

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
GUILHERME HENRIQUE DE MORAES CAVALCANTE**

ABORTO DELITO OU LIBERDADE DE ESCOLHA?

**RUBIATABA/GO
2018**

GUILHERME HENRIQUE DE MORAES CAVALCANTE

ABORTO DELITO OU LIBERDADE DE ESCOLHA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do professor Especialista Edilson Rodrigues.

**RUBIATABA/GO
2018**

GUILHERME HENRIQUE DE MORAES CAVALCANTE

ABORTO DELITO OU LIBERDADE DE ESCOLHA?

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob a orientação do professor Especialista Edilson Rodrigues.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 19 / 06 / 2018

Especialista Edilson Rodrigues
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Marcio Lopes Rocha
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

DEDICATÓRIA

Primeiramente, dedico este trabalho monográfico a Deus, por Ele ter me concedido mais essa oportunidade de finalizar este trabalho, e em seguida agradeço aos meus pais Gilmar e Aparecida que sempre me incentivaram durante esta trajetória. Por fim, dedico também aos meus irmãos que não mediram esforços para me ajudar nos momentos difíceis.

AGRADECIMENTOS

Em proêmio, agradeço a Deus pela oportunidade de todos os momentos por mim vivenciados, dentre eles o curso de Direito.

Agradeço aos meus pais que sempre me apoiaram e acreditaram no meu potencial, e de que um dia eu chegaria lá rumo à vitória.

Agradeço ainda, aos meus irmãos, pois estes foram de extrema importância para meu crescimento como ser humano.

Ademais, agradeço aqueles familiares que me apoiaram durante os últimos anos, agradeço, agradeço minhas avós, meu vô, meus tios, tias, primos e primas sempre me animando para continuar a batalha.

Por derradeiro, e em imensa lisonja, agradeço ao meu orientador o Professor Especialista Edilson Rodrigues, que me aceitou como orientando, o qual tenho como exemplo de profissional, e que durante a confecção deste trabalho não poupou esforços para me ajudar a concretizá-lo.

EPÍGRAFE

“Não alcançamos a liberdade buscando a liberdade, mas sim a verdade. A liberdade não é um fim, mas uma consequência.”
Leon Tolstói

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de enfrentar as deliberações em torno do tema aborto, mormente pelo amplo destaque obtido no meio jurídico brasileiro em detrimento dos incontáveis abortos clandestinos praticados no país. Sob esse prisma, emergem variados posicionamentos, prós e contra o aborto, ora enquadrando-o como crime, ora como direito da mulher sobre seu próprio corpo. Com efeito, este trabalho monográfico tem o propósito de trazer essas discussões jurídicas sobre a referida questão, examinando-a sob os pontos de vista distintos, assim como elucidará as modalidades abortivas e suas tipificações na esfera penal, e, por fim, aguçar o debate que permeia a prática do aborto.

Palavras-chave: Aborto, Direito a vida, Liberdade de Escolha.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to deliberate on abortion, mainly due to the great importance obtained in the Brazilian legal order to the detriment of countless clandestine abortions practiced in the country. From this point of view, different positions emerge, pros and against abortion, sometimes framing it as a crime, now as a woman's right over her own body. In effects, this monographic work has the purpose to bring these juridical discussions about referred question, examining it from different points of view, as well as elucidate the abortive modalities and their penalties in the criminal sphere, and, finally, to sharpen the debate that permeates the practice of abortion.

Keywords: Abortion, Right to Life, Freedom of Choice.

Traduzido por Marise de Melo Lemes, graduada em Letras com Licenciatura em Português e Inglês, pela Faculdade de Filosofia do Vale de São Patrício (FAFISP/UniEvangélica).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

ART – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DF – Distrito Federal

HC – Habeas Corpus

Nº - Número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

P – Página

PGR – Procuradoria Geral da República

RESE- Recurso em Sentido Estrito

RJ – Rio de Janeiro

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE SIMBOLOS

§ - Parágrafo

% - Porcentagem

SUMÁRIO

| | |
|---|---------------------------------------|
| 1. INTRODUÇÃO | Erro! Indicador não definido. |
| 2. ABORTO | Erro! Indicador não definido. |
| 2.1. Conceito | Erro! Indicador não definido.4 |
| 2.2. Abordagem histórica do aborto..... | 16 |
| 2.2.1. Na antiguidade | 17 |
| 2.2.2. Idade média..... | 19 |
| 2.2.3. Idade contemporânea..... | 21 |
| 2.2.4. Idade moderna | 23 |
| 2.3. Classificação doutrinária..... | 26 |
| 2.4. Objeto jurídico | 26 |
| 2.5. Sujeitos do crime | 27 |
| 2.6. Conduta típica | 27 |
| 2.7. Elemento subjetivo | 28 |
| 2.8. Consumação e tentativa | 29 |
| 3. O TRATAMENTO DISPENSADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DO ABORTO | 30 |
| 3.1. O aborto sob a ótica do direito penal | 33 |
| 3.2. Entendimento da suprema corte sobre o aborto | 33 |
| 3.3. Aborto criminoso ou provocado: modalidade | 35 |
| 3.3.1. Aborto provocado pela gestante ou por terceiro com seu consentimento | 36 |
| 3.3.2. Aborto provocado sem consentimento da gestante | 38 |
| 3.3.3. Aborto qualificado | 39 |
| 3.4. Aborto legal | 40 |
| 3.5. Perspectiva no direito civil | 42 |
| 4. INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIO DA GRAVIDEZ | 51 |
| 4.1. Violação a autonomia de escolha | 52 |
| 4.2. Violação a integridade física e psíquica da mulher..... | 54 |
| 4.3. O aborto e o HC 124.306/2016..... | 54 |
| 4.4. Colisão entre os direitos fundamentais a vida e a liberdade de escolha | 57 |
| 4.5. Aborto: um delito ou uma liberdade de escolha? | 60 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 65 |
| REFERÊNCIAS | 67 |

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como interesse explicar acerca do aborto, em uma análise que se pretende discutir se o aborto é um delito ou uma liberdade de escolha, expondo para tanto, diversas obras doutrinárias que versam sobre o tema, assim como avaliar o aborto sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro haja vista a divergência de opiniões entre a sociedade e a legislação vigente.

A problemática deste trabalho de conclusão de curso, gira em torno do aborto a partir do diploma penal que considera o fato como um atentado contra a vida do ser humano, doutro lado temos a liberdade de escolha da genitora em decidir pelo prosseguimento ou não da gestação. Diante de tais direitos, emerge a problemática desse trabalho, a qual se pretende esclarecer a partir de uma compilação de doutrinadores sobre o assunto, analisando ainda sob a ótica das várias civilizações e religiões que ajudam a compor a história do mundo e ainda, da legislação brasileira, bem como do acirrado debate que se desenvolve em torno desta questão.

Hodiernamente, aquilo que provoca maior preocupação não são os aspectos secundários ou marginais do aborto, mas por assim dizer, o humanum como tal, ou seja, a verdade sobre o homem, a sua dignidade, a sua liberdade e o respeito devido às pessoas individualmente consideradas e os povos em geral. Sobretudo, está em jogo a coerência na proclamação e na defesa dos direitos fundamentais e, primeiro de entre todos, o direito à vida.

O aborto, segundo a legislação brasileira, é considerado crime nos termos do Código Penal vigente desde 1984, o qual prevê detenção de um a três anos para a gestante que cometer tal delito. Diante disso várias mulheres se encontram impossibilitadas de interromper a gestação, em razão disso parte da sociedade chegaram a protestar pela absoluta despenalização do crime no Brasil. Ocorre que em nosso país o aborto só é permitido em casos que compromete a vida da mulher ou quando a gestação é resultante de estupro e feto anencefálico.

Considerando toda essa celeuma é que se justifica este estudo, já que se pretende analisar a conduta criminosa da pessoa que pratica o aborto versus a liberdade de escolha da gestante, desse modo, é importante trazer a baila uma

investigação minuciosa sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 124.306/2016. Como objetivo geral dessa pesquisa será investigado se o aborto seria uma conduta criminal ou liberdade de escolha da gestante considerando o Habeas Corpus 124.306/2016. Nessa senda, analisar-se-á ainda o aborto sob a ótica do direito penal e civil.

Para a edificação desse trabalho utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica analítico/dedutiva, a qual consiste na junção de entendimentos de diversos autores que entendem sobre o tema por uma ótica de investigação científica. Desse modo, será realizada pesquisa indireta em bibliografias e documentos, além de jurisprudência, revistas e artigos jurídicos eletrônicos sobre o tema trabalhado para que se possam extrair ideias que corroborem o assunto abordado.

Assim, num primeiro momento do trabalho será abordada sobre a figura do aborto, sua conceituação, um breve retrospecto histórico o qual nos ajudará a entender a tipificação legal presente no código penal vigente. Tratou ainda o primeiro capítulo dessa obra, demonstrar a classificação do aborto a partir da doutrina, demonstrando o objeto jurídico, os sujeitos do crime, a conduta típica, os elementos subjetivos e por fim, a consumação e tentativa no crime de aborto.

Já, o segundo capítulo se propõe a explicar sobre o tratamento dispensado pela legislação brasileira acerca do aborto, nesse enfoque, será abordado à figura do aborto sob a ótica do direito penal, diferenciando assim as espécies em que o aborto será considerado crime ou não. Esse capítulo demonstrará ainda o entendimento da Suprema Corte sobre o tema retro citado.

O terceiro e derradeiro capítulo tem a incumbência de ilustrar liberdade de escolha da gestante, versus a criminalização, demonstrando esse empasse, a partir das determinações legais e da obrigação de resguardar os direitos do nascituro desde a concepção do feto, mesmo que exista a prática do ato ilícito praticado pelo agente previsto no texto legal, o fato da ação criminosa não atender os demais requisitos estampados na Constituição Federal vigente não tornará a conduta penalmente típica, mas sim inconstitucional.

Assim, diante da punição estatal, como também da autonomia, e integridade física e psíquica, dos direitos sexuais e reprodutivos, da igualdade de gênero e da discriminação social e do impacto desproporcional sobre mulheres emerge o presente trabalho.

2. ABORTO

O capítulo inaugural, em tese, conceituará o aborto, bem como explicitará a evolução histórica da prática abortiva, além de especificar suas modalidades e averiguar os elementos que constitui a conduta de interrupção da gravidez com a morte do feto.

Na atualidade, o aborto é uma das discussões mais polêmicas do meio social, isto porque é rodeado de diversos entendimentos, havendo desde os que argumentam pela total descriminalização da conduta até os que empenham por sua reprovação completa e incondicional.

Pois bem, para melhor percepção do presente estudo, é de suma importância, em um primeiro momento, discorrer brevemente a respeito da evolução embrionária do ser humano. Refere-se, pois, de um ciclo contínuo que tem início no momento que um ovócito (ovo) é fertilizado pelo espermatozoide, transformando uma única célula, o zigoto (ovo fertilizado), no ser humano (MOORE, 2015).

O aludido processo passa pela fase embrionária, sendo o princípio do seu desenvolvimento, onde está iniciando a formação de suas estruturas cruciais, período que se estende até a oitava semana. Em seguida a esse lapso temporal, o ser humano em constituição recebe a denominação de feto, permanecendo a nomenclatura da nona semana a nascença. Ademais, no período fetal o progresso da gestação encerra seu estágio de vida intrauterina. Desde então, pode-se perfazer a vinda de um ser (MOORE, 2015).

2.1 Conceito

A expressão aborto conduz a noção de cessação da gravidez com a morte do feto. Etimologicamente, aborto emana de *ab*, que quer dizer privação, e *ortus*, nascimento, ou seja, privação do nascimento (JESUS, 2014).

Na visão do Ministério da Saúde, “considera-se abortamento a interrupção da gravidez até 22 semanas ou, se a idade gestacional for desconhecida, com o feto em pesagem inferior a 500 gramas ou medindo menos de 16 centímetros” (BRASIL, 2012).

De outra banda, o aborto é definido pela Organização Mundial da Saúde como sendo a interrupção da gestação com o produto da concepção pesando menos de 500 gramas ou com era gestacional menor do que 22 semanas completas (154 dias). Permite sua classificação quanto à expulsão do ovo em induzido ou espontâneo (CHAVES NETTO, 2011).

Segundo Moore, o aborto é “[...] uma interrupção prematura do desenvolvimento e refere-se ao nascimento de um embrião ou feto antes de se tornarem viáveis suficientemente amadurecidos para sobreviverem fora do útero” (MOORE, 2015, p.3).

Para Belo, “entende-se por aborto o ato de interromper o processo de uma gravidez com a consequente expulsão do feto do interior uterino. Originariamente, aborto quer dizer privação do nascimento” (BELO, 2009, p. 6).

Entretanto, a título de conhecimento, Jesus adverte que não se deve confundir abortamento com aborto, ao lecionar que “abortamento é o ato pelo qual a mulher ou terceiros, expulsa, sob a forma prematura, e às vezes de forma violenta, o produto da concepção. Aborto é quando o feto é simplesmente expulso do ventre materno de forma natural” (JESUS, 2013, p. 119).

Por ser relevante para a configuração do conceito jurídico de aborto, mister se faz mencionar a definição médica do aborto. Assim, GOMES disserta da seguinte forma:

Os obstetras chamam de aborto ao produto eliminado pelo trabalho de abortamento. Para eles, há aborto quando a interrupção da gravidez se dá antes da viabilidade fetal, o que ocorre ao fim da 28ª semana. Em obstetrícia o aborto é a interrupção da prenhez antes que o feto seja viável, isto é, antes que o feto possa viver fora do útero, o que ocorre dos sete meses da gestação em diante. Quando nasce uma criança de sete ou oito meses, não se diz que houve aborto, mas parto prematuro (GOMES, 2014, p. 347).

Como vimos, a obstetrícia usa o período temporal de 28 semanas para configuração da interrupção da gravidez, no qual se considera como aborto. Destarte, na visão médica, nascendo à criança de 7 meses, têm-se um parto prematuro e não um aborto.

