e consciente de interromper a gravidez com a eliminação do produto da concepção ou com a assunção do risco de provocá-lo.

Tem como principal proteção à vida uterina e integridade física e saúde da gestante.

“Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos”.

“Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos”.

“Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.

A compostura não se trata de crime contra a pessoa, mas contra a vida do ser humano em formação que tem seus direitos garantidos.

É essencial a prova da eliminação da vida intrauterina por conduta do agente.

Deve haver nexo de causa e efeito entre a morte do feto e o emprego de meios ou manobras abortivas, segundo Capez:

“Realizada a manobra abortiva, se o feto nascer com vida e em seguida morrer fora do útero materno, em razão das lesões provocadas pelo agente, responderá este último pelo crime de aborto consumado, uma vez que, embora o resultado morte tenha se produzido após o nascimento, a agressão foi dirigida contra a vida humana intrauterina, com violação desse bem jurídico. A responsabilização por homicídio implicaria violar o princípio da responsabilidade subjetiva, já que o dolo foi dirigido a realização das elementares do aborto e não do homicídio”. CAPEZ, (2006, pag.)

Consuma-se o aborto com a interrupção da gravidez e conseqüentemente morte do produto da concepção, sendo desnecessária sua expulsão do ventre materno, a luz deste entendimento aduz GRECO (2012, p.232):

“Fundamental é a prova de que o feto estava vivo no momento da ação ou da omissão do agente, dirigida no sentido de causar-lhe a morte, pois, caso contrário, já estando morto o feto no momento da prática da conduta pelo agente, o caso será o de crime impossível, em virtude da absoluta impropriedade do objeto”.

O aborto trata de crime material se tratando de figuras típicas, de resultado naturalístico, exteriorizado, perceptível aos sentidos, de modo que se exige o exame de corpo de delito.

O artigo 124 do Código Penal que se refere ao auto aborto e do consentimento para abortar, o sujeito ativo é a gestante. Trata-se de crime próprio, pois exige especial atributo do agente, assim sendo somente a gestante pode praticar.

NUCCI reforça este entendimento:

“No caso do aborto do art. 124, o sujeito ativo deve ser a gestante, pois o crime é próprio. Mas ela não precisa praticar diretamente a ação de matar, podendo servir-se de terceira pessoa”.

O mesmo assunto em questão Capez interpreta:

“somente a gestante pode ser autora desses crimes, pois trata-se de crime de mão própria. Todavia, admite-se a participação de terceiros, a quem se comunica a condição de autora, de acordo com o art. 30 do Código Penal, desde que aquele tenha auxiliado no ato da gestante e não de outrem que

realiza o aborto, pois neste caso será considerado partícipe do art. 126 do Código Penal”.

Através deste entendimento de que a somente a gestante que pratica o auto aborto ou consente com o mencionado ato pode ser sujeito ativo do delito, é possível que surjam algumas dúvidas. Neste sentido cumpre questionar sobre a atuação de eventual partícipe, questionando qual seria o enquadramento legal de sua conduta. Mais, e se do emprego dos meios ou manobras abortivas sobrevier a gestante com lesão corporal ou vier a óbito? A respeito dessa dúvida existem vários posicionamentos, a citar alguns deles:

Para Néelson Hungria;

“Responderá o partícipe por lesão corporal culposa ou homicídio culposo.”

Na mesma ênfase Fernando Capez:

“Responderá pelo homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o caso”.

Entretanto o entendimento de Magalhães Noronha:

“Responderá pela participação no delito de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento”.

Já para Damásio de Jesus, ressalva o art. 124 CP:

“Responderá pelo art. 124 do Código Penal e por pratica de homicídio culposo ou lesão corporal culposa”.

Em quaisquer das modalidades do aborto a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, assim sendo, não é exigido qualquer condição para que Ministério Público inicie a ação penal ou solicite a instauração de inquérito policial.

Na parte que cita o terceiro que induz, instiga ou auxilia a gestante ao auto aborto, tem-se que este é partícipe (artigo 124, 1ª parte). Portanto, admite concurso eventual de agentes, exclusivamente na modalidade participação. Exemplo: fornecer medicamento de efeito abortivo.

Através deste conceito, CLEBER MASSON nos faz um alerta sobre o terceiro partícipe:

“o consentimento da gestante deve subsistir até a consumação do aborto. Se durante o procedimento abortivo ela se arrepender e solicitar ao terceiro a interrupção das manobras letais, mas não for obedecida, para ela o fato

será atípico, e o terceiro responderá pelo crime delineado pelo art. 125 do Código Penal”.

Nas figuras típicas do aborto praticado por terceiro, sem ou com o consentimento da gestante (artigos 125 e 126 do Código Penal), o sujeito ativo é qualquer pessoa, exceto a gestante. (Fernanda Ciardo).

Podemos caracterizar como sujeito passivo o produto da concepção, (embrião ou feto). Nucci corrobora com o entendimento de sujeito passivo e trata de possíveis outros entendimentos:

“Há quem defenda que o sujeito passivo é a sociedade, pois o feto não tem personalidade jurídica e muitos não o reconhecem como vida humana. Daí por que a sociedade teria interesse em manter a gravidez, constituindo o sujeito passivo da relação. Segundo pensamos, o Direito Penal pode conceder proteção ao ser em gestação, independentemente da posição do Direito Civil de lhe conceder personalidade após o nascimento com vida”.

Nesta mesma ótica, revela DIAULAS COSTA RIBEIRO que:

“o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. Por essa razão, o crime de aborto é contra uma futura pessoa – nesse ponto reside a sua virtualidade – não porque o Código Penal teria atribuído o status de pessoa ao feto – o que nem o Código Civil atribuiu –, mas porque o feto contém a energia genética potencial para, em um futuro próximo, constituir uma realidade jurídica distinta de seus pais, o que ocorrerá se for cumprido o tempo natural de maturação fetal e se o parto ocorrer com sucesso”.