Na órbita jurídica, de acordo com Jesus (2013), aborto “é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)”.

Sequenciando o estudo, Campos ensina:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou com a expulsão prematura do feto, ou com a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo (CAMPOS, 2008, p. 11).

Deste modo, sempre ocorrerá o aborto, a partir do instante que o progresso intrauterino for interrompido, ou melhor, toda vez que decorrer intencionalmente o falecimento do feto ou a sua excreção violenta, sequenciada de morte.

Por fim, desde já, saliento que o Código Penal Brasileiro não concede uma definição precisa do termo aborto, atendo-se a descrevê-lo na forma neutra e vaga de “praticar aborto”, sequer preocupou em diferenciar zigoto, embrião e feto, nos termos do disciplinado no artigo 124, *ipsis verbis*: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”.

2.2. Abordagem histórica do aborto

A conduta abortiva aparenta ser antiga assim como a própria humanidade. Isto porque, fragmentos de documentos primórdios nos mostram que a prática do aborto é tão antiga quanto a propensão humana de decisão.

Aliás, entre os “anos de 2737 e 2696 a.C., o imperador chinês Schen Nung já citava em escrito médico a receita de um abortífero oral, certamente abrigando mercúrio’ (SCHOR, ALVARENGA, 1994, p. 17).

Da mesma forma, técnicas anticoncepcionais são encontradas em papiros egípcios de 1850 a 155 a.C, em que recomendam combinações de ervas, mel, água e outros elementos, no intuito de frustrar a concepção. Certas alegações transparecem que havia o aborto nas situações de falhas dos métodos. Inclusive, dentre os antigos documentos a que se tem acesso é o código de Hamurabi de 1700 a.C, que relata a existência do aborto e o qualifica como uma conduta criminosa contra os interesses do pai e marido, assim como lesão em desfavor da figura feminina (PRADO, 1995).

Assim, passaremos a examiná-lo em cada época.

2.2.1 Na antiguidade

Conforme ventilado acima, o aborto sempre se fez real na história da humanidade, mostrando-se tratar de prática cotidiana em todos os povos e épocas. Contudo, apesar de presente, nem sempre foi tipificado como crime, passando a prática do aborto sofrer restrições somente com o transcurso do tempo.

Nesse sentido, Belo preconiza:

Legislações antigas não o consideravam crime. Havia, em verdade, uma indiferença do Direito face à problemática do aborto. O feto era considerado como simples anexo ocasional do organismo materno (*pars mulieris*), de cujo destino à mulher podia livremente decidir, salvo quando casada, devido à proeminência do direito marital. Se nessa época chegava-se, eventualmente, a castigar a administração, por terceiros, de substâncias abortivas, não era o aborto que se punia, mas o dano que daí resultasse para o organismo da mulher (BELO, 2009, p. 21).

De acordo com o Código de Hamurabi 1.700 a.C, o crime de aborto era tido como um crime contra os interesses do pai e do marido, bem como uma ofensa contra a mulher. Deste modo, até então, não havia crime relacionado ao feto (BELO, 2009, p. 21).

Assim, nota-se que os primórdios entendiam que o feto e o útero, compunham as vísceras maternas, por conseguinte, a mãe detinha a liberdade de dispor voluntariamente do feto. Sendo que, o único empecilho dessa disposição de vontade era na hipótese do esposo não anuir com a prática abortiva da esposa ou se em decorrência desse ato gerasse lesão corporal a esta última.

Ademais, como o aborto era empregado para controle populacional pela grande maioria das populações antigas, a conduta abortiva era legal. Em sua obra, Belo leciona com maestria acerca do tema:

O aborto, em eras passadas, foi utilizado como forma de controle populacional. Os povos antigos, frequentemente usaram o aborto voluntário que na maioria das vezes, não era considerado como ato criminoso. Os filhos recém-nascidos eram coisas pertencentes aos

seus genitores, de tal forma que nem o infanticídio era passível de punição (BELO, 2009, p. 21).

Especificamente na Grécia, o aborto era usado em larga proporção e assegurado pelos estudiosos daquele período. Para Platão, o aborto seria impositivo para as mulheres que engravidavam após a idade de quarenta anos. De outro lado, Aristóteles visualizava o abortamento como a maneira mais eficaz de equilíbrio populacional, já que prezava pela convivência harmoniosa entre a sociedade e os meios de subsistência. Assim, afirma Belo:

Aristóteles chamava a atenção dos políticos da época opinando que, ao seu ver, em casos de excesso de população, deveria ser autorizado o aborto antes da “animação” do feto. Os romanos consideravam o feto no útero materno, parte das vísceras da mãe, e por esta razão durante um bom tempo foi impunível sua morte (BELO, 2009, p. 24).

Entretanto, importantes intelectuais da época compartilhavam uma opinião diversa à posição introduzida pelo estado greco-romano; pois a maior parte era adepto do aborto por diversos motivos sociais, políticos, individuais ou meramente apoiadores da liberdade de escolha.

Nessa direção, vejamos:

Hipócrates, 400 antes de Cristo, apesar de seu juramento no qual promete “não dar à mulher grávida nenhum medicamento que possa fazê-la abortar”, não hesitava em aconselhar às parteiras, métodos tanto anticoncepcionais como abortivos. (BELO, 2009, p. 23).

Sócrates, seu contemporâneo, era partidário de “facilitar o aborto quando a mulher o desejasse”, e seu discípulo, Platão, propunha em seu escrito “A República” que as mulheres de mais de 40 anos deveriam abortar obrigatoriamente, e aconselhava o aborto para regulamentar o excessivo aumento de população. (BELO, 2009, p. 23)

Quanto às mulheres greco-romanas, não se sujeitavam a regra do aborto como forma de controle populacional, tendo em vista que se encontravam sob o pátrio poder ou poder marital, e, sendo assim, não desfrutavam de liberdade de decisão, conforme doutrina Belo:

Observa-se que tal regra não era dirigida às mulheres greco-romanas, pois não dispunham de autonomia para decidir. Se fosse filha de um cidadão, ficava sob a tutela do pai, e mais tarde do esposo, e, na falta desses, do Estado. Esse poder estendia-se aos seus bens, à sua pessoa e aos filhos que pudesse conceber. A legislação não se aplicava às escravas, que nunca poderiam tornar-se cidadãs, nem às estrangeiras. Deve-se a isso à frequente ambiguidade entre homens e mulheres greco-romanas.(BELO, 2009, p. 23).

Ao oposto das greco-romanas, as estrangeiras atuavam frequentemente da vida social, cultural, política das cidades-estados, assim como gozavam de autonomia para decidir sobre o prosseguimento ou não da própria gestação.

Já, no direito penal hebraico, somente era permitido eliminar o feto se a parição fosse complicada ou trouxesse perigo de vida para a gestante. Penalizando-se tão somente no caso de prejuízo para o esposo ou eventual lesão física à mulher.

Desta maneira, Campos:

No livro de Êxodo da lei hebraica (1000 anos antes de Cristo) se diz textualmente: “Se qualquer homem durante uma briga espancar uma mulher grávida provocando-lhe um parto prematuro, sem mais outro prejuízo, o culpado será punido conforme o que lhe impuser seu marido e o árbitro social”. Condena-se no escrito quem provocou o aborto com violência, entretanto, sempre o sujeitando ao prejuízo econômico que for feito ao marido da vítima (CAMPOS, 2008, p. 22).

Em arremate, observa-se que nesses períodos da história antiga, sequer há registro da penalização do aborto justificada no interesse na vida do feto, pelo contrário, o que se efetivamente primava era a dignidade de expectativa de descendência para o genitor, lesão física para a mãe ou se praticado por terceiro houvesse o “lucro” como objetivo determinante.

2.2.2. Idade média

Com a chegada do cristianismo, passou a ruir a tese de que a vida do feto não tinha relevância, sendo os conceitos alterados por Cristo, emergindo o sentimento de humanidade e que até então não existia. Desde então, passou-se a enxergar o aborto como sendo a morte de um ser humano.

Desse jeito, leciona Campos, *in verbis*:

Tal posicionamento certamente decorreu do cristianismo (século I) que introduziu no conceito de aborto a ideia da morte de um ser humano. A destruição do produto da concepção era crime equiparado ao homicídio e como tal passou a ser punido. Na época, um cânon determinou que quem provocasse aborto seria excomungado (CAMPOS, 2008, p. 24).

Com a visualização da morte do feto como aborto e após o transcurso de certo lapso temporal histórico, adveio punição mais severa e firme para quem abortasse, sobretudo, para a grávida.

Em sua obra, Gomes afirma:

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

Outrossim, considerando o repúdio ao aborto pregado pela Igreja Católica aos cristãos, por todos os motivos, passou-se a enquadrá-lo como pecado. Nessa época, percebem-se tímidos vestígios de uma valoração da sanção de acordo com a gravidade e circunstâncias do abortamento.

Consoante Almeida:

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

Desde o princípio, os cristãos se posicionaram contra o aborto, todavia, em intenso menor, já que a população antiga não qualificava o aborto como um “homicídio”. Segundo Almeida, apenas por meio do cristianismo é que o aborto foi

considerado crime, pecado, ao ser humano que ainda está por nascer, admissível em circunstâncias excepcionais.

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

Assim, repito, restou clarividente a importância do entendimento inserto pelo cristianismo no processo de evolução da criminalização do aborto, pois, conforme explanado em momento anterior, daí alcançou uma ótica humanitária entorno da prática do aborto, assimilando o aborto a um “homicídio de ser humano”.

2.2.3. Idade contemporânea

No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o Código Criminal do Império, 1830, não previa sanção a mulher, apenas ao aborteiro (médico que pratica o aborto, cureteiro), com pena de 1 a 5 anos de prisão e duplicata se a ação era executada sem a concordância da gestante. Ainda, independentemente da consumação do aborto, o simples fornecimento de métodos abortivos era punido como crime de mera conduta.

O Código Penal da República do ano de 1890, por sua vez, diferente do Código Criminal de 1830, retratou pela primeira vez o aborto provocado 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 à 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, parteiro legalmente habilitado 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 esse 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 negligência”. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação. (PRADO, 2009, p. 146).

Em sendo o agente boticário, cirurgião, médico ou praticante, a pena era dobrada, nos termos dos artigos 199 e 200, vejamos:

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada (prenhe; grávida).

Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Ao criminoso autor.

Aos criminosos por tentativa ou cumplicidade.

Ao criminoso por cumplicidade na tentativa.

Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas:

Ao criminoso autor.

Aos criminosos por tentativa ou cumplicidade.

Ao criminoso por cumplicidade na tentativa.(PIERANGELLI, 1995, p. 236.

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

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

Ao criminoso autor.

Se sete crime for cometido por medico, boticário, cirurgião ou praticante de tais artes.

Penas – dobradas.

Ao criminoso autor.

Se ao houver casa de correção.(PIERANGELLI, 1995, p. 237).

Após 1980, no diploma Penal, a gestante passou a ser penalizada, sendo a pena minorada se a ação fosse praticada para omitir desonra própria (art. 300 e 301).

De outro lado, agravaria a pena se o crime fosse cometido por médico ou parteira legalmente habilitada para o exercício profissional e incriminando o aborto legal que desencadeasse o falecimento da mulher por imperícia ou negligência (art. 302). Deste modo, *in verbis*:

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

No primeiro caso: pena de prisão celular por dois a seis annos.

No segundo caso: pena de prisão celular por seis meses e a um anno.

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

Pena – de prisão celular de seis a vinte e quatro annos.

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

Penas – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da cocondenação. (PIERANGELLI, 1995, p. 303).

Art. 301. Provocar aborto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prisão cellular por um a cinco annos.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá a gestante, que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, se o crime fôr commettido para occultar a deshonra própria. (PIERANGELLI, 1995, p. 304)

De acordo com a passagem acima, havia diferentes tipos de pena de acordo com o caso concreto, ou seja, da forma em que acontecia a prática abortiva, bem como era determinado a partir da pessoa que ajudasse ou provocasse o aborto na gestante. Consoante o passar dos anos, conseguimos identificar os contornos iniciais da legislação ao redor do crime de aborto, bem como a delimitação da conduta criminosa a fim de aplicar uma sanção justa à dimensão e gravidade da lesão em cada caso concreto.

2.2.4. Idade moderna

Existe Estado que rejeita o aborto e outros que o aceitam chegando ao ponto de acolhê-lo oficialmente. Um exemplo claro é o do Código Russo, refletido em uma mobilização radical ainda recentíssima.

O pretexto para consolidar sua autorização foi à má conjuntura econômica da época moderna, sob a promessa do governo de lutar em oposição ao flagelo do abortamento clandestino, e em seguida, reconstituir o regime de vedação legal do aborto inútil ou injustificável.

Com perfeição, Belo ensina:

Uma lei de 1924 já procurava refrear a licenciosidade, mas o fez apenas teoricamente. Foi mais precisamente em 1936 que se proibiu, afinal, o aborto não terapêutico, bem como a venda de produtos anticoncepcionais sem prescrição médica. Entendia-se que a situação econômica do país já não justificava a licenciosidade e que a campanha educacional do povo a respeito do assunto atingiria o seu objetivo. Paradoxalmente, porém, a 23 de novembro de 1955, o Soviete Supremo resolveu ab-rogar a lei de 1936 e restabelecer a

de 1920, instituindo novamente a liberdade do aborto nos hospitais e estabelecimentos médicos por profissionais qualificados. (BELO, 2009, p. 24).

Já, o Código Penal Soviético do ano de 1955, tutelava a autonomia do aborto fixando a punição sobre certas condutas tidas como ilegais. Apesar da aludida liberdade da prática abortiva, houve uma média elevada de sua realização, assim elucida Diniz (2001, p. 390): “Isso não impediu que nos anos imediatamente posteriores fosse mantida uma média de 75% de gestações interrompidas”.

As nações escandinavas se destacam entre os precursores quanto a permissão do aborto no mundo ocidental. A contar do fim da década de 30, sempre foram proclamadas leis mais bonançosas e conseqüentemente, incitando a sua prática. De acordo com Diniz:

Uma orientação mais liberal adotaram a Suécia (Lei de 14-06-1974) e a Islândia (art. 9º da Lei n. 25/75) ao estabelecerem o aborto social, prevendo este último Estado as causas justificadoras da conduta (possuir muitos filhos, dar à luz muitos filhos em curto espaço de tempo ou ter dado à luz há pouco tempo; a difícil situação de saúde, financeira ou íntima da família; a idade avançada da mulher; a falta de desenvolvimento mental da mulher). (DINIZ, 2001, p. 390).

Do mesmo modo, a Dinamarca igualmente permite o aborto nos casos em que houve grande peso psicológico. No entanto, a nomenclatura aplicada não foi bem empregada, uma vez que esse grande peso pode ter variadas modalidades de caráter, como social, moral, religioso, etc.

Nesse sentido, Diniz:

A Dinamarca prevê o aborto social (art. 4º da Lei n. 120/70) quando a gravidez for uma “carga” para a mulher. É infeliz a locução utilizada, já que é completamente desprovida de sentido jurídico (DINIZ, 2001, p. 390).

Prosseguindo, os Estados Unidos da América aceitam o abortamento com fundamento no “direito de privacidade”, conforme instrui Diniz:

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

Na legislação espanhola, o aborto está regulado como delito em diversas formas, concernente à cessação da evolução do ser em gestação, sujeito passivo do crime e titular de vida humana correlata.

Normalmente, as normas latino-americanas impedem a prática do aborto, incluindo tal comportamento entre os crimes contra a pessoa.

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

O Código argentino veda o aborto, admitindo a não punibilidade do aborto sentimental (ALMEIDA, 2000, p. 390).

No Uruguai, em tempos passados, somente se penalizava o aborto quando era praticado sem a concordância da grávida. No entanto, nos dias atuais tal situação deixou de existir, segundo preconiza Belo:

No Uruguai, o Código que entrou em vigor em 1º de julho de 1934 só definia como aborto punível o que era praticado sem o consentimento da gestante. Mas, não durou muito esse dispositivo, que berrava das tradições jurídicas daquele país. Uma lei de 28 de janeiro de 1938 estabeleceu a punibilidade do aborto praticado pela própria mulher ou por terceiro com ou sem consentimento (BELO, 2009, p. 25).

O precursor a permitir o aborto realizado pela gestante foi o legislador penal brasileiro, isto no Diploma Criminal de 1830. Atualmente, o ordenamento jurídico do Brasil veda o aborto, excepcionando sua autorização somente em duas situações específicas, nos termos estabelecidos pelo Código Penal Brasileiro.

Neste passo, *ipsis verbis*:

O atual diploma repressor tipifica o aborto como crime em qualquer caso, isentando de punibilidade os autores nos casos de aborto terapêutico e do aborto de produto de concepção do estupro. (DINIZ, 2001, p. 391).

Em arremate, além das duas hipóteses legais de isenção de punibilidade do aborto (aborto terapêutico e aborto produto de concepção do estupro), a jurisprudência hodierna do Supremo Tribunal Federal admite o aborto em gestações de feto anencéfalo.

2.3. Classificação doutrinária

Segundo a doutrina penal o autoaborto refere-se a um crime próprio (aquele que exige do agente uma determinada qualidade, no caso a de gestante), mas na segunda figura (com o seu consentimento) é crime de mão própria (além da qualidade especial, somente a gestante poderá cometê-lo), plurissubsistente, comissivo ou omissivo (decorre de uma atividade positiva do agente “provocar”, ou de uma atividade negativa, uma omissão “consentir”), de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução) (GONÇALVES, 2011, p. 39).

Ainda nesse segmento, Nucci contribui aduzindo sobre outras classificações do aborto, segundo ele o crime é material (só se consuma com a produção do resultado aborto previsto no tipo penal), de dano, instantâneo (uma vez consumado, está encerrado, ou seja, a consumação não se prolonga), monossubjetivo (pode ser praticado por um único agente), mas na segunda figura típica (com o seu consentimento) é plurissubjetivo (obrigatoriamente praticado por vários agentes, mesmo que existam dois tipos penais autônomos – um para punir a gestante, no art. 124, e outro para punir o terceiro, no art. 126), simples (atinge um único bem jurídico, a vida), doloso (o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado aborto, com a conseqüente morte do feto). (NUCCI, 2011, p. 97).

2.4. Objeto jurídico

Em todas as modalidades de aborto, o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trata de crime contra a pessoa. Assim, no auto aborto a objetividade jurídica é a preservação da vida humana intrauterina, a vida do óvulo, embrião ou feto.

Nos ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior:

É a tutela da vida humana em formação, que é a vida fetal ou intrauterina. Pouco importa que não se trate ainda de uma pessoa humana, mas de uma expectativa de ente humano, uma spes

personae. Merece igual respeito, e proteção normativa (COSTA, 2012, p. 345)

Com efeito, nota-se que a tutela é voltada à vida humana em desenvolvimento, sendo irrelevante se ainda não houve a formação de uma pessoa humana, pois a mera expectativa de ente humano lhe assegura apreço e proteção legal.

2.5. Sujeitos do crime

No crime de aborto, o sujeito ativo é a gestante, e sujeito passivo, para a maioria da doutrina, é o produto da concepção (óvulo, embrião ou feto), que, ao mesmo tempo, é também o objeto material do delito. Não é necessário comprovar a vitalidade do feto, ou seja, a capacidade de atingir a maturação, exige-se tão somente que o mesmo esteja vivo e que não seja produto de uma gravidez patológica, como a gravidez extrauterina.

Não configura o crime em estudo, se a gravidez é extrauterina ou molar. Neste sentido, ensina JESUS: “é de mister que a gravidez seja normal e não patológica. Os casos anormais de gravidez extrauterina ou molar são patológicos, e a interrupção nestes casos não pode constituir aborto”. (JESUS, 2012, p. 152)

Em ambas as figuras típicas como provocar – crime próprio e consentir – crime de mão própria, é possível a participação de pessoas; somente na modalidade de participação, mas não em coautoria. Caso o agente, com o consentimento da gestante, pratique manobras abortivas, responderá por outro crime, o de provocar aborto com o consentimento da gestante (CP, art. 126), sendo esta uma das exceções da teoria momista da ação. (BRASIL, 1984).

2.6. Conduta típica

O núcleo do tipo penal do aborto está representado pelos verbos: provocar (dar causa, promover, originar), e consentir (dar aprovação, tolerar, admitir). Trata-se de crime de forma livre, podendo ser cometido por qualquer meio de execução, desde que idôneo para produzir o resultado, seja ele comissivo (curetagem, ingerir medicamento abortivo) ou omissivo (deixar dolosamente de ingerir medicamento necessário para manter a gravidez). O meio comissivo pode,

ainda, ser utilizado de forma: (a) material, como, por exemplo, nos processos químicos (intoxicação com fósforo, chumbo, mercúrio, arsênico), orgânicos (quinina, estricnina, ópio, beladona), físicos ou mecânicos (traumatismo do ovo com punção), ou elétricos (choque elétrico por máquina estática); (b) psíquica ou moral, como, por exemplo, provocar pânico ou depressão que levam ao aborto (CUNHA, 2010, p. 58).

A ação de provocar o aborto tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção, podendo ser exercida diretamente sobre a gestante ou sobre o próprio feto. Só haverá o crime se o aborto é provocado, pois, se for espontâneo, não existe crime. Assim, se os peritos não podem afirmar que o aborto foi provocado, não haverá certeza da existência do crime e, sem essa certeza, não há o que se falar em aborto criminoso. Em outras palavras, deverá haver o nexo causal, ou seja, a morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez, deve ser consequente dos meios utilizados ou manobras abortivas.

Quanto aos meios anticoncepcionais, verifica-se a jurisprudência que, *in verbis*: “A admissão de meios anticoncepcionais de modo algum constitui franquia para a liberação do aborto, mesmo nos primeiros dias da concepção, pois é de compreensão intuitiva e elementar a diferenciação material, ética e jurídica entre um ‘impedir de vir a ser’ e a ‘eliminação de uma realidade”, ou seja, de um ser já existente” (TACrim – RT, 447/425).

2.7. Elemento subjetivo

Em todas as modalidades de aborto criminoso, o elemento subjetivo é o dolo, direto ou eventual. No dolo direto existe a vontade livre, o consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do feto. No delito em estudo, a modalidade de dolo eventual ocorre quando a autora, com sua conduta, não quer diretamente o resultado, mas assume o risco de provocar o aborto, como, por exemplo, quando pratica um esporte violento, sabendo da efetiva possibilidade de vir a abortar.

Não existe aborto culposo como crime contra a vida. Se a própria gestante agir culposamente e provocar aborto, em si mesma, o fato é atípico e não há o que se falar em crime de aborto. Entretanto, se um terceiro, sabendo estar grávida, com a intenção exclusiva de ofender a integridade física da gestante, mas

produz culposamente o aborto, responderá pelo crime de lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, § 2º, V). (BRASIL, 1984).

2.8. Consumação e tentativa

Como nas demais modalidades do delito, o crime de aborto consuma-se com a morte do feto, resultante da interrupção dolosa da gravidez. É irrelevante se a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada.

É necessária a comprovação pericial da gravidez e do aborto que se faz, em regra, diretamente pelo exame de corpo de delito, através do material retirado do útero da mulher, mas poderá ser suprido por testemunhas e, excepcionalmente, por exame indireto ou documental, porém, nunca somente com a confissão da gestante (CPP, arts. 158 e 167). (BRASIL, 1941).

Se a mulher não está grávida ou o feto já estava morto quando o aborto foi provocado, estará caracterizado o crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, cuja conduta não será punida nem a título de tentativa. Em todas as modalidades de aborto criminoso, a tentativa é admissível quando iniciadas as manobras para interromper a gravidez, o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade da autora. (BRASIL, 1984).

Se o agente, sabendo sobre a gravidez e querendo matar a gestante, pratica os atos executórios, poderão ocorrer as seguintes hipóteses: (a) a morte da gestante e do feto – o agente responde por homicídio e aborto consumados, pelas regras do concurso formal (CP, art. 70); (b) a gestante sobrevive, mas o feto morre – o agente responde por tentativa de homicídio e aborto consumado; (c) a morte da gestante, mas o feto sobrevive (somente possível na fase final da gestação), assim, o agente responde por homicídio consumado e também por tentativa de aborto; (d) a gestante e o feto sobrevivem – o agente responde por tentativa de homicídio e tentativa de aborto qualificado.

Desse modo, este capítulo demonstrou a evolução do processo de tipificação do crime de aborto, restando claro ainda seu conceito a partir da doutrina brasileira e demais peculiaridades desse ilícito penal. Passadas as questões históricas e conceituais, o próximo capítulo desse árduo trabalho de conclusão de curso propõe-se investigar como o ordenamento jurídico pátrio recepcionou o crime de aborto.

3. O TRATAMENTO DISPENSADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DO ABORTO

O presente capítulo visa estudar a figura do aborto frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, a análise partirá da seara penal, bem como transitará sucintamente na órbita cível, e, por fim, afunilará em uma abordagem constitucional e focada nos direitos humanos e fundamentais trazidos pela Carta magna.

Como já explanado no capítulo anterior, o aborto é a interrupção da gravidez, que pode ser espontâneo ou induzido. No Brasil, a legislação permite que o aborto seja realizado apenas em casos de estupro, risco à vida da mãe ou anencefalia. No entanto, é grande o número de mulheres que não se encontram nessas situações e realizam abortos inseguros. Isso traz sérias complicações, sendo por isso, um grave problema de saúde pública.

O aborto envolve questões morais, éticas, religiosas e outras que tornam o assunto muito complexo e polêmico. É muito importante saber dos riscos que representam para a saúde da mulher e das consequências que isso pode trazer para o resto da sua vida. A gravidez pode ser interrompida involuntariamente (aborto espontâneo) quando não se desenvolve naturalmente ou por problemas da mulher. Também pode ser provocado pela própria gestante ou com seu consentimento, através de ingestão de substâncias abortivas ou por cirurgia.

É fundamental que mulheres e homens recebam informação de qualidade para: saber usar adequadamente métodos anticoncepcionais e realizar o planejamento familiar. Desse modo, podem decidir o melhor momento de ter filhos ou ainda por não ter filhos. Aborto é crime no Brasil, sendo previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal. As penalidades são relativas: “A gestante que decide abortar (1 a 3 anos); a quem realiza o aborto (3 a 10 anos); ou a quem leva uma gestante, considerada incapaz, a abortar (3 a 10 anos).” (BRASIL, 1984).

Destarte, o artigo 128 do código penal apresenta as exceções que são aceitas. Em caso de estupro, quando a mulher denuncia na polícia e faz exame de corpo delito; e nos casos de indicação médica, quando a gravidez traz risco de vida para a mulher (aborto terapêutico).

Entretanto, existe a possibilidade de interromper a gravidez também quando o feto não tem condições de sobreviver, ou seja, se o cérebro não se

desenvolve, condição chamada anencefalia. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) de 2015, acontecem todo ano cerca de 3,2 milhões de abortos inseguros de adolescentes entre 15 e 19 anos nos países mais pobres. Estima-se que 70 mil adolescentes morrem a cada ano por complicações durante a gravidez ou o parto. (ONU, 2015).

No Brasil, foi publicado em 2014, a Pesquisa Nacional do Aborto. Foi realizada por pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB), com mulheres entre 18 e 39 anos, alfabetizadas e residentes nas áreas urbanas. É possível que os números sejam ainda maiores se considerar mulheres não alfabetizadas e de áreas rurais. Segundo as pesquisas:

55% das mulheres precisaram de internação por complicações decorrentes do aborto;
48% das pesquisadas referiu ter usado medicamentos para abortar;
13% delas relataram ter feito aborto entre 16 e 17 anos;
16% entre 18 e 19 anos;
24% entre 20 e 24 anos. (UNB, 2014).