ROGÉRIO GRECO nos traz uma importante questão, ao elucidar a gestante que busca o suicídio tendo a plena capacidade de discernir que esta grávida, a hipótese, se morrer, juntamente com o feto, naturalmente, inexistirá punição. No entanto, se ela sobreviver e o feto falecer, há hipótese de aborto com consentimento da gestante. Tem como objeto material jurídico o feto ou embrião, e o elemento subjetivo é o dolo. Não exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. O crime se classifica de crime próprio (só a gestante pode cometer); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo); comissivo ou omissivo (provocar = ação; consentir = omissão); material (exige resultado naturalístico para sua configuração); de dano (deve haver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a vida do feto ou embrião); unissubjetivo (admite a existência de um só agente), mas na última modalidade (com seu consentimento) é plurissubjetivo, mesmo que existam dois tipos penais autônomos – um para punir a gestante, que é

este, e outro para punir o terceiro, que é o do art. 126; plurissubsistente (configura-se por vários atos); de forma livre (a lei não exige conduta específica para o cometimento do aborto); admite tentativa. Pune-se somente a forma dolosa. (Nucci)

Nas figuras do aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, ela também figura como sujeito passivo, de forma secundária, tutelando sua vida, sua integridade física e sua saúde. Nos entendimentos de Nucci ele elucida o art. 125 CP:

“Provocar significa dar causa ou determinar. A outra parte diz respeito ao consentimento da gestante, que, nesta hipótese do art. 125 do CP, não existe. Logo, trata-se de um aborto forçado, entre quem o realiza e quem o sofre. Como regra, a prova do aborto faz-se por exame pericial”.

A atitude prevista no artigo 125 do Código Penal, o abortamento sem o consentimento da gestante é a forma mais grave do delito, ao qual é aplicada maior pena em abstrato.

Para a tipificação do aborto é necessário o dissentimento real ou presumido, ou ainda que o abortamento ocorra à revelia da gestante (sem o consentimento da gestante). A pena para o crime do art. 125 do CP é de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Capez também trata do art. 125 CP e esclarece:

“O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125, caput, do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão de 3 a 10 anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiro. Ou o consentimento é inválido. Aliás, a ausência de consentimento constitui elemento do tipo penal. Contudo, presente o seu consentimento, o fato não será atípico; apenas será enquadrado em outro dispositivo penal (aborto com o consentimento da gestante – art. 126). Não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento; por exemplo: administrar doses de substância abortiva em sua sopa”.

Dissentimento real ocorre quando o terceiro emprega contra a gestante fraude, que é o meio capaz de induzir a gestante em erro. Na falsa percepção da realidade ela consente no aborto.

Podendo ocorrer grave ameaça, que é a promessa de um mal grave, sério;

Violência, que é quando há emprego da força física.

Capez aclara os entendimentos citados a cima:

“(i) fraude: é o emprego de ardil capaz de induzir a gestante em erro; por exemplo: médico que, a pretexto de realizar exames de rotina na gestante, realiza manobras abortivas; (ii) grave ameaça contra a gestante: é a

promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível; por exemplo: marido desempregado que ameaça se matar se a mulher não abortar a criança, pai que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar; (iii) violência: é o emprego de força física; por exemplo: homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo homicida”.

Já dissentimento presumido ocorre quando há consentimento da gestante, mas o legislador reputa-o inválido, viciado: não é maior de 14 anos; é alienada; é débil mental. Este conceito esclarece o art. 126, parágrafo único, CP, sendo que Capez refere:

“dissentimento presumido: o art. 126, parágrafo único, 1ª parte, prevê hipóteses em que se presume o dissentimento da vítima na prática do aborto por terceiro. O legislador, em determinados casos, considera inválido o consentimento da gestante, pelo fato de não ser livre e espontâneo, de modo que ainda que aquele esteja presente, a conduta do agente será enquadrada no tipo penal do art. 125. O dissentimento é presumido se a vítima não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.

Em relação ao artigo 126, *caput*, CP, que trata o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, Capez interpreta:

“É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há o auxílio à conduta do terceiro que provoca o aborto; por exemplo: enfermeira que auxilia o médico em uma clínica de aborto”.

As figuras típicas do aborto admitem, exceto a do consentimento para abortar, tanto a forma comissiva (regra) quanto a omissiva imprópria.

Os doutrinadores têm formas de classificar o aborto tais como:

“Aborto próprio vem aparado pelo artigo 124, 1ª parte;
 Aborto de mão própria, artigo 124, parte final;
 Aborto comum, artigos 125 e 126; Unissubjetivo, material, de forma livre, instantâneo, comissivo ou omissivo”.

O agente age com dolo direto ou indireto eventual. Na primeira modalidade é a vontade livre e consciente de interromper a gravidez com a eliminação do produto da concepção. Na segunda, o agente assume o risco de produzir o resultado.

O aborto culposo é atípico. Porém, o terceiro que culposamente der causa ao abortamento responde por lesões corporais. Para esclarecer o enunciado Capez enfatiza:

“o consentimento da gestante deve perdurar durante toda a execução do aborto, de modo que, se houver revogação por parte dela em momento prévio ou intermediário e, a despeito disso, prosseguir o terceiro na

manobra, haverá, para este, o cometimento do de-lito mais grave (CP, art. 125). A gestante, por sua vez, não responderá por delito algum”.

Admite-se a tentativa quando empregado meio relativamente capaz de produzir o resultado, por circunstâncias alheias a vontade do agente, não há interrupção da gravidez ou ainda quando o feto que nasceu prematuro sobrevive.

O artigo 127 do Código Penal trata das causas que aumentam a pena:

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

Existem dois tipos que levam ao aumento da pena, morte e as lesões corporais de natureza grave.

As causas incidem apenas sobre as figuras do aborto provocado por terceiros, sem ou com o consentimento da gestante.

Essas duas causas específicas de aumento de pena não são aplicáveis a 1ª figura do artigo 124 do Código Penal, e, por isso, quando houver participação, o terceiro responderá por homicídio ou lesões corporais culposas em concurso com auto aborto.

Já resultados que aumentam a pena são exclusivamente culposos = dolo no antecedente, no abortamento, e culpa na consequência, no resultado, na morte ou nas lesões corporais graves.

BITENCOURT (2007, p. 129) cita que:

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

Portanto, nota-se que com o passar dos anos, o que antigamente não era considerado como crime, hoje em dia já está bem conceituado em nosso Código Penal Brasileiro.