Muitos motivos tornam a gravidez indesejada para algumas mulheres. Por exemplo, doenças graves do feto que o afetam por toda a vida, como o caso recente da microcefalia associada ao zika vírus. A maioria da população brasileira se posiciona contra o aborto, por considerar assim como previsto na lei, que é um crime contra a vida. Tratam o aborto como eutanásia e não deveria ser realizado em hipótese nenhuma.

Há estudos que demonstram que o feto pode sentir dor. Por esse motivo, muitos consideram que deveria ser totalmente proibido, principalmente, em estágios mais avançados da gestação, que tornam o aborto mais complicado. Em 2015, o aumento dos casos de microcefalia, relacionados à infecção por zika vírus durante a gravidez, reacendeu a polêmica do direito ao aborto para mulheres. Essa condição foi defendida pela ONU, que recomendou que os países mais pobres revejam suas leis. (ONU, 2015).

Aqueles que são a favor do aborto defendem os direitos individuais da mulher de decidir sobre o próprio corpo. Há também quem defenda a legalização do aborto como tema de saúde pública. A legalização do aborto seria uma forma de evitar o alto índice de mortes maternas decorrentes de abortos inseguros principalmente em populações mais pobres. Muitos defendem a descriminalização

do aborto, diante do quadro que se nos apresenta da série de danos causados à mulher como causa da sua prática clandestina, principalmente àquelas das classes menos favorecidas, que são as que mais se expõem.

Esquecem-se, no entanto, que também muitas adolescentes e mulheres de classes mais abastadas morrem e, não poucas vezes, ficam com sequelas irreparáveis, em especial o sentimento de culpa que as acompanha como o ar que respiram, mesmo se submetendo ao aborto em clínicas especializadas. Algumas justificativas, pró aborto mais usuais são: a má formação do feto, estupro e risco de vida para a mãe, não esquecendo os que defendem ainda por questões econômicas e sociais como mais um motivo para a sua legalização.

No primeiro caso, ou seja, o aborto praticado pela má formação é uma posição, cheia de preconceitos, ficando claro o objetivo de criarmos uma sociedade sem deficientes físicos ou mentais, hoje comprovado serem pessoas produtivas, desde que sejam dadas as devidas oportunidades.

Quanto à gravidez, raramente, ocasionada por estupro, é irrefutável que é traumática e dolorosa, entretanto questiona-se: quem deverá ser punido? Ficar a vítima, a mulher, isenta de traumas após o aborto? Não se compreende que a violência que a infelicitou e que a deplora será somada a uma violência maior, praticada conscientemente e com sentimento de vingança? E, o ser que se desenvolve, que culpa lhe é facultado para que seja condenado à morte? Não seria mais humana, mais sensata, a criação de um programa de apoio (psicológico, médico, financeiro) à mulher e ao bebê? (MIRABETE, 2013).

O argumento de que o Estado não tem condições de manter tal empreendimento significa confessar seu total descaso e incompetência para gerir e buscar soluções para tão significativo problema social. É provar sua conivência com organizações e instituições internacionais que financiam grupos feministas que têm 31 como estratégia para a legalização do aborto a implantação do "aborto legal" em hospitais públicos.

Acredita-se que, no caso, raríssimo, de risco de vida para a mãe, mediante os recursos tecnológicos de que dispõe a medicina hoje, a morte do bebê, se houver, decorrerá do tratamento específico realizado para salvá-la, e não de um ato intencional.

3.1. O aborto sob a ótica do direito penal

Como já salientado no primeiro capítulo, o aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, ou seja, a morte do óvulo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente a 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, entretanto, não deixará de haver o aborto.

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado (óvulo, embrião ou feto), constituindo a primeira fase da vida. A destruição dessa vida antes do início do parto caracteriza o aborto, que pode ou não ser criminoso. Iniciado o parto, a morte do nascente ou do recém-nascido será o crime de infanticídio ou homicídio, salvo se no momento da conduta criminosa o feto já estivesse morto, caracterizando, assim, crime impossível por absoluta impropriedade do objeto onde não se pune a conduta nem a título de tentativa (BRASIL, 1984).

3.2. Entendimento da suprema corte sobre o aborto

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem decidido sobre alguns casos que envolvem certa complexidade jurídica e que merecem a devida atenção no sentido de tornar a legislação sobre o aborto capaz de atender determinados casos da realidade atual bem como aos anseios sociais, destacando: (a) Em 12.04.2012, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal foi sobre o aborto de anencefálico (também chamado de aborto eugenésico ou eugênico), decidindo que não pratica o crime de aborto tipificado no Código Penal a mulher que decide pela “antecipação do parto” em caso de gravidez de feto anencefálico;

Já, na data de 29.11.2016, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal descriminalizou o aborto antes do terceiro mês de gestação em um julgamento de médicos e funcionários de uma clínica clandestina, em Duque de Caxias (RS), afastando a prisão preventiva em processo relacionado com o HC 124.306/RJ. Pelo

voto do presidente, ministro Luís Roberto Barroso, a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos das mulheres – como a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos -, bem como o princípio da proporcionalidade. Três dos cinco ministros que compõem o colegiado consideraram que a interrupção da gravidez antes do terceiro mês de gestação não configura crime. Apesar de a decisão ser válida apenas para esse caso específico (em que os réus foram soltos), verifica-se que ficou aberto um precedente inédito no Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Em que pese os relevantes argumentos do referido voto, entendemos que o Estado deve impor de forma absoluta o respeito à vida humana, por mais precária ou efêmera que ela seja, desde a concepção até o momento da sua extinção, devendo, ainda, estabelecer mecanismos para a proteção constante, não podendo de ela dispor, inclusive, através da pena de morte.

Neste sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), 1969, dispõe: Art. 4º - 1. “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Além disso, a Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida (CP, art. 5º, caput). Finalmente, o Código Penal ao tipificar os crimes de aborto provocado pela gestante ou com o seu conhecimento (art. 124) e provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126), não faz qualquer menção sobre atipicidade da conduta quando praticada antes de completar o terceiro mês de gestação (NUCCI, 2011).

Em breve, o Supremo Tribunal Federal vai tratar sobre o aborto em casos de microcefalia causada pelo zika vírus julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) que impede a abertura de processo e a prisão pela prática de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (CP, art. 124), tratando-se de mulheres que interrompem a gravidez por terem sido infectadas pelo zika vírus. A referida medida, que propõe a legalização do aborto nestes casos, opção já recomendada pela ONU para os países onde há epidemia da doença, foi apresentada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep).

A relatora designada para o caso, ministra Cármen Lúcia, pediu o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR), do Senado e da Advocacia-Geral da União (AGU) antes de dar prosseguimento à ação. Enquanto a PGR opinou que,

caso o julgamento prossiga, a interrupção da gravidez deve ser permitida em casos de zika vírus, a AGU – em nome da Presidência da República – e o Senado se demonstraram contrários à proposta.

O *aedes aegypti* não se apresenta mais como responsável unicamente pela dengue, ainda imbatível em seu campo, mas também pela transmissão da febre chikungunya e, recentemente, pelo zika vírus que, segundo a constatação do Ministério da Saúde, vem provocando transtorno e insegurança às mulheres grávidas e às que pretendem a gravidez. Isto porque o mosquito infectado com o vírus procura atacar as células nervosas e, se atingir o cérebro ainda em formação do embrião, poderá provocar danos irreparáveis no desenvolvimento da criança.

A polêmica sobre o direito ao aborto enfoca especialmente a microcefalia, caracterizada pelo tamanho menor do crânio, como o distúrbio mais conhecido em bebês afetados pelo zika na gestação. No entanto, a microcefalia não é a única anomalia, nem sequer a mais grave. Desde a decretação de emergência sanitária no Brasil, em novembro de 2015, cientistas e médicos têm constatado, em nível nunca visto, a destruição do cérebro em desenvolvimento. Chamam coletivamente as numerosas anomalias de síndrome de zika congênita, um termo genérico que inclui desde a ausência de córtex cerebral até às deformidades severas de membros e órgãos.

Independentemente da futura decisão do Supremo Tribunal Federal, entendemos que, juridicamente, não há como legalizar o aborto em caso de microcefalia pelo simples fato de não se tratar de patologia letal como também de não padecer o feto de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina. O importante é que há esperança ou expectativa de vida (*spes vitae*), exigindo, no entanto, cuidados especiais para melhorar a qualidade de vida, como terapia ocupacional, fisioterapia, estimular a fala com sessões de fonoaudiologia e medicamentos adequados.

3.3. Aborto criminoso ou provocado: modalidades

O aborto é considerado como delito de forma livre, ou seja, pode-se empregar qualquer método, forma na ação abortiva, apesar de se exigir que estas técnicas sejam capazes de alcançar o resultado almejado pelo sujeito. Certos modos como benzedeiros, curandeiras, rezas e outras semelhantes não são tidas como

idôneas a obter a finalidade abortiva, configurando crime impossível, dada a absoluta ineficiência do meio utilizado (BITENCOURT, 2011).

Em conformidade com Bitencourt:

O núcleo dos tipos, em suas três variações, é o verbo provocar, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como “em si mesma”, “sem o consentimento da gestante” e “com o consentimento da gestante”, determinarão a modalidade ou espécie de aborto, além da particular figura “consentir”, que complementa o crime próprio ao lado do autoaborto. Assim, temos as figuras do aborto provocado (autoaborto) ou consentido (duas figuras próprias); aborto consensual (com consentimento) e aborto sem consentimento da gestante. O crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo (BITENCOURT, 2011, p. 48)

O entendimento doutrinário qualifica o aborto com um delito de mão-própria (autoaborto e no consentido), uma vez que somente a grávida pode praticá-lo, sendo crime comum, de dano, material, doloso e instantâneo (BITENCOURT, 2011).

3.3.1. Aborto provocado pela gestante ou por terceiro com seu consentimento

Esta modalidade está disposta no Código Penal Brasileiro em seu artigo 124, que assim aduz: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de um a três anos” (BRASIL, 2018).

No artigo supracitado, há identificação de duas condutas por meio das quais a própria mulher grávida cessa sua gestação, ocasionando o falecimento do embrião (ou feto). No autoaborto ela por si só realiza o ver nuclear (provocar). Enquanto na parte final do dispositivo, ela tão somente anui com o abortamento cometido por terceiro (BITENCOURT, 2011).

Conforme Bitencourt:

Concluindo, a mulher que consente no aborto, incidirá nas mesmas penas do autoaborto, isto é, como se tivesse provocado o aborto em si mesma, nos termos do art. 124 CP. A mulher que consente no próprio aborto e, na sequência, auxilia decisivamente nas manobras abortivas pratica um só crime, pois provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Quem provoca o aborto, com o consentimento da

gestante, pratica o crime do art. 126 do mesmo estatuto e não o art. 124. [...] Enfim, o aborto consentido não admite coautoria entre terceiro e a gestante, constituindo uma das exceções à teoria monística da ação, que é consagrada pelo nosso Código Penal. E quem provoca aborto sem consentimento da gestante incorre nas sanções do art. 125 (BITENCOURT, 2011, p. 162)

Somado a isso, Fernando Capez disserta acerca da figura do autoaborto:

É possível a participação nessa modalidade delitiva, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto, em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado. Nessa hipótese, responderá pelo delito do art. 124 do CP a título de partícipe. Há, contudo, posicionamento na jurisprudência no sentido de que o terceiro, ainda que atue como partícipe, teria sua conduta enquadrada no art. 126 do Código Penal. Finalmente, é importante notar que, por se tratar de crime de mão própria, é impossível ocorrer o concurso de pessoas na modalidade coautoria. (CAPEZ, 2013, p. 132).

Os aludidos doutrinadores relatam sobre a Teoria Monista no que se refere ao aborto consentido, a qual fora recepcionada pelo Código Penal Brasileiro. Acerca do tema Capez elucida:

Pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, quando, por exemplo, alguém induz a gestante a consentir que terceiro lhe provoque o aborto. Jamais poderá haver a co-autoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher. Por ser crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto e logo depois o auxilia no emprego das manobras abortivas em si mesma responderá somente pelo crime do art. 124 do CP. Em tese, a gestante e o terceiro deveriam responder pelo delito do art. 124, pois a figura delitiva prevê: a) o consentimento da gestante; b) a provocação do aborto por terceiro. Contudo, o Código Penal prevê uma modalidade especial de crime para aquele que provoca o aborto com o consentimento da gestante (CP, art. 126). Assim, há a previsão separada de dois crimes: um para a gestante que consente na prática abortiva (CP, art. 124); e o outro para o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto (CP, art. 126 – aborto com consentimento da gestante). Há aqui, percebe-se, mais uma exceção à teoria monística adotada pelo Código Penal em seu art. 29, que prevê: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, ou seja, todos os participantes (coautor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime [...] (CAPEZ, 2013, p. 129)

Nos termos da Teoria Monista, cada partícipe de uma conduta delituosa será punido de um único e mesmo crime. Já a teoria dualista, autoriza uma dosagem e melhor adaptação da sanção segundo a efetiva contribuição de cada sujeito no crime (BITENCOURT, 2011).

Importante salientar que, a gravidez originada de vítima menor de 14 anos, alienada ou débil mental, representa crime de estupro com violência presumida, nos termos do artigo 224, “a”, “b” do Código Penal. Nestas hipóteses, em sendo o aborto precedido de consentimento de um representante legal, o médico o fará dentro da legalidade, com fundamento no art.128, II, da mesma norma legal, amparado no instituto da excludente de ilicitude (CAPEZ, 2013).

Todavia, será inválido o consentimento da gestante quando a prenhez decorrer de estupro com violência presumida, conforme explanado por Capez:

Assim, se, por exemplo, uma menor de 12 anos de idade, moradora de rua, que não possua qualquer representante legal, vier a engravidar, será necessária a nomeação de curador especial para a obtenção da autorização. Sem essa cautela, o aborto realizado pelo médico configuraria crime previsto no art. 125 do CP. (CAPEZ, 2013, p.137).