Contudo, é claro que novas mudanças virão com o decorrer dos anos, já que a sociedade está sempre se atualizando, criando novas formas de pensar e de agir, a medicina evoluindo cada dia mais, sendo que aquilo que é ético, dentro de algum tempo pode não ser mais, e, não fugindo do mesmo carrear, estão os estudos do direito, que sempre vem se modernizando, criando posicionamentos diferentes a respeito do mesmo tema, o que gera novas hipóteses/possibilidades.

5 DO ABORTO NECESSÁRIO

No Brasil o aborto é considerado crime conforme nosso Código Penal, de 1940, salvo quando a gravidez é resultado de estupro, causa risco de vida à mulher ou quando o feto tem má-formação que não o deixa sobreviver depois que nasce (anencefalia). Por isto, muitos abortos são feitos de forma clandestina. Entretanto podemos ver da parte do legislador a beneficência ao permitir o aborto em determinados casos.

Rogério Greco fala em duas espécies sendo a primeira denominada de natural ou espontânea, que ocorre quando o próprio organismo feminino expulsa o produto da concepção. A outra espécie é a modalidade provocada que são as hipóteses dos artigos 124,125 e 126 do Código Penal.

Em respeito à mulher e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente, dando a liberdade de escolha para o público feminino, que são os abortos no caso anencefalia que é uma anomalia caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, considerada equivalente a morte cerebral (ADPF 54); no caso de risco de vida à gestante (aborto necessário) e quando a gravidez deriva do estupro (aborto humanitário).

É no artigo 128 do Código Penal Brasileiro que expressa:

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

Convém mencionar a posição de ALBERTO SILVA FRANCO, ao dizer não ser inconstitucional:

“o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente”.

No artigo 128, inciso I, do CP, trata-se do aborto terapêutico ou necessário, que nada mais é que a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo risco de vida, então a doutrina congruente entende que se trata de estado de necessidade. Sendo assim, existem dois bens jurídicos a serem protegidos, o feto e a vida da mãe. Quando exposto ao risco que a vida de um

dependa da morte do outro, a nossa legislação optou em preservar o bem maior que seria a vida da genitora, conforme Capez (2006):

“O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro. O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de estado de necessidade, sem, contudo, exigir o requisito da atualidade do perigo, pois basta a cons-tatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante”.

Nucci distingui o aborto terapêutico da seguinte maneira:

“Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso”.

Contudo, vale ressaltar o art. 146, § 3o, I, do Código Penal que trata da intervenção médica e somente dele, pois é o profissional capacitado para julgar tal situação:

“I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

Em casos graves se torna dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à insubmissão deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência. Nestes casos o sujeito ativo se caracteriza como a enfermeira ou a parteira, que não irão responder por crime nas condições do art. 24 do Código Penal (estado de necessidade, no caso, de terceiro), como aborda o respectivo assunto (Capez):

“a excludente da ilicitude em estudo do crime de aborto somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, a enfermeira, ou parteira, não responderá pelo delito em questão se praticar o aborto por força do art. 24 do Código Penal (estado de necessidade, no caso, de terceiro); no entanto, nesse caso, exige-se que o prosseguimento da gravidez acarrete perigo atual e inamovível, pois se o perigo não for atual, a conduta será criminosa, tendo em vista que o inciso I do art. 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante”.

Contudo, o artigo 20, § 1º, faz a abordagem de quando ocorre um erro de diagnóstico e o médico pratica o aborto, sem necessidade, configurando o erro, que

pode excluir o dolo e, por conseguinte, o crime em questão, havendo uma discriminante putativa. (CAPEZ).

Para o entendimento da nossa jurisprudência fica claro que o aborto terapêutico é uma forma legal:

“APELAÇÃO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ABORTO TERAPÊUTICO. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. DECURSO DO TEMPO. PERDA DO OBJETO. Constatado que a gestação já pode ser considerada a termo, não se trata mais de aborto, mas de procedimento de antecipação de parto, que prescinde de autorização legal. Sem desconsiderar o debate profundo para a apreciação do Judiciário, envolvendo a proteção da saúde da mulher, garantia de sua dignidade e liberdade, direitos sexuais e reprodutivos, entre outros, o fato é que, diante do decurso do tempo, a presente ação, que visava o deferimento de autorização para realizar aborto, perdeu o seu objeto. RECURSO PREJUDICADO. (Apelação Crime Nº 70073304305, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 23/08/2017). (TJ-RS - ACR: 70073304305 RS, Relator: Rinez da Trindade, Data de Julgamento: 23/08/2017, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2017)”.

Entre outros o aborto sentimental, humanitário ou ético ou até mesmo pode se chamar de piedoso é aplicado no art. 128, II do CP. Trata de um crime de estupro onde resulta na gravidez da vítima violentada, e assim sendo o direito permite que ocorra o aborto. Uma forma interessante e legal de restringir a vida intrauterina é a chamada “*pílula do dia seguinte*”. Conforme o autor ANDRÉ ESTEFAM, o Conselho Federal de Medicina aprovou essa utilização. Não havendo a junção do óvulo e do espermatozóide e a nidação, não se pode falar em vida intrauterina, logo, protegida pelo direito penal. (NUCCI).

Contudo, existem posições contrárias que devem aqui ser citadas (AFRÂNIO PEIXOTO):

“é santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo”.

Já para Capez o aborto humanitário não deixa dúvida por ser legal:

“O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar”.

Outras diversas formas de aborto onde não caracteriza crime existem.

Aborto natural ou espontâneo é o aborto oriundo de causas patológicas decorrentes de um processo fisiológico espontâneo do organismo feminino onde não

caracteriza crime. Aborto acidental deriva de causas exteriores e traumáticas, tendo como exemplo um escorregão e uma queda, sendo que também não há crime. (CAPEZ).