Portanto, cumpre reiterar que a concordância da grávida deve perdurar até o encerramento do ato abortivo, de modo que, se ela desistir da manobra, e o sujeito prosseguir, este será responsabilizado por crime mais gravoso estabelecido no artigo 125 do Código Penal (CAPEZ, 2013).

Logo, assevero que o aborto consentido e o aborto com consentimento da gestante são delitos de concurso necessário, reclamam, por último, a colaboração de duas pessoas: a gestante e o terceiro que realiza o aborto, contudo, cada um será responsabilizado por crimes distintos (BITENCOURT, 2011).

3.3.2. ABORTO PROVOCADO SEM CONSENTIMENTO DA GESTANTE

Essa espécie de aborto está regulada no artigo 125 do Código Penal, *ipsis verbis*: “Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos” (BRASIL, 2018).

Ao analisar o supracitado artigo frente aos demais já transcritos, conclui-se que a punição desta espécie abortiva é mais grave que as outras, isto porque

além de violar o direito à vida do feto e à dignidade da pessoa humana, ofende profundamente a integridade física da gestante, bem como sua dignidade.

Nesse diapasão, o estudioso Cezar Bitencourt:

O aborto sem consentimento da gestante (art. 125) – aborto sofrido - [...] pode assumir duas formas: sem consentimento real ou ausência de consentimento presumido (não maior de 14 anos, alienada ou débil mental). Nessa modalidade de aborto, a ausência de consentimento constitui elemento negativo do tipo. Logo, se houver consentimento da gestante, afastará essa adequação típica. [...] Para provocar aborto sem consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta a simulação ou mesmo dissimulação, ardil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto (BITENCOURT, 2011, p. 163).

Assim, a concordância da gestante não afasta a tipicidade da conduta, somente moverá a adequação típica para o artigo 126 do Código Penal.

3.3.3. Aborto qualificado

Em seu artigo 127, o Código Penal elenca as circunstâncias qualificadoras para as condutas criminosas disciplinadas nos artigos 125 e 126, as quais serão efetivadas da seguinte maneira: majoradas de um terço, se, em corolário do meio utilizado para o aborto, a gestante experimentar lesão corporal de natureza grave, e duplicada, se a prenhez vier a óbito. Na situação do artigo 124, as mencionadas causas de majoração citadas não serão observadas, isto porque a legislação não pune a autolesão (PRADO, 2009, p. 106-107).

Calha salientar que, nas hipóteses supracitadas, é imprescindível que o produto da concepção tenha vida, do contrário, não se falaria em crime de aborto.

No que tange a esse debate, Mirabete sustenta que pouco importa ter ocorrido prática caracteristicamente abortiva se o laudo médico pericial constatou que a gestação era inviável por se tratar de uma concepção fracassada que gerou embrião deturpado, impróprio para procriar uma nova vida (MIRABETE, 2013).

3.4. Aborto legal

O aborto legal é disciplinado no artigo 128 do Código Penal, que assim assenta:

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”. (BRASIL, 1940).

Observa-se que o Diploma Penal rechaçou a ilicitude de duas modalidades de aborto: um, por estado de necessidade; o outro, por razões sentimentais (MIRABETE, 2013). No inciso I, está presente a figura do aborto necessário ou terapêutico, o qual só ocorrerá se a gestante estiver correndo risco de vida e que não visualize outra opção de salvá-la, além da prática do aborto.

Em relação a esse contexto, argumenta Prado:

O aborto necessário (ou terapêutico) consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante. Baseia-se no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta, quando não houver outro meio apto a afastar o risco de vida (PRADO, 2009, p. 115).

No entanto, a prática do aborto deve ser efetuada por médico e, considerando que esta conduta afasta o perigo atual ou iminente à vida da grávida, o consentimento desta é prescindível para aquele (MIRABETE, 2008).

Para Noronha, “é ao médico que cabe a enorme responsabilidade de dizer se deve ou não sacrificar a *spes personae*. A ele incumbe pronunciar-se acerca da necessidade e do momento da intervenção” (NORONHA, 2010, p. 87). Desta maneira, a intervenção independerá da anuência da gestante ou do seu representante legal.

Assim, posiciona Bitencourt:

A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128 I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, parágrafo 3º (intervenção médico cirúrgica, justificada por iminente

perigo de vida). Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III, 1º parte), pois, na condição de garantidor, não pode deixar parecer a vida da gestante (BITENCOURT, 2011, p. 142).

Na hipótese do aborto ser praticado por terceiro, que não seja legalmente habilitado, também haverá a eliminação da ilicitude, fundamentando-se no estado de necessidade (artigos 23 e 24 do Código Penal), o qual imprescindivelmente exige o perigo atual para a vida da grávida (MIRABETE, 2008).

Nota-se que o legislador penal, no inciso I do art. 128, não penaliza o abortamento somente quando a gestante corre risco de vida. Já se advir lesão, mesmo que seja de natureza grave, quem o fizer enquadrar-se-á no que prevê o artigo 125 do Código Penal, quer dizer, aborto cometido por terceiro (PRADO, 2009, p. 106).

Outra situação que permite o aborto está presente no inciso II, conhecido como aborto sentimental, humanitário ou ético. Refere-se àquele aborto realizado na hipótese de gravidez proveniente de estupro. Assim, nos dizeres de Pedroso, entende-se por estupro: “a conjunção carnal obtida com mulher através do emprego de violência ou grave ameaça. E o coito vaginal violento” (PEDROSO, 2012, p. 136).

Bitencourt a respeito desta tipologia preconiza que: “O aborto humanitário, também denominado ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização” (BITENCOURT, 2011, p. 149).

Somente é permitido o aborto sentimental com a anuência da parturiente ou do seu representante legal, esta exigência importante para que a conduta do médico não seja revestida de criminalidade. (PRADO, 2009).

Desse modo, nota-se que, em face das extremidades morais e psicológicas que a grávida sofre em razão de um do estupro, não resta outra opção senão cessar a gestação. Portanto, é uma conduta preenchida de legalidade, considerando que o fato de obrigar a grávida a continuar com a gestação e a criar um filho que não foi desejado estaria diante de uma nova violência.

Nesse sentido, Prado leciona que:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento. (PRADO, 2009, p. 110).

Ademais, deve ser conduzido a concepção com a intenção de consentir com o emprego da analogia no caso de uma gestação resultante de atentado violento ao pudor. Nesse caso, a gravidez, seria em razão de um ato libidinoso, distinto da conjunção carnal. Logo, justificam-se as mesmas motivações psicológicas para a gestante realizar o aborto.

3.5. Perspectivas no direito civil

A palavra aborto vem do latim ab-ortus que significa privação do nascimento a interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, tendo como resultado a destruição do produto da concepção (PIERANDELI 2015, p.109).

Assim se dá a conceituação de aborto, prática, fruto de intensos debates na atualidade. Seja por fulcro nos direitos que o feto possui ou vem a possuir, ou a questão metafísica de onde se inicia a vida humana. Um fator importante a ser discutido é sobre um aborto com raízes socioeconômicas, ou seja, um aborto pela hipossuficiência, onde o nascimento de uma criança pode resultar na incapacidade econômica de manter tal nascituro.

Há quem ache que seria legítima uma atitude pró-aborto baseado em necessidades de caráter social, econômico e político, como o perigo de explosão demográfica ou superpopulação, risco de uma humanidade faminta e a existência de mulheres de baixa renda, que se socorrem do aborto clandestino sem qualquer garantia de higiene, arriscando sua vida, pois as mais favorecidas economicamente podem contratar serviços abortivos seguros. Diante de tudo isso entende que só haverá um meio para solucionar tantos problemas: a legalização do aborto para todos os casos. Assim, pretendem proteger a humanidade marginalizada ou mais carente, assegurando sua vida e saúde (DINIZ, 2001, p. 74).

O aborto existe na sociedade vivendo de forma marginalizada, com o conhecimento do Estado. Onde aquelas gestantes que não têm possibilidade de

contratar serviços abortivos seguros, recorrem aos meios clandestinos que põem em risco a vida dessas mulheres, assim como pode ocasionar em um aborto mal sucedido com resultados danosos a uma criança que conseguirá nascer, porém em virtude de um aborto clandestino sem sucesso, esta poderá apresentar deformidades e problemas que ocasionarão a genitora hipossuficiente problemas de ordem econômica, que se vislumbram incapazes de ser tratados ou sanados, em virtude da impossibilidade pecuniária familiar.

Além disto, o aborto pode se dar de maneira ideológica, por livre convicção da gestante que acredita que pode deliberar como bem entender sobre questões que dizem respeito ao seu próprio corpo. Esse argumento é fundado na ideia de que deve ser admitida a sua legalização, porque o feto não merece qualquer consideração cultural de ser humano, por ser parte do organismo da gestante, que tem direito à livre disposição de seu corpo. Se a mulher é dona de seu corpo, também o é do feto, que dele faz parte, poderá dispor como e quando quiser. (DINIZ, 2001, p.68).

Justifica-se pelo fato da mulher não desejar ter uma interferência externa em seu próprio corpo. Achando-se capaz de deliberar livremente acerca do aborto, por se tratar de um nascituro que só virá à vida pelo consentimento da gestante.

No útero a criança não é uma pessoa se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento, para saber se algum direito ou pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma a personalidade começa. (MIRANDA, 1983, p. 162).

A ideologia varia entre as gestantes, há quem seja favorável ao aborto por entender que o feto não apresenta vida no momento em que este é retirado do ventre materno, também existe a gestante a favor do aborto simplesmente pelo fato de entender que o feto é uma ramificação do seu corpo, logo podendo dispor livremente deste. A interferência da religião no Estado laico brasileiro é tão grande, que pese “a campanha política que precedeu o segundo turno das eleições presidenciais de 2010, no Brasil, teve o aborto como um dos temas centrais” (CARVALHO, 2011, p.121). Onde tal debate partia do ponto em que o candidato que apoiasse o aborto estaria contrário a ordem pública.

O aborto pode ser de maneira Eugênica, ou eugenésico. Aquele que se define como “o executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais” (MIRABETE, 2002, p. 100).

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

Assim, a se filiar em hipóteses sem maiores possibilidades de comprovação, preferível é que se permita a evolução do embrião. Casos há, com efeito, em que o embrião se desenvolve normalmente e, em parto regular, torna-se um ser perfeitamente apto a preencher seu lugar na sociedade, contra todas as indicações médicas, contra todos os antecedentes 36 familiares. Não se pode aceitar indicar o abortamento em condições de tamanha incerteza. (FERNANDES, 1972, p. 48).

Nesta perspectiva, o aborto eugênico seria aquele que visa interromper o nascimento do feto que demonstre por meio de exames pré-natais futuras anomalias graves, sejam estas físicas ou mentais, que acarretem transtornos e prejuízo certo ao feto e aos pais.

Há, uma tendência à discriminação do aborto eugênico em hipóteses específicas. Como o válido o argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), abertura da parede abdominal e síndrome de down (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos). A inviabilidade da vida extrauterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa. (GARCIA, apud, MIRABETE, 2002, p. 100).

Tal aborto também não é permitido no Brasil, porém a ideia reguladora para que este existisse seria com base nos diagnósticos de pré-natal, onde o feto não seria abortado por qualquer doença, mas sim aquelas que acarretem graves anomalias e incompatibilidades com a vida humana.

É também, de suma importância a figura do aborto privado, que não decorre de causa médica, espiritual ou legal, mas sim na concepção individual e subjuntiva da gestante ou do casal. Não importando o que leva a gestante a tal decisão, apenas que o fim é o de abortar. Podendo se dar por diferentes motivos, como exemplifica Maria Helena Diniz:

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

Porém, é de suma importância destacar que o aborto no Brasil é permitido em três hipóteses, duas delas estão presentes no artigo 128 do código penal: “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”. (BRASIL, 1984).

Sendo o inciso primeiro o aborto necessário ou terapêutico, aquele pelo qual um médico profissional recorre ao aborto por ser o único meio de salvar a vida da gestante. O inciso segundo é chamado pela doutrina como aborto sentimental, aquele decorrente de uma gravidez resultante de um estupro. Onde a mulher teria de suportar uma gestação muitas vezes traumática, pelo qual se originaria uma vida oriunda de um crime, no caso, de estupro. É feito por médico, porém somente se houve consentimento da gestante, ou se esta for incapaz, de seu representante legal.

A outra possibilidade de aborto no ordenamento brasileiro é oriunda de uma decisão polemica do STF, onde o aborto de feto anencefálico foi descaracterizado da tipificação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal conforme ementa abaixo:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)”.

Sabe-se que o feto anencefálico é aquele que não apresenta cérebro, mesmo sendo biologicamente vivo este é juridicamente morto. Logo não pode ser defendido pelo tipo penal, que tem como objetivo proteger a vida, pois tal feto anencefálico não possui juridicamente uma vida. Diferentemente do que ocorre em qualquer outro tipo de aborto, no caso de feto anencefálico, não existe vida em potencial a ser protegida. Porém, embora não exista vida para a ciência, os grupos religiosos se manifestaram contra tal deliberação.

Sobre este julgado, é importante informar que a atuação de grupos religiosos se mostrou maciça no sentido de impedir a permissão do aborto de fetos anencefálicos, sob o argumento de que a vida gestada deve ser preservada, independentemente das condições psicológicas da mãe. (CARVALHO, PEREIRA, RODRIGUES, 2016, p.16).

Contudo, cabe à genitora a decisão se irá ou não interromper a gestação, sem que isso implique em sanção penal para esta. Já que nada impede que a mãe opte por continuar com a gestação do feto anencefálico, isto caberá estritamente a ela em virtude de seus valores ideológicos.

Destarte, sabe-se que o aborto é no Brasil grave problema de saúde pública. Que mesmo este não sendo permitido, é feito às margens da sociedade; alguns por médicos, em clínicas especiais, cobrando altos preços. Já, outros, por pessoas não especializadas e de maneira clandestina e sem nenhum tipo de higiene, o que acaba muitas vezes sendo fatal para a gestante que escolheu interromper tal gravidez.