Em 2012, o STF, em julgamento que se tornou um grande marco histórico e paradigmático, entendeu que nos caso de feto anencefálico, ou seja, que não possui cérebro, é admissível a realização de parto antecipado para fins terapêuticos. A decisão do STF não descriminaliza o aborto, bem como não cria nenhuma exceção ao ato criminoso previsto no Código Penal Brasileiro, eis que a ADPF 54 decidiu apenas que não deve ser considerada como prática de aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencefálico. A decisão do STF muda a interpretação que a Justiça deve ter sobre tais casos. Podemos ver a afirmação do ministro Gilmar Mendes(2013):

“O aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição”.

No entendimento da nossa doutrina o aborto de feto anencefálico ou anencéfalo não configura crime de aborto, pois não existe possibilidade de vida viável. (NUCCI).

Na mesma linha BITENCOURT concorda expressamente com o aborto do feto anencéfalo, expressa o seguinte exemplo:

“que crime cometeria quem, expelido o feto anencéfalo, lhe desferisse um tiro, destroçando-o? (...) na hipótese de feto anencéfalo expelido não há que se falar em vida, e sem vida não se pode falar em homicídio do ‘feto expelido’. Estar-se-ia, portanto, diante de um crime de homicídio impossível, por absoluta impropriedade do objeto”.

JOSÉ ARISTODEMO PINOTTI elucida a pauta em relação ao respectivo assunto:

“anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais durante o primeiro mês de embriogênese (...) O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos

casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencéfalos sobrevive no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica (rompimento da membrana amniótica, que aprisiona um membro ou parte do feto), podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico) levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado”.

Importante citar, também, a afirmação do Min. Rel. Marco Aurélio, a qual foi o marco que levou a tal conduta:

“Trata-se de situação concreta que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade. (...) manter-se a gestação resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”

Ocorreu então que por maioria o STF acatou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado e revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que se reconhecia o direito constitucional de submeter-se à operação terapêutica de fetos anencefálicos. (CAPEZ).

Contudo, a pauta em questão nos traz uma visão que não existe vida sem qualidade independente de todo ser humano, e não apenas assegurar um direito de existência de quaisquer um desses seres sem a menor condição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do aborto de há muito tornou-se um tema particularmente tormentoso, sendo sempre pertinente abordá-lo, quanto mais por se tratar de problemática fundamental relativa ao reconhecimento da dignidade e respeito pela pessoa humana (mãe/feto). Assim, exige-se o respeito pelos seus direitos, determinados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e perspectivados na sua indivisibilidade.

Por vezes as pessoas se perguntam se são a favor ou contra do aborto. Esta pergunta não está mais em questão, isso não deveria ser a principal escolha, pois o que está em prioridade e em evidência é a vida seja a da mãe ou do feto.

Talvez se o aborto fosse legalizado no Brasil de forma integral poderíamos ter uma diminuição da mortalidade decorrente da prática clandestina, entretanto, possivelmente, os métodos contraceptivos seriam deixados de lado.

Ademais, atualmente, em razão de todos os conflitos ideológicos, medicinais e religiosos, o Poder Legislativo, ao que se percebe, é incapaz de alterar a legislação ou de discuti-la de forma adequada.

Ora, como visto, no Brasil, a prática do aborto é conduta ilícita tipificada nos artigos 124 a 127 do Código Penal, cominada com penas que variam entre um e dez anos de reclusão, mas com previsão de majoração em um terço ou da metade se, da consequência da sua prática ou dos meios empregados para a sua consumação, a gestante sofrer lesão corporal grave ou lhe sobrevier a morte, respectivamente.

A exclusão da punibilidade só é admitida em dois casos, conforme disposto no artigo 128 do mencionado código: quando a manutenção da gravidez representar risco de vida para a gestante ou quando a gravidez resultar de estupro. É, portanto, crime contra a vida, cujo bem o legislador almejou proteger antes mesmo da sua concretização, condição que se satisfaz com o nascimento com vida, segundo a legislação pátria (art. 2.º do Código Civil).

O legislador constituinte de 1988 ratificou a especial proteção da vida ao consagrar o direito a ela e a sua inviolabilidade, atribuindo ao Tribunal do Júri a competência para julgamento dos crimes de aborto, homicídio e infanticídio.

O que se afere atualmente é que no Brasil há uma predominante tendência à descriminalização da prática abortiva, apesar das persistentes oposições da Igreja Católica e de setores organizados da sociedade, especialmente os movimentos de

defesa da vida. O assunto vem sendo veiculado de forma recorrente nos meios de comunicação, exacerbando as posições pró e contra o aborto provocado. Há décadas os movimentos feministas vêm se organizando e potencializando a sua atuação na luta para garantir o direito de a mulher dispor do próprio corpo e de decidir sobre a conveniência e a continuidade de uma gravidez, muitas vezes indesejada.

As correntes pró-abortistas embasam sua argumentação na conjuntura sócio-econômica e no fato de que a interrupção voluntária da gravidez é uma realidade social, existente mas inconveniente, atingindo sobretudo as mulheres mais pobres, marginalizadas e expostas à violência.

Por outro lado, as correntes contrárias à legalização contrapõem-se apresentando argumentos fundados em convicções variadas, que vão desde princípios religiosos, morais e éticos, até conceitos científicos que apontam a interrupção da gravidez como um atentado à vida, trazendo à baila questões polêmicas concernentes ao biodireito e a definição do começo da vida.

O fato é que efetivamente estamos diante de tema polêmico e deveras candente, que desperta paixões, mas que deve e precisa ser enfrentado por todos, sendo que a presente pesquisa procurou, tão somente, lançar algumas luzes sobre estes tópicos, visando auxiliar na compreensão de conduta ainda tão impactante e geradora de debates em nossa sociedade.

7 REFÊRENCIAIS

ABORTO E SEU CONTEXTO HISTORICO. Disponível em www.jus.com.br. Acesso 09 de maio de 2020.

ABORTO DIREITO OU CRIME, Bianca Leticia. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso 02 de junho de 2020.

AUGUSTA, T. de Alvarenga; SCHOR, Néia. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, São Paulo: IV, n. 2, p. 12-17, 1994.

BARBOSA, Regina Maria; VILLELA, Wilza Vieira. Aborto, saúde e cidadania. São Paulo. Editora UNESP, 2012.

BARA, Mônica Maia (ORG.) (2008).Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto

BARBOSA, Ruy Republica: teoria e prática, Petrópolis, Vozes, *apud* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II. 19 ed.São Paulo: Saraiva, 2019.