Pode-se discordar a respeito de se um feto é ou não uma pessoa de muitas maneiras. No entanto, mesmo que pudéssemos concordar com respeito à questão metafísica de quais são as condições necessárias e suficientes para ser uma pessoa, e pudéssemos concordar sobre a questão factual acerca de o feto

satisfazer ou não essas condições, nós ainda assim não poderíamos concluir que o aborto é aceitável ou inaceitável moralmente. Note-se que nenhum dos dois argumentos abaixo é válido: A. um feto é uma pessoa a partir do momento da concepção. Portanto, o aborto é sempre moralmente inaceitável. B. Um feto não é uma pessoa em qualquer estágio do seu desenvolvimento. Portanto, o aborto é sempre moralmente aceitável (DWYER, 1998, p. 128).

Partindo dessa linha de raciocínio, não se pode limitar a questão se há vida ou não no feto, se já constitui direitos ou não. Na medida em que o direito a vida no ordenamento brasileiro é ilusório, não sendo este absoluto. Pois, em nosso ordenamento, assegura-se o direito à propriedade, e para que seja garantido tal direito é possível que se mate alguém, caracterizando a legítima defesa da propriedade.

O *caput* do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, nos apresenta o seguinte texto: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL, 1988).

Contudo, a não legalização do aborto no Brasil não impede que este exista e seja feito com constância, apenas impede que seja feito de maneira higiênica e com a aparelhagem necessária.

Assim, continuará a existir às margens da sociedade, onde de forma clandestina será feito. Quem detém poder econômico maior fará em clínicas especiais, cercadas estas mães de aparatos cirúrgicos. Enquanto, as gestantes com poucos recursos econômicos eram expostas a indivíduos sem nenhum tipo de instrução, sem os mínimos aparatos, com riscos grandes a saúde da mãe. Possibilitando também um aborto frustrado, podendo gerar deformidades ao feto, que virá a vida com deficiências que não eram pré-existentes, mas sim fruto de um aborto mal sucedido.

No Brasil, tendo como base o Código Civil de 2002, no seu artigo 2º, que transcreve praticamente o teor do art. 4º do Código Civil de 1916, a seguir: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. (Vade Mecum, 2012, P. 149)

Especificamente na esfera cível, em relação ao aborto, a celeuma gira em torno dos interesses do nascituro. De acordo com Chinelato, nascituro: é a “pessoa

[...] já concebida no ventre materno, a qual é conferida todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz” (ALMEIDA, 2000).

Conforme Maria Helena Diniz:

Nascituro é aquele que [...] na vida intrauterina tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneceriam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (DINIZ, 1998, p. 56).

Assim, em que pese o nascituro não ser detentor de personalidade jurídica propriamente dita, a qual só se dá após seu nascimento com vida, a ele é assegurado o direito inalienável de nascer, vir ao mundo, preocupando-se a Constituição Federal em elencar o direito à vida como sendo fundamental. Logo, a proteção se inicia a partir da concepção, e não após o nascimento, buscando uma proteção mais ampla do nascituro.

Em relação ao início da personalidade jurídica, inúmeros são os debates sobre o início da vida, da personalidade da pessoa e sua identificação, como sujeito de direitos. Dentre as várias teorias emanadas para solucionar o empasse, no Brasil, três se despontaram, quais sejam:

A primeira, teoria natalista, afirma que o nascituro possui mera expectativa de direito, só fazendo jus à personalidade após o nascimento com vida (art. 2º, 1ª parte do CC/02). Esta teoria é a que possui mais adeptos na doutrina, dentre eles autores como Silvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Silvio de Salvo Venosa. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (2005) LFG citado por Patrícia A. de Souza, (2009).

A segunda, teoria concepcionista, assegura ao nascituro, personalidade humana, desde a concepção, possuindo, assim, direito à personalidade antes mesmo de nascer. Sendo assim na qualidade de pessoa, o nascituro seria considerado sujeito de direitos pela sociedade, tendo seus direitos resguardados pela Lei.

A terceira, teoria da personalidade condicional, argumenta que a personalidade se adquire na concepção; por isso, o nascituro tem personalidade; contudo, ela está sujeita à condição suspensiva, o que apenas garante ao nascituro a expectativa de direito (PINTO, 2017, p. 24).

Embora haja a supracitada divergência doutrinária acerca da personalidade jurídica do nascituro, as teorias em unanimidade reconhecem a proteção dos interesses e garantias do nascituro.

3.6. O aborto sob a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais

As garantias constitucionais do homem constantes na Constituição Federal vigente abarcam os direitos individuais, políticos e sociais que originam de um movimento de constitucionalização iniciado nos primórdios do século XVIII, encontrando-se agregado ao patrimônio comum da humanidade e legitimados internacionalmente desde a Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

As garantias e direitos fundamentais estão disciplinados no Título II da Carta Magna de 1988, dividindo-se em cinco capítulos a saber: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III- Da Nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos, e V – Dos Partidos Políticos.

Enquadram-se como direitos fundamentais aqueles que são imprescindíveis à pessoa humana, essenciais para resguardar a todos uma vida digna, livre e igualitária, assim como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, incluídos na Constituição Federal de 1988, caput do artigo 5º.

Assim, é possível aduzir que o Direito, em um Estado Democrático de Direito, não cumpre mais apenas uma função de ordenação (como na fase liberal), ou meramente de promoção (como na fase do Estado de Bem estar Social), sendo “além de um Plus normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que propulsiona o processo de transformação da realidade” (STRECK, 2008).

Em observação à Constituição Brasileira, denota-se que o Estado Democrático de Direito resulta a realização de uma política de atuação que tenha como fundamentos a liberdade e a dignidade da pessoa humana não podendo menosprezá-los a ponto de transformar as pessoas em apenas instrumentos ou sujeitos de tutela. Destarte, importante asseverar que a pessoa deve ser identificada como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias.

Com a finalidade de controlar a atuação excessiva ou omissiva do Estado, tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais resguardam e promovem a dignidade da pessoa humana. Nessa conjuntura, Sarlet (2009, p.39) perfilha que a despeito da controvérsia doutrinária que busca diferenciar os direitos humanos dos

direitos fundamentais, não se pode perder de vista a “íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tendo em vista que a grande parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos variados documentos internacionais e regionais que as sobrevieram”.

Na visão de Canotilho (2003, p. 333), as expressões “direito do homem” e “direitos fundamentais”, são diferentes, no sentido de que os direitos do homem são os direitos de todas as pessoas, um direito natural, assegurado *ad eterno*. De outro lado, os direitos fundamentais são esses direitos de todas as pessoas delimitados em um lapso temporal. Isto é, os direitos fundamentais consistiriam em direitos naturais positivados.

A vida é igual para todos os seres humanos. Como então se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular pra consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se. A descriminalização do aborto não seria uma incoerência do sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico de qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio seria superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar da escala de valores? A vida extrauterina teria um valor maior que a intrauterina? Como se poderá falar em direitos humanos se não houver a preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer? (DINIZ, 2010, p. 123).

Nesse contexto, se examinarmos historicamente a luta pela proteção dos direitos humanos na esfera internacional, pode-se entendê-la a partir de dois processos diversos de afirmação histórica. O primeiro processo reporta-se à luta pela proteção do homem genérico – do homem enquanto homem -, tendo como documento legal mais importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (BEDIN, 2011, p. 35). O segundo processo refere-se à luta pela proteção do homem específico, tomado na sua pluralidade de status social, o que não autoriza semelhante tratamento e igual proteção a todos (BOBBIO, 1992, p. 35).

No próximo capítulo, o estudo se direcionará para o cerne do presente trabalho, isto é, verificará o entendimento predominante aplicado no sistema jurídico brasileiro quando o tema é aborto, e, assim, responder a problemática suscitada nessa pesquisa acadêmica.

4. INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

No Brasil as discussões sobre a legalização do aborto pairam sobre o ordenamento jurídico há certo tempo, assim como a possibilidade de ampliar o rol de justificativas para o aborto, o fato é que esse debate está longe de chegar ao fim já que o país ainda mantém uma mente um pouco arcaica, principalmente quanto à vontade da mulher em não prosseguir com uma gravidez, fazendo essa interrupção de forma legal sem qualquer penalização pela escolha da gestante.

Todavia, embora exista uma massa grande em favor da descriminalização do aborto como forma de aceitar a autonomia e vontade da mulher, seja na esfera doutrinária ou do poder judiciário, atualmente, não há nenhuma conclusão do assunto que autorize as mudanças na legislação sobre o tema em comento.

Um dos principais argumentos para a descriminalização do aborto é o fato da mulher se encontrar impedida de proferir decisões do seu próprio corpo, assim, contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição ao aborto afronta o direito a vida, a saúde, a autonomia e a liberdade da gestante. Doutro lado, os defensores do aborto intercedem pela vida do nascituro, e, considerando que a maioria das justificativas é de ordem religiosa, eles consideram o aborto como um crime de homicídio. (MATIELO, 2014).

No entanto, considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, deve-se alcançar uma solução para sanar a colisão de direitos e garantias fundamentais das pessoas que estão envolvidas nesse empasse crítico, motivo pelo qual se justifica o presente estudo, que tem como objetivo analisar os direitos relacionados à mulher no que tange o conflito sobre seus direitos e a criminalização do aborto.

Diante do exposto, esse capítulo tem a finalidade de expor sobre a interrupção voluntária da gravidez, apontando a violação da autonomia de escolha e a integridade física e psíquica da mulher. Pretende-se ainda analisar o HC 124.306/2016, para que ao final dessa pesquisa, após a construção de uma bagagem sobre o assunto possamos concluir pelo crime ou liberdade de escolha da mulher.

4.1. Violação à autonomia de escolha da mulher

Esse tópico é de suma importância para a construção da ideia a qual se pretende demonstrar ao final desse trabalho, trataremos sobre a liberdade de escolha da mulher na condição de ser humana, que possui o dom de reprodução e perpetuação da espécie humana. A autonomia reprodutiva da mulher está respaldada pelos direitos fundamentais, a qual tutela sua liberdade em resolver pelo momento de reproduzir-se.

Em primeiro lugar, a criminalização do aborto trespassa, a autonomia da gestante, que condiz ao principal núcleo da liberdade individual, a qual está prevista e protegida pela Constituição Federal em seu art. 1, III, por meio do princípio da dignidade humana.

Por autonomia, entende-se a autodeterminação dos indivíduos, ou seja, o direito das pessoas fazer aquilo que deseja, tendo escolhas próprias, a faculdade de elas decidirem e tomarem as próprias decisões em todos os sentidos da sua vida.

Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. (TORRES, 2010, p. 101).

A autonomia relacionada à mulher, numa ideia central corresponde o seu poder de comandar seu próprio corpo, bem como realizar deliberações relativas, até mesmo sobre a de interromper ou não seu estado gravídico.

Como pode o Estado – isto é, um Delegado de Polícia, um Promotor de Justiça ou um Juiz de Direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que leve esta gestação até o fim mesmo contra a sua vontade? Isso significaria considerar como se este útero estivesse a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida. (MIRANDA JUNIOR, 2012, p. 45).

A Constituição Federal de 1988 determina que: “art. 50, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. De acordo com a carta magna, toda conduta que não estiver descrita no ordenamento

jurídico como proibida ou obrigatória, será permitida segundo o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, todas as pessoas têm liberdade em fazer ou não aquilo que desejam com observância das restrições e determinações legais. (BRASIL, 1988).

Sobre o assunto, José Afonso Silva leciona que:

É na liberdade que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários a realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais a liberdade conquista. (SILVA, 2008, p. 86).

O direito que foi consagrado à liberdade pela Constituição Federal, é descrita de várias formas, observando sempre que a pessoa como componente de uma sociedade recebe influência. Assim, o direito a liberdade representa uma definição muito vasta, a qual alcança um leque de direitos, como por exemplo, a liberdade religiosa, a liberdade de consciência, a liberdade civil, a liberdade de imprensa, a de pensamento, a liberdade individual, entre outras.

Nas afirmações de Novaes: “o estado democrático de direito brasileiro é comprometido com o respeito ao direito de liberdade, pois a liberdade não vive sem democracia, nem a democracia sobrevive sem a liberdade”. (NOVAES, 2002, p. 86).

Ademais, cabe ao Estado à responsabilidade de zelar pela liberdade individual de cada pessoa, liberdade inclusive dos direitos reprodutivos e sexuais, como centrais da democracia. Diante desse cenário de liberdade, em que a mulher tem o direito de resolver pelo seu corpo e suas vontades, em face da confirmação de uma gravidez ela poderá escolher de acordo com sua autonomia reprodutiva, resolvendo pela continuidade ou não da prenhez.

Considerando uma gravidez, a mulher terá abalada sua integridade mental e física já que o corpo passará por várias mudanças em razão da gestação. Ademais, tem ainda o estado emocional da gestante que também sofre perturbações diante de uma responsabilidade que nascerá.

Assim, considerando todo o exposto, conclui-se esse tópico afirmando que a mulher é quem deve tomar as decisões pertinentes ao momento ou não de ter um filho, assim como a decisão pelo prosseguimento ou não da gravidez, considerando a sua liberdade e autonomia de escolha assistida pela Constituição Federal.

4.2. Violação a integridade física e psíquica da mulher

Como mencionado previamente no tópico anterior, ainda temos de outra banda, o abalo da integridade psíquica e física da mulher com a criminalização do aborto.

A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pelo fato de ela estar sendo obrigada a assumir uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. (MIRANDA JUNIOR, 2012, p. 47).

É abalada a integridade física em razão das mudanças que passara seu corpo, ou seja, os riscos, as inúmeras transformações, em detrimento de uma gestação. Assim, a condição vista por muitos quando desejam uma gravidez como uma bênção, em momento de uma gravidez indesejada transmuda-se em um tormento. (SILVA, 2008).

Assim, alguns doutrinadores entenderiam que conceber uma criança por uma determinação do diploma penal seria uma violação grave a integridade psíquica e física da mulher.

4.3. O Aborto e o HC 124.306/2016

O STF – Supremo Tribunal Federal em um julgamento de um HC no ano de 2016, através da Primeira Turma removeu a prisão preventiva até então determinada para a pessoa de E.S. e R.A.F., ambos foram denunciados pelo promotor de justiça do Rio de Janeiro em razão do cometimento do crime de aborto supostamente com o consentimento da mulher nos termos do código penal, artigos 126 e 288.

Através do Habeas Corpus (HC) 124306 a decisão foi tomada. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso que também votou favorável, atingindo assim a maioria dos votos, visto que não se encontravam no caso presente os requisitos que

permitem a prisão cautelar da mulher, já que é totalmente incompatível criminalização do aborto com muitos direitos fundamentais da pessoa, principalmente dos direitos reprodutivos e sexuais, além da autonomia da gestante, considerando sua a integridade psíquica e física e também o princípio da igualdade, vejamos o julgado:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residências fixas têm comparecido aos atos de instrução e cumprirá pena em regime aberto, na hipótese de condenação A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 1261 (aborto) e 2882 (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta”. (BRASIL, 2016).

O Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ concedeu na data de 21.03.2013, liberdade provisória aos pacientes a duas pessoas que foram denunciadas pela prática de aborto. No entanto, no dia 25.02.2014, a mesma câmara criminal formulou um RESE - recurso em sentido estrito patrocinado pelo promotor de justiça do estado, a fim de determinar o cárcere preventivo dos

pacientes, sob a justificativa da necessidade de garantir a aplicação da legislação penal bem como zelar pela ordem pública.

Sequentemente, através de um HC a defesa seguiu com sua intervenção no Supremo Tribunal Federal, o qual não foi reconhecido pela soberana Corte. Assim, no habeas corpus de número 124.306 o qual teve como relator o ministro Marco Aurélio, os impetrantes arguíram pela falta dos critérios exigidos nos termos do art. 312 do CP para se determinar a prisão preventiva. Sustentaram ainda pelos bons antecedentes e por serem primários os pacientes, que também possuem residência fixa e trabalho no distrito da culpa, entre outros requisitos ausentes que conclamaram a revogação da prisão preventiva, expedindo assim o alvará de soltura para ambos.

O Ministro Marco Aurélio, após início da sessão julgadora, votou pela admissão do HC, assim como pela outorga da ordem para abduzir a custódia provisória, com base na liminar que já havia sido deferida anteriormente.

Ainda no habeas corpus, verificou-se a violação a autonomia da mulher:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Em segundo lugar, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. (BRASIL, 2016).

Diante do HC, o ministro Barroso pontuou sobre a necessidade de verificar a própria constitucionalidade do tipo penal atribuído aos denunciados. “No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”, pronunciou. (BARROSO, 2016).

Segundo o ministro, é relevante o bem jurídico protegido do crime, ou seja, a vida do feto, no entanto, continuando o aborto se adotado como crime antes de chegar ao fim o primeiro trimestre de gestação vê a transgressão a vários direitos fundamentais inerentes a mulher, ademais não se olha de forma razoável o princípio da proporcionalidade. Assim, de acordo com o ministro, considerando os bens jurídicos que sofreram violação, vislumbrou o direito à integridade física e psíquica, a autonomia da mulher, os direitos reprodutivos e sexuais femininos, e principalmente a igualdade de gênero, sem dizer, é claro, do preconceito da sociedade e a colisão desigual da criminalização que recai sobre as mulheres menos favorecidas economicamente.

O relator recomendou ainda que seu discurso não tinha o cunho de defender e apoiar a disseminação da prática, esclarecendo ainda que o procedimento deveria ser raro e seguro. Justamente daí a necessidade da presença do Estado quanto a prevenção, através da oferta de uma orientação sexual, e disponibilizar meios contraceptivos que possam prevenir uma gravidez indesejada, fazendo tal método chegar inclusive aquelas mulheres que desconhecem essa possibilidade.

4.4. Colisão entre os direitos fundamentais a vida e a liberdade de escolha

Os adeptos da descriminalização do aborto sustentam sua fundamentação basicamente no reconhecimento da garantia à liberdade sexual e fecúndia da mulher. Objetivam fixar uma maneira em que seja possível a mulher exercer o comando sobre o seu corpo e ter livre arbítrio para definir se prossegue ou não com a gestação, seja por motivos do seu projeto reprodutivo e familiar, ou por pretextos econômicos ou pelo feto possuir degenerações. Ademais, entendem que aquelas que decidem abortar, deverá fazê-lo de modo seguro, de maneira que busque a minimização dos riscos de morte, danos físicos, sequelas e danos

psicológicos advindos de abortos inseguros e mal efetivados. Afinal, isso tudo está ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de jeito que a gestante tenha essa garantia e princípios medulares assegurados a si nesse assunto tão melindrosos.

Na visão de Barroso, o princípio da dignidade da pessoa humana detém status constitucional e que insere na órbita jurídica preceitos morais e políticos basilares. Deste modo, a dignidade passa a agregar a maioria das garantias fundamentais, servindo como nascedouro e núcleo primordial de normas que recaem sobre normas concretas, ainda que essas não sejam vedadas explicitamente, restando-se que, se realizadas, são ilegítimas, uma vez que pois ofendem o princípio substancial da dignidade da pessoa humana. Portanto, aludido postulado virou-se um dos avantajados consensos éticos da região ocidental, com definição ampla e passando a ser fonte de resolução de conflitos e de atendimento e tutela de interesses (BARROSO, 2013).

Diante disso, apesar de o princípio da dignidade da pessoa humana ser buscado como forma para se permitir o aborto em benefício da gestante, o próprio princípio também é invocado para se proteger a vida intrauterina. Sob a ótica do Pró-vida, a dignidade da pessoa humana do feto cinge-se ao direito fundamental e vital do ordenamento jurídico do Brasil, qual seja, o direito à vida. Nesse sentido, nota-se que os demais direitos materialmente fundamentais emanam da dignidade da pessoa humana e exigem tutela máxima, sendo irrelevante seu posto formal (BARROSO, 2013). Os mencionados princípios, classificam-se em extensões, sendo mais robusto entre os doutrinadores os de primeira a terceira geração e o de quarta inserido por poucos autores (BARROSO, 2013).

Dos supracitados preceitos surgem princípios e garantias fundamentais, que constitui o valor inerente da dignidade. Assim, o autor Barroso expõe os a seguir:

- a) Direto à vida: todos os ordenados jurídicos protegem o direito à vida. Como consequência, o homicídio é tratado em todos eles como crime. A dignidade preenche, em quase toda sua extensão, o conteúdo desse direito. Não obstante a isso, em torno do direito à vida se travam debates de grande complexidade moral e jurídica, como a pena de morte, o aborto e a eutanásia;
- b) Direito à igualdade: todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente da raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição.

Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento de uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros; c) Direito à integridade física: desse direito decorrem a proibição de tortura, do trabalho escravo, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. É aqui que se colocam debates complexos como os limites às técnicas de interrogatórios, admissibilidade da prisão perpétua e regimes prisionais. E, também, do comércio de órgãos e das pesquisas clínicas; d) Direito à integridade moral ou psíquica: nesse domínio estão incluídas a privacidade, a honra e a imagem. Muitas questões intrincadas derivam desses direitos da personalidade, nas suas relações com outros direitos e situações constitucionalmente protegidas. Têm sido recorrentes e polêmicas as colisões entre a liberdade de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à privacidade e à imagem, de outro. (BARROSO, 2013, p. 275)

Ditos princípios são essenciais e intrínsecos ao ser humano, sendo requisitos para exercitar sua liberdade, deixando por conta dele os destinos da própria vida e da livre evolução de sua personalidade, valores culturais, morais, afetivos, políticos, religiosos, dentre outros. Para Barroso, essa autonomia não pode sofrer interferências externas indevidas e não podem ser retiradas do cidadão sem que haja violação de sua dignidade. Sendo assim, a criminalização do aborto configuraria violação da dignidade da mulher, tendo em vista que ela estaria impedida de desfrutar livremente da sua autonomia para exercitar seus direitos à igualdade, à vida, à integridade moral, física, e psíquica. Em contrapartida, existe a figura do Estado que é incumbido de resguardar os interesses da integralidade dos indivíduos da comunidade, sobretudo os interesses dos que não podem defender-se por conta própria (DWORKIN, 2003).

Conforme lecionado por Moraes, se o Estado garante direitos ao nascituro e o exercício de todas as garantias pende essencialmente do direito à vida, como o legislador se isentará de tal efetivação? Como se omitirá de resguardar o direito à vida de um ser humano em constituição? Desta forma, ocorre um desrespeito também à dignidade do feto, ou seja, da vida intrauterina (MORAES, 2013).

Logo, fica evidente o permanente confronto de princípios e interesses, observamos de um lado o anseio da mulher na constante demanda pela igualdade e pelo exercício absoluto de sua dignidade no estado democrático de direito. De outra parte, os que escudam a vida, especialmente a que está em geração e detentora de

direitos a partir da concepção, a qual nem mesmo pode livra-se das condutas abortivas que a conduzirá ao falecimento. Nesse aspecto, emana o método da ponderação, que é a valoração dos princípios e averiguação de qual predomina em cada situação concreta.

Em tempo, saliento que o tópico ora analisado contribui para a solução da problemática deste trabalho, de modo que confrontou os principais fundamentos usados pelos movimentos pró e contra o aborto.

4.5. Aborto: um delito ou uma liberdade de escolha?

O capítulo final do trabalho abordará com maior afinco o cerne da problemática, pois buscará elucidar com maior exatidão o tratamento jurídico dispensado à prática do aborto.

Há uma enorme polêmica no Brasil quando abordamos a questão da autorização legal do aborto, seja pela sociedade política, civil ou pela religião, mesmo com as causas mencionadas sua permissão, em certas hipóteses, um número considerável de mulheres busca variados meios alternativos para praticar o aborto. Logo, como um percentual da sociedade entende que deveria ser uma liberdade da prenhez realizar ou não realizar o abortamento, ainda que mantendo a realização ilegal, não impediria a prática do aborto clandestino (CAPEZ, 2015).

Aliado a isso, Greco diz: “Talvez o aborto seja uma das infrações penais mais controvertidas atualmente” (GRECO, 2007, p. 237/238).

Em verdade, desde muito tempo que a discussão em torno da matéria da legalização do aborto é alvo de deliberações. O que ocorreu é que a sociedade desenvolveu e o direito sobre essa matéria ficou a deriva na órbita jurídica.

Aliás, a maioria das mulheres, até as adolescentes realizam o aborto ilegal através de medicamentos com potencial abortivo, dentre eles o Misoprostol, o qual é que é desautorizado a partir do ano de 1991. Inclusive, esse fármaco assim como os outros, detém capacidade para ocasionar não só a morte da grávida, mas também propiciar má formação do feto e inúmeros outros danos. Com efeito, como corolário é a enorme preocupação quanto aos efeitos advindos da legalização ou não da prática abortiva (GRECO, 2007).

Entretanto, essa apreensão da legalização do aborto não pode se restringir somente a essa temática, isto é, risco de morte da prenhez e o inadequado

desenvolvimento do feto. Muito pelo contrário, o aborto se mostra como uma questão bem mais complexa que não permite limitação em um campo social.

Nessa lógica, ensina Gomes:

No Brasil, uma mulher faz aborto a cada 33 segundos e a prática insegura mata uma delas, a cada dois dias (O Globo de 10.10.10, p. 3). Muito raramente morre, por essa causa, uma mulher rica. As mortes, aqui, atingem quase 100% as mulheres pobres. 71% dos entrevistados pelo Datafolha querem que a lei continue como está (Folha de S. Paulo de 11.10.10., p. A8). 79,2% dos juízes entrevistados pela Unicamp optaram pelo aborto diante de uma gravidez indesejada. 74% das juízas entrevistadas já fizeram aborto (Folha de S. Paulo de 10.10.10, p. C6). Milhões de abortos são feitos diariamente no mundo. Milhares de pessoas estão vivendo esse drama neste momento. Abortar ou não abortar? O dramático tema do aborto está agora na pauta política. A pobreza do debate político só perde para a indignação generalizada do seu povo. Nem tanto ao mar nem tanto a terra. A vida é uma premissa indiscutível. Preservá-la constitui nosso primeiro dever. Mas, existem muitas situações extraordinárias em que ela se torna insustentável. A vida já não pode ser vista sob os dogmas absolutos. A chave jurídica da questão é a seguinte: "Ninguém pode dela ser privado arbitrariamente" (art. 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos). Isso significa que, no Brasil, o debate sobre o aborto só pode ser travado dentro da equação regra-exceções. (GOMES, 2016, p. 142).

Destarte, é de sabença geral a triste realidade presenciada no Brasil, que grávidas realizam o aborto de forma ilegal, conforme se visualiza, os dados são alarmantes, originando muitos óbitos. Todavia, não é possível precisar com exatidão o número exato de referidas práticas, até porque, a sociedade brasileira até então não consegue ter uma instrução ampla quanto ao assunto, e deste modo, não conseguindo comportar com o cenário, que algumas vezes, termina maculando a figura da mulher perante a comunidade, e ocasiona um experimento emocional por demais desagradável que pode lesionar e deixar traumas permanentes na gestante (ARAÚJO, 2013).

Argumenta Mirabete:

Apontam-se várias razões para a liberação do aborto: um país não pode manter seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento; a ameaça penal é ineficaz porque o aborto raramente é punido; a proibição leva a mulher entregar-se a profissionais inescrupulosos; a mulher tem o direito de dispor do próprio corpo etc. Atualmente, grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria,

Hungria, Japão, Estados Unidos etc.). O Código Penal brasileiro não contempla sequer o chamado aborto honoris causa como tipo de crime privilegiado (MIRABETE, 2010, p. 57).

A sustentação exibida pelo autor Mirabete é relevante na porção em que afirma que a ameaça penal não possui a finalidade de coibir completamente o aborto, sobretudo porque levaria as mulheres a procurarem formas alternativas para efetivar o aborto, quer dizer, o aborto sucederá de todo jeito, contudo de método clandestino.