CASEY, P. (1998) . Servir, Vol. 46 – nº1. Janeiro – Fevereiro.

CÓDIGO PENALI. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: VADE Mecum. 3. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

DEL PRIORE, Mary (org.). História das Mulheres no Brasil. 10 ed. São Paulo: Contexto, 2011.

DINIZ, D. & Almeida, M. (1998). Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. Escrever a história das mulheres. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. (Org.). História das Mulheres no Ocidente: a antiguidade. Porto: Edições Afrontamento. s/d.

EVOLUÇÃO HISTORICA DO ABORTO. Disponível em www.conteudojuridico.com.br. Acesso em 15 de junho de 2020.

GALANTE, Marcelo. Sinopse de direito constitucional para aprender direito. 6.ed. Rio de Janeiro: BF, 2008.

GARELI, Gosme-Seguret, Kaminski e Cuttini (2002). England: National Library of Medicine.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direitos Humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAMAS, Rosmarie Wank-Nolasco. Mulheres para além do seu tempo. 3 ed. Lisboa: Bertrand Editora, 2015.

LLES, S. & GATH, D. (1993) Psychological Medicine. Vol.23, pp.407 – 413.

MATOS, Maurílio Castro de. A criminalização do aborto em questão. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

MATIAS E ALMEIDA (1996). Arquivos de Medicina (5), pp. 365-369

MATIELO, Fabrício Zamprogna (1996). Aborto e o Direito Penal. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores.

MORAES, Alexandre de. Op. cit. nota 22. p. 23

MORAIS, Alexandre. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, J. (1998). Servir. Vol. 46 – nº1. Janeiro – Fevereiro.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: Parte Especial, vol. 2, 4º ed. Forense, 2019.

PSICOL. estud. vol.16 no.3 Maringá July./Sept. 2011

PERES, Ana Cláudia. Precisamos falar sobre aborto. ENSP. 2016. Disponível em www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/39185. Acesso em 31 de janeiro de 2017.

PRADO, Danda. Que é aborto. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985

ROCCELO, Mariane. Saiba como o aborto é regulamentado em sete países. Opera Mundi. 2016. Disponível em <http://www.operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35023/saiba+como+o+aborto+e+regulamentado+em+sete+paises.shtml>. Acesso em 7 de junho de 2017.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial. São Paulo: Atlas, 2006

ZOLESE, G. & BLACHER, C. (1992 British Journal of Psychiatry. Vol.160, pp.742 – 749.

TESSARO, Anelise. Aborto seletivo: discriminação & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE VACARIA**

INDIANA VELHO BORGES

O ABORTO E O DIREITO CONSTITUCIONAL – A VIDA

VACARIA

2019

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE VACARIA**

CURSO DE DIREITO

INDIANA VELHO BORGES

O ABORTO E O DIREITO CONSTITUCIONAL – A VIDA

Projeto monográfico apresentado no Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Vacaria, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Mário M. da Rosa Muraro

VACARIA

2019

SUMÁRIO

1 DADOS DE IDENTIFICAÇÃO	4
2 OBJETO	5
2.1 TEMA	5
2.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	5
2.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	5
2.4 HIPÓTESES.....	5
3 METODOLOGIA.....	7
4 JUSTIFICATIVA.....	8
5 OBJETIVOS	11
5.1 OBJETIVO GERAL	11
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
6 REFERENCIAL TEÓRICO.....	12
7 METODOLOGIA.....	26
REFÊRENCIAS.....	28

1 DADOS DE IDENTIFICAÇÃO

Título do projeto: As prisões cautelares no direito processual penal brasileiro: Uma análise dos pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade da prisão preventiva.

Autora: Indiana Velho Borges

Endereço: Av. Moreira Paz, nº. 1043, Bairro Centro, em Vacaria/RS

Telefone: (54) 9.99027221

E-mail: viltur@outlook.com

Professor orientador: Ms. Mário M. da Rosa Muraro

Curso: Bacharelado em Direito

Área de concentração: Direito Processual Penal

Instituição: UCS – Universidade de Caxias do Sul – Campus Universitário de Vacaria

2 OBJETO

2.1 TEMA

O aborto e o direito constitucional – A vida.

2.2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

No Código Penal Brasileiro estão previstos nos artigos 124 ao 128 crimes de aborto, que têm como principais objetivos formas de prevenção e segurança da vida. Nessa pesquisa, aprofundaremos um estudo, analisando as hipóteses em que o aborto é permitido e o impacto social e religioso de sua prática de forma ilegal. Em nosso país a prática do aborto clandestino já se tornou rotina e sua prática traz graves consequências.

2.3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

No Brasil o aborto é considerado crime conforme nosso Código Penal, de 1940, salvo quando a gravidez é resultado de estupro, causa risco de vida à mulher ou quando o feto tem má-formação que não o deixa sobreviver depois que nasce (anencefalia). Por isto, muitos abortos são feitos de forma clandestina.

Nenhuma mulher, sem sombra de dúvidas faz aborto porque gosta e sim porque precisa cada uma com seus argumentos, pois para algumas mulheres o aborto é a única solução quando acontece uma gravidez indesejada.

2.4 HIPÓTESES

O aborto pode ser de dois tipos:

- Aborto espontâneo: aquele que ocorre de maneira natural.
- Aborto induzido: aquele que ocorre quando o final da gestação é feito por meio da ingestão de remédios ou da curetagem, um

procedimento cirúrgico em que há a raspagem da parede uterina para a retirada do embrião ou feto.

No Brasil existem somente três situações que não é qualificado como crime a prática de aborto:

- Quando a gravidez representa risco de vida para a gestante.
- Quando a gravidez é o resultado de um estupro.
- Quando o feto for anencefálico, ou seja, não possuir cérebro. Esse último item foi julgado pelo STF em 2012 e declarado como parto antecipado com fins terapêuticos.

3 JUSTIFICATIVA

Atualmente o tema causa muita polemica, gerando debates que nunca chegam à um consenso.

Parte da população defende de que a mulher, por ser dona de seu próprio corpo, tem o direito de decidir em manter ou não a gestação.

Por outro lado, uma outra metade da população se manifesta contra o aborto, alegando ser um atentado contra a vida de alguém que não pode se defender.

Outro aspecto relevante acerca do tema é a situação precária do sistema único de saúde, que, provavelmente, não daria conta de atender a demanda dos abortos.

A ilegalidade do aborto, em si, defende um direito constitucional – a vida. É um direito reconhecido para todos nós. O feto, embrião, ou nascituro, tem esse direito preservado.

Entretanto, há a triste realidade. Enquanto se luta pelo aborto legal, meninas e mulheres morrem em clínicas clandestinas.

Além de ser um tema importante no âmbito penal, o aborto têm um significado social muito relevante, por tratar da liberdade individual da mulher e, no mesmo sentido, da vida do feto, com as mudanças constantes na jurisprudência e os entendimentos variados da doutrina, faz-se necessária uma análise aprofundada dos aspectos descritos anteriormente, para que se possa chegar a uma conclusão, daquilo que é mais coerente e adaptado a nossa realidade atual.

Busca-se então, uma maneira de melhor explicar todas as possíveis dúvidas geradas através desse assunto.

4 METODOLOGIA

O presente trabalho terá como metodologia a revisão bibliográfica tradicional, buscando-se, a partir da doutrina existente na área do Direito Penal, Processual Penal, Constitucional e Leis Penais Infraconstitucionais, o conhecimento disponível, identificando e analisando as teorias existentes, na tentativa de expor o melhor entendimento do tema a ser discutido. Para tanto, o método de abordagem será o dedutivo, o qual, segundo Lakatos “tem o propósito de explicitar o conteúdo das premissas”¹. Ainda, “partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos (conexão descendente)”².

Também será desenvolvida na estratégia hipotética, vez que se busca a comprovação e a negação de dados. Das hipóteses formuladas, deduzem-se consequências que deverão ser testadas ou falseadas.

A investigação levará em conta os aspectos de sua natureza básica; do ponto de vista da forma de abordagem será quantitativo-qualitativa; em decorrência destes aspectos será importante compreender a concepção da pesquisa sobre os objetivos traçados no que tange a possibilidade de trabalhar de forma exploratória e explicativa; já do ponto de vista dos procedimentos técnicos se desenvolverá levando em conta a revisão bibliográfica, experimental, documental e de levantamento de procedimentos.

A seguir serão demonstrados os subsídios legais para o exercício desse direito, através da legislação e da doutrina, com a utilização do método dedutivo, ao mesmo tempo em que se tentará responder o problema e se confirmar ou não as hipóteses da pesquisa, através de uma análise pelo método hipotético-dedutivo. Segundo Lakatos, neste procedimento, “se a hipótese não supera os testes, estará falseada, refutada, e exige nova formulação do problema e da hipótese, que, se supera os testes rigorosos, estará corroborada, confirmada provisoriamente, não definitivamente, como requerem os indutivistas”³.

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. Ciência do Conhecimento científico, métodos, teoria, hipóteses e variáveis. Metodologia Jurídica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 64.

² Ibidem.

³ Ibidem

5 OBJETIVO

5.1 OBJETIVO GERAL

Analisar quais são os motivos que levam a prática do aborto e encontrar a linha tênue entre a religião a vida e a lei aferindo as diferentes situações envolvendo o tema.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar a questão social. Vivemos em um país extremamente desigual, e essa disparidade aparece quando analisamos o aborto no Brasil.
- A influencia da religião no debate referente ao tema.
- O Aborto através da historia.

6 REFERENCIAL TEÓRICO

O Aborto é um tema muito delicado, uma vez que o que está em análise é a vida de alguém e a limitação de direitos, garantido a todos, por força constitucional. Tal medida é imposta em diferentes ocasiões e sob fundamentos diversos.

Um dos biólogos mais importantes do século XX nos traz um conceito de vida, (Mayr, 1997, p. 2):

Elucidar a natureza dessa entidade chamada de “vida” tem sido um dos maiores objetivos da biologia. O problema aqui é que vida sugere alguma “coisa” uma substância ou força e por séculos filósofos e biólogos têm tentado identificar essa substância viva ou força vital, sem proveito. Na realidade, o nome “vida” é meramente a reificação do processo de estar vivo. Ela não existe como uma entidade independente.

No mesmo sentido, Mayr algum tempo depois, destaca um crescimento de certo ceticismo sobre a possibilidade de se definir processos da vida, mas não o conceito de vida. (Mayr, 1998, p. 71).

Tentativas para definir a “vida” foram feitas com frequência. Tais esforços são simplesmente fúteis, pois hoje está perfeitamente claro que não há uma substância especial, um objeto, ou uma força que possam ser identificados com a vida. Contudo os processos da vida podem ser definidos. Não há dúvida que os organismos vivos possuem certos atributos que não se encontram, ou não se encontram da mesma maneira, nos objetos inanimados

Logo após os conceitos de vida vamos passar para Thomaz Gollop onde conceitua a prática do aborto da seguinte maneira:

⁴*Pode haver muitas formas de abordar o aborto, mas no que se refere à legislação, o aborto no Brasil deve ser tratado como questão de saúde pública.*

No mesmo sentido, explica Mariana Varela:

Segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo, cerca de 1 milhão de mulheres abortam no Brasil todos os anos. As católicas e as evangélicas abortam; as loiras, as morenas, as afrodescendentes, as pobres, as ricas, as adolescentes, as casadas, as que saem com vários parceiros, as que tiveram apenas uma relação sexual na vida e as que são mães, também. E vão continuar abortando, pois a decisão de interromper uma gravidez é pessoal e envolve várias questões que não podemos controlar.

Sobre o aborto e sua prática clandestina, entende (Nilcéa Freire, 2008 p 7):

Na sociedade brasileira, apesar da legislação restritiva e criminalizante, a prática clandestina do aborto ocorre em escala que coloca em risco a vida de milhares de mulheres, sobretudo nos extratos de renda mais baixos da população, configurando-se, dessa maneira, como a quarta causa de morte materna no Brasil.