Em 1973, a Corte Suprema dos Estados Unidos, com base na privacy, decidiu pela legalidade do aborto até os três primeiros meses da gestação. A liberação do aborto desde o ano de 1967, supracitada permissão abortiva a partir dos anos de 1967, apressou a inclinação nos países. Nesse aspecto, a doutrina nacional salienta que são desacertadas as normais que são demasiadamente restritivas, tendo em vista que conduzem à execução dos abortos ilícitos. Assim, o Código Penal é guiado ao menoscabo, já que tais leis não poderão ser impostas pela não podem ser compulsoriamente impostas pela autoridade. Por conseguinte, as desigualdades sociais são aumentadas e discrimina os mais pobres (COSTA JR, 2007).

Assim, ensina Costa Júnior:

Nas legislações atuais, há três tendências. Uma bastante restritiva, como se faz notar no Código Penal vigente. Outra mais permissiva, que consente o aborto num maior número de casos (prole numerosa, idade avançada da mulher, morte ou incapacidade do pai, mulher não casada possível deformação do feto, incapacidade física ou psíquica da mulher). Um terceiro grupo de leis, bastante liberais, confia a decisão à mulher e permitem que o médico decida quanto ao aborto. É o critério adotado por vários países como o Japão, a Suécia, a Hungria e a Rússia, onde o índice de natalidade é baixo e as taxas de abortos legais muito grandes (COSTA JR, 2007, p. 378).

No momento que a Constituição Federal aceitou o planejamento familiar e garantiu aos consortes assuntos sobre filhos, é patente a Carta Magna legitimou a paternidade responsável, impossibilitando assim, elidir seja qual for o método contraceptivo para conservar família da forma e quantidade almejada pelos cônjuges. Então, como a garantia tutelada pela Constituição resguarda a gerência da natalidade, é pertinente dizer que a conduta do aborto não deveria estar dentro do rol dos delitos contra a vida. Embora, não seja permitida a cessação do período

gestacional como forma contraceptiva, é evidente que gestações indesejadas ocorrem, até porque as possíveis técnicas preventivas não são totalmente eficazes. Por isso, tão somente será resguardado o direito sobre a definição do planejamento familiar, constante na Carta Magna, caso haja liberação e respeito à realização do aborto (DIAS, 2015).

A nossa Carta Mãe, ao enaltecer como bem principal a dignidade humana e assegurar do direito de liberdade, extirpa o aborto do campo da antijuricidade (DIAS - BRASIL, 2018). Isto porque o artigo 226, § 7º da Constituição Federal diz: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal” (TOLEDO, 2011, p. 79).

Impossível não observar que, diante da não recepção do novo ordenamento jurídico, o aborto perdeu sua ilicitude na integralidade dos casos, e não apenas nas situações em que o aborto é praticado como excludente de delinquência. Por ora, o aborto não mais é um assunto penal, mas sim uma ampla polêmica social na qual não mais se aceita a permanência passiva da cidadania e ativa a descriminação (DIAS - BRASIL, 2018).

A Constituição Federal de 1988 não abordou expressamente a figura do aborto. Devido os diferentes entendimentos acerca da matéria entre os constituintes, impossibilitou a análise explícita na Carta Magna de 1988, sendo assim, incumbiu às doutrinas, leis ordinárias, juízes e tribunais realizar as interpretações pertinentes à matéria (FACHIN, 2012).

Portanto, para o respeito à liberdade da mulher, defendem que essa pudesse ter autonomia para decidir se quer ter um filho ou não. Desta maneira, a idêntica visão com a dignidade da pessoa, tendo em vista que garantia a dignidade o indivíduo tem, se o Estado força a gestante conceber uma prole que, em alguns casos, não é fruto do arbítrio da mulher.

Ou seja, este pensamento também se aplica ao direito que o casal detém no planejamento familiar. A partir do momento que o Estado impõe à grávida, ou mesmo a família a ter uma prole, contra sua vontade, sem dúvidas essa imposição é violadora de um direito tutelado pela Constituição Federal.

Aliás, esse comportamento do Estado viola a liberdade de escolha da mulher, assim como faz com que muitas das vezes essa prole indesejada seja

colocada na rua logo ao nascer, sem os necessários cuidados que uma criança necessita para assegurar seu direito à dignidade.

E vou além, essa mesma criança que na maioria dos casos é abandonada por sua família, incumbiria ao Estado arcar com os gastos dele, tais como alimentação, moradia, saúde etc.

Igualmente, teria o Estado também que fornecer para a grávida que demonstre vontade em abortar, um tratamento psicológico para averiguar se realmente essa representa o sólido anseio da grávida, pois na hipótese de não ser, que a descoberta seja tempestiva.

Com efeito, conclui-se que o aborto também se mostra como um problema social, sobretudo porque escapa da órbita familiar propriamente dita, visto que se a autonomia decisória da gestante não predominar, o produto da gestação provavelmente ficará a cargo do Estado. O objetivo não é vulgarizar as leis criminais, a verdade é que garantias constitucionais estão sendo golpeadas; o que é inadmissível, pois gera uma enorme insegurança jurídica.

Para se alcançar uma segurança jurídica, as normas infraconstitucionais deveriam obedecer às disposições constitucionais, o que não condiz com a atualidade vivenciada na sociedade. Assim, é necessário que os legisladores atentem a contemporânea realidade.

Apesar disso, repito, o aborto é um assunto que envolve muita complexidade. Embora estejamos tratando uma vida subalterna, isso por si só não lhe retira a proteção jurisdicional, pois, há de se reconhecer que a interrupção da gestação ceifará a vida do feto.

Por oportuno, entendo que é necessária uma punição mais severa em situações de aborto realizado por terceiro sem a anuência da prenhez. Mormente porque em que pese alguns considerar que o feto não possua vida, eu penso o oposto, e vou além, se esta vida for da vontade da gestante e da sua família, é imprescindível sua tutela pela legislação. Por corolário, deverão ser punidos os indivíduos que atentarem contra aquela vida.

Logo, em se tratando de conflitos a respeito do aborto, deve prevalecer o livre arbítrio da mulher, uma vez que a ela pertence à autonomia para definir se quer ou não conceber uma prole. Outrossim a Carta Magna claramente a ela dá esse direito, no momento que tutela seus direitos referidos em linhas volvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinar o tema do aborto é na atualidade uma problemática contemporânea e fundamental, tendo em vista que tem sido conduta (apesar de ilícita em certos casos) contumaz entre as mulheres, independentemente da condição social que ostenta ou da justificativa que a conduz a tomar tal decisão.

Inúmeras peculiaridades giram em torno do assunto, podendo ser elas, culturais, sociais, médicas, morais, econômicas, religiosas e políticas, e outras, no entanto, habitualmente enfrentadas sob a perspectiva sentimental, passional e emotivo. Nos dias atuais, a sociedade sofre permanentemente com modificações, seja no clima, na medicina e tecnologia, buscando se adequar à maneira de vida dos homens, da mesma forma ocorrem com as leis, elas também devem se adaptar aos novos anseios da coletividade, e é neste panorama de renovações que brota a discussão acerca do aborto.

No momento em que se analisa o aborto, inevitavelmente esbarra-se com o impasse vida ou escolha da mulher, que acarreta em um conflito entre princípios e garantias fundamentais, deste modo, é primordial delimitar, de maneira racional, o que se entendia como mais viável: resguardar a vida intrauterina do feto, apesar da discordância da genitora, ou se a escolha pelo aborto ensejaria menores sequelas psicológicas e físicas à gestante.

Em nosso país, os artigos 124 e 125 do Código Penal de 1940 tipificou o instituto do aborto provocado. Logo, o artigo 124 preceitua como sendo crime “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”.

No que tange a legalização do aborto no Brasil, existem calorosas polêmicas, contudo sua temática se reveste de complexidade maior do que aparenta ser, isto porque está circundada de fundamentos sociais e morais, bem como argumentos jurídicos e até mesmo religiosos. Ao aprofundar no estudo do assunto, é possível observar ambos os lados do empasse; um discorre acerca da criminalidade, haja vista que uma vida está sendo ceifada; destarte, é justificável que certas pessoas tenham o pensamento direcionado à ideia de morte, entretanto, o lado

oposto, está arraigado à autonomia e à liberdade de escolha da gestante, pois a mesma detém livre arbítrio sobre o feto e também sobre o seu corpo.

Em uma análise de cognição sumária a criminalização do aborto, fere a autonomia da gestante, ou seja, a liberdade que as mesmas possuem em tomar suas próprias decisões, sobretudo no que se refere ao seu próprio corpo, não sendo legítima a interferência estatal em situações de escolha como estas.

Assim, várias são as indagações, todavia, o essencial é que a norma seja atualizada e evidencie qual bem jurídico deseja tutelar, pois nessa ótica, e na esfera penal, o bem que será escolhido é fruto de uma decisão política.

O *decisum* soberano do Congresso Nacional precisará espelhar a vontade e o anseio da sociedade, assim como deliberar largamente com as mulheres que possuem significativa representatividade política, as quais não puderam expor suas opiniões no Código Penal de 1940.

Diante do exposto, concluo que se mostra imprescindível que os legisladores, após um intenso debate com a sociedade em geral, principalmente com as mulheres, possa rever a normatização legal, levando-se em conta as recentes descobertas científicas, tais como a definição de início ou fim da vida; dos preceitos relacionados como a autonomia da vontade ou da garantia à vida, quer seja ele do nascituro ou da mãe, tendo em vista que distancia a ameaça de morte também pelos procedimentos realizados clandestinamente.

Deste modo, quando há colisão entre dois direitos, faz-se necessário averiguar qual prevalecerá com base na proporcionalidade. Ao debaterem sobre o aborto, os apoiadores da legalização dessa conduta normalmente inclinam para a liberdade de escolha das mulheres gestantes. Ainda que, uma medida seja fundamental e adequada, o artifício da proporcionalidade impõe um terceiro estudo, denominado proporcionalidade em sentido estrito.

Com todos os argumentos e disposições apresentadas nessa monografia, não é de sua finalidade alcançar soluções ou conclusões propriamente ditas, pois, em virtude da grandiosa polêmica que ostenta a questão resta impossibilitado, contudo, objetivou acarretar uma maior reflexão na sociedade por meio da demonstração de dados, fundamentos e posicionamentos jurídicos constitucionais que noticiam como a criminalização da prática abortiva lesionará a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Carla Ferraz dos. Aborto e saúde Pública no Brasil: Reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf> acesso em 01.05.2018.

ARAÚJO, Sandra Cajé de; et al. Aborto: legalização, posição social e religiosa. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte especial. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CECATTI, José Guilherme. Aborto no Brasil: um enfoque demográfico. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032010000300002&script=sci_arttext acesso em 01.05.2018.

COSTA JR., Paulo José da. Código penal comentado. 9ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: dpj, 2007.

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

DIAS, Maria Berenice. O aborto como direito humano. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. O aborto é crime?. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/>> Acesso em 19 de abril de 2018.

DELMANTO, Celso. (Org.). Código Penal Comentado. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 5ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. Revista dos Tribunais, n. 854, dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Em defesa da vida, o aborto. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17672/em-defesa-da-vida-o-aborto>> Acesso em 19 de abril de 2018.

GOMES, Marcia Pelissari. O aborto perante a legislação pátria. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/uit/marciapelissarigomes/oaborto.htm>, acesso 05.02.2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume 2: Parte especial. Niterói: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. O Aborto e o Direito Penal. Porto Alegre, Sagra, 2014.

MEIRELES, Marcondes. A farsa do "Aborto Legal". Disponível em: <<http://www.espirito.org.br/portal/artigos/diversos/aborto/a-farsa.html>> Acesso 02.03.18.

MIRABETE, Julio Fabbrini., FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 27ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETTE, Julio Fabrini. Manual de direito penal: parte especial: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda. O Crime de Aborto. São Paulo: Cultura jurídica, 2012.

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

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

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

NOLASCO, Lincoln. Aborto: Aspectos polêmicos, anencefalia e descriminalização. http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11874 acesso em 14.04.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza.. Código penal comentado. 10.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

PINTO, Ana Paula. O aborto provocado e suas consequências. <http://www.unisa.br/graduacao/biologicas/enfer/revista/arquivos/2003-13.pdf> acesso em 28.02.2018.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça. Porto Alegre, 2002.

PIRANDELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

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

RESENDE, Leandro. Projeto de Lei que legaliza o aborto é protocolado na Câmara. <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-03-24/projeto-de-lei-que-legalizaaborto-e-protocolado-na-camara.html> acesso em 30.03.2018.

ROSA, Emanuel Motta da. O Crime do aborto e o tratamento penal. <http://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-otratarmento-penal> acesso em 14.05.2018.

SANTANA, Raquel dos Santos. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoahumana-como-principio-absoluto> acesso em 10.05.2018.

SANTOS, Gizeuda Ferreira. Anencefalia. Interrupção da gravidez a luz dos direitos constitucionais. Disponível em <http://tcconline.utp.br/wpcontent/uploads//2014/02/ANENCEFALIA-INTERRUPCAO-DA-GRAVIDEZ-A-LUZDOS-DIREITOS-CONSTITUCIONAIS.pdf> 2013. Acesso em: 14.02.18.

SANTOS, Pablo Policeno. Aborto, direito e moral. Disponível em <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2014/02/ABORTO-DIREITOMORAL.pdf> 2013.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 14.05.2018.

SCAVONE, Lucila. Políticas femininas do aborto. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf> acesso 14.05.2015.

SILVEIRA, Bruno Proibição do aborto no Brasil penaliza mulheres pobres e negras, diz ONG católica. <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/12/proibicao-do-aborto-no-brasil-penaliza-mulheres-pobres-e-negras-diz-ongcatolica-4727.html>, acesso em 25.04. 2018.

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

TOLEDO, Antônio Luiz de; et al. Vade Mucum. 11ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos. São Paulo: Renovar 2010.

VERARDO, Maria Tereza. Aborto, um direito ou um crime? Editora Moderna. São Paulo 2006.