Interessante à análise acerca da vida de mulheres, jovens e adultas que fazem uso da prática clandestina, que é responsável por inúmeras mortes no Brasil, tendo em vista a reiteração de seu uso na atualidade e os problemas que vêm se desencadeando a partir da ilegalidade do aborto.

Cabe ressaltar que o art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, que vos afirma que o Estado tem o compromisso com a tomada de medidas políticas, sociais e econômicas no sentido de promover e recuperar a saúde da população, onde deve diminuir os agravos que causem mal à coletividade, Temos de analisar que a lei que proíbe a prática do aborto foi criada em 1940 e, contudo não esteja de maneira correta abrangendo os problemas da nossa sociedade atual.

Em tom de crítica ao aborto Ron Paul (site, Mises Brasil – A questão do aborto, dez 2016):

⁵*É moral e intelectualmente injusto fazer com que uma criança indesejada carregue o fardo pelas ações irresponsáveis de terceiros.*

⁴Aborto no Brasil | Thomaz Gollop

Editora do site www.drauziovarella.com.br e do blog Chorumelas

⁵A questão do aborto| Ron Paul, <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=241&comments=true>

Ao passo que os libertários diriam corretamente que não é função do estado tentar corrigir o comportamento e as atitudes equivocadas dos outros, também não faz sentido que o estado sancione leis agressivas e contra a vida que irão punir inocentes pelos erros de seus pais. Isso não é nada libertário. Trata-se de uma liberdade seletiva, que utiliza agressão contra crianças indefesas.

Existem diversas opiniões sobre o tema e claro como de costume, entre elas, a ideia de matar uma criança inocente.

Ou seja, o aborto deve continuar ilegal, pois existem varias métodos e maneiras de evitar uma gravidez, e a ideia de matar uma criança é inviável.

Acerca da legalização do aborto em outros países, argumenta Renan Barbosa (GAZETA DO POVO, 12 mar, 2018):

⁶Os defensores da legalização do aborto costumam dizer que essa medida seria uma forma de enfrentar a mortalidade de mulheres como problema de saúde pública. A petição inicial da ADPF 442 apela para esse argumento, mas de forma seletiva. Há diversos casos no mundo em que os números mostram que a legalização do aborto não tem uma correlação segura com baixos índices de mortalidade materna ou com a redução destes. Antes de analisarmos o cerne da controvérsia, é preciso limpar o terreno e ter claras as dificuldades com os números sobre o tema.

(Jornalistas Livres 26 jun., 2018) argumentos que fizeram a diferença em debate pela legalização do aborto na Argentina:

⁷1. Aborto é questão de saúde pública, não de crenças.

O Estado laico deve promover políticas públicas e não valores religiosos. A definição de quando começa a vida varia de acordo com cada crença. A legalização abre portas a uma política pública responsável que pensa nos direitos de todas as pessoas gestantes, independentemente de sua religião.

2. O aborto é também uma questão de direitos sexuais e reprodutivos.

Todas as pessoas têm o direito de decidir sobre seu corpo, sua liberdade e seu futuro. A criminalização da prática é a mutilação da cidadania, ao negar o direito das mulheres ao seu próprio corpo.

3. Abortar não é um método contraceptivo. É a opção quando a prevenção falha.

A proposta da legalização do aborto deve vir acompanhada de uma política integral que pense a educação sexual para decidir com consciência, métodos contraceptivos acessíveis para não engravidar e aborto legal para não morrer.

⁶ Gazeta do Povo, Renan Barbosa, (12 mar, 2018)

<https://especiais.gazetadopovo.com.br/defesa-da-vida-por-que-o-aborto-nao-deve-ser-legalizado-no-brasil/>

⁷ Jornalistas Livres,(26 jun., 2018)

<https://jornalistaslivres.org/9-argumentos-que-fizeram-a-diferenca-no-debate-pelo-aborto-legal-seguro-e-gratuito-na-argentina/>

4. A penalização do aborto nega o direito de pessoas gestantes à saúde, à vida, à integridade pessoal e à igualdade.

A criminalização inibe essas pessoas a procurar ajuda médica para abortar ou tratar complicações após abortos induzidos ou espontâneos. Legalizar é a possibilidade de concretizar o direito à saúde em todos os momentos, sem barreiras de acesso morais ou legais.

5. Não estamos discutindo 'Aborto Sim' ou 'Aborto Não', mas 'Aborto Legal' ou 'Aborto Clandestino'.

O aborto acontece, sendo legal ou não. Nós, mulheres e pessoas gestantes, abortamos. Por isso, a discussão não é sobre abortar ou não abortar. A discussão é em que condições abortaremos.

6. A criminalização do aborto é também uma questão de desigualdade social e racial, porque AS RICAS ABORTAM, AS POBRES MORREM.

Complicações decorrentes de um aborto são a principal causa de morte materna no país. Só quem morre são aqueles que não têm acesso à informação e às condições para uma interrupção segura da gravidez. No Brasil, as mulheres negras têm duas vezes e meia mais chances de morrer durante um aborto do que as brancas.

7. Não é perigoso abortar. Perigoso é abortar na clandestinidade!

O aborto como procedimento médico, assistido adequadamente, não representa riscos à saúde; pode inclusive ser a porta de acesso à informação para evitar um próximo episódio. A marginalização gera riscos à integridade física e moral das pessoas.

8. A legalização do aborto NÃO aumenta o percentual de pessoas que abortam e DIMINUI as taxas de mortalidade materna.

Em países europeus onde a prática é legal, o número de abortos diminuiu ao longo dos últimos 20 anos e a mortalidade materna deixou de ser um problema de primeira ordem da saúde pública. No Uruguai, a taxa de mortes vinculadas ao aborto é a mais baixa da América Latina e Caribe.

9. A criminalização do aborto é uma estratégia patriarcal do Estado de legitimar uma maternidade imposta

Ela impede que a pessoa gestante tome a decisão sobre seu próprio corpo de acordo com sua crença, história e desejo. É uma imposição baseada na religião e no dogmatismo patriarcal que subjuga as mulheres na sociedade e viola seus direitos

Todo argumento é válido quando o principal motivo é defender a vida, mas devemos sempre levar em consideração a maneira mais coerente de preservá-la seja da mãe ou do feto, então, volto a frisar na prática clandestina que mata milhões de mulheres, e mesmo assim mulheres continuam fazendo o uso clandestino, não cabe a nós adivinhar o motivo que leva a mulher se expor a tal risco tendo várias maneiras de evitar a gravidez, mas é importante ressaltar que mesmo com milhares de exemplos cada dia mais de mortes por prática clandestina, as mulheres não desistem e continuam com o pensamento que o aborto é a única saída.

A ministra Cármen Lúcia presidente do STS (Rosanne D'Agostino, G1, 06 ago. 2018) afirma:

⁸“O STF, com a seriedade que lhe é própria, historicamente abre esse espaço para ouvir todas as opiniões, e respeitar todas, porque assim se faz necessário. O Poder Judiciário age por provocação, não age de ofício, portanto, não toma nenhuma atitude que não seja mediante a convocação expressa, processual, de partes interessadas”.

De modo mais enfático, disserta Douglas Roberto de Almeida Baptista, da Convenção Geral das Assembleias de Deus, onde afirma que o direito a vida está garantido na constituição federal (Rosanne D'Agostino, G1, 06 ago. 2018):

Arrebata-se da Carta Magna em vigor a garantir a dignidade à pessoa humana e do direito à vida, demonstrado dessa forma a desmesurada importância que o constituinte originário concedeu ao direito à vida.

Aliás, acerca da importância da Vida Dom Ricardo Hoerpers, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) (Rosanne D'Agostino, G1, 06 ago. 2018):

Não podemos tratar o assunto negando, deletando, ignorando a existência do bebê. Parece que estamos falando de uma vesícula biliar, de um rim, de um adendo que precisamos extirpar. Que está causando a morte das mulheres. O foco está errado, Urge combater as causas do aborto, através de implementação e aprimoramento de políticas públicas que atendam eficazmente as mulheres. Mas essa não é matéria para decidir na Suprema Corte, e sim no Legislativo.

Note que o Bispo defendeu o direito à vida que está previsto na Constituição e que o Supremo, ao julgar o tema, faz “ativismo”. Para ele, a discussão deveria estar sendo feita pelo Legislativo.

Acerca dos fundamentos a favor da legalização do aborto onde entra a religião, expõem sua opinião Maria José F. Rosado Nunes, do movimento "Católicas pelo direito de decidir": (Rosanne D'Agostino, G1, 06 ago. 2018):

A legalização do aborto responde a uma questão de justiça social e justiça racial, É preciso considerar que as posições existentes a respeito do aborto são diversas. No campo evangélico, houve posições favoráveis à legalização do aborto. No campo católico, as disputas remetem a séculos de discussões internas entre moralistas, teólogas, teólogos, É um dever ético da sociedade reconhecer as mulheres, nos reconhecer, como agentes morais de pleno direito com

⁸ Rosanne D'Agostino, G1, (06 ago. 2018): <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/06/supremo-tem-segundo-dia-de-audiencia-publica-sobre-aborto-veja-argumentos-de-entidades-pro-e-contra-a-legalizacao.ghtml>

capacidade de escolha e decisão. Imoral é que outros decidam sobre o que nós mulheres possamos ou não fazer dos nossos corpos.

O fundamento utilizado mais frequente entre as mulheres é “meu corpo minhas regras”, pois é inviável a ideia do legislativo decidir por elas, e com isso movimentos feministas usam da frase, através dessas inúmeras citações e opiniões de diferentes pessoas podemos ver argumentos melhores para a legalização, mas talvez a frase gere o certo impacto na sociedade onde o movimento feminista quer chegar, e mais uma vez luta pelos direitos da mulheres.

E claro não poderia faltar a entrevista á folha de são Paulo onde Jair Bolsonaro nosso atual preside fala:

⁹Não vou discutir, já é lei. Se alguém apresentar projeto para revogar, é outra história.

Diante de todo o exposto, observa-se que o tema aborto visa a preservação da vida, apesar de sempre gerarem polêmica e divergências entre entendimentos doutrinários, se faz por vezes dispensável e em alguns casos indispensável, devendo sempre que aplicado, ser devidamente dentro da lei e tendo os seus requisitos preenchidos, para que não seja violado, brutalmente, o direito de outrem.

⁹ Folha de São Paulo, Thais Bilenky,(jun. 2016): <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1779758-deputado-jair-bolsonaro-nao-fala-mais-de-pena-de-morte-e-aborto.shtml>

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sempre, a questão do aborto tornou-se particularmente pertinente, enquanto problemática fundamental pelo reconhecimento da dignidade e respeito pela pessoa humana (mãe/feto). Assim, exige-se o respeito pelos seus direitos, determinados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e perspectivados na sua indivisibilidade. Após a realização deste trabalho sobre o aborto, como conclusões gerais finais posso inferir que:

Por vezes as pessoas se perguntam, a favor ou contra do aborto. Concluo que esta pergunta não está mais em questão isso não deveria ser a principal escolha, pois o que está em prioridade é a vida seja a da mãe ou do feto.

Talvez se o aborto fosse legalizado no Brasil diminuiria a mortalidade decorrente da prática clandestina, entretanto, possivelmente, os métodos contraceptivos seriam deixados de lado.

Ademais, atualmente, em razão de todos os conflitos ideológicos, medicinais e religiosos, o Poder Legislativo se torna incapaz de alterar a legislação, perante a necessidade de decidir sobre tão difícil questão.

REFÊRENCIAIS

Casey, P. (1998) . Servir, Vol. 46 – nº1. Janeiro – Fevereiro.

Diniz, D. & Almeida, M. (1998). Iniciação à Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina.

Gareli, Gosme-Seguret, Kaminski e Cuttini (2002). England: National Library of Medicine.

Iles, S. & Gath, D. (1993) Psychological Medicine. Vol.23, pp.407 – 413.

Matias e Almeida (1996). Arquivos de Medicina (5), pp. 365-369

Mônica Bara Maia (ORG.) (2008).Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto.

Nunes, J. (1998). Servir. Vol. 46 – nº1. Janeiro – Fevereiro.

Zolese, G. & Blacher, C. (1992 British Journal of Psychiatry. Vol.160, pp.742 – 749.