

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

NARA KARLA GUEDES PEREIRA



ABORTO NO CASO DE ESTUPRO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA-GO

FACER – FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO



NARA KARLA GUEDES PEREIRA

ABORTO NO CASO DE ESTUPRO

Monografia apresentada a FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Eduardo Barbosa Lima.

30228
Saari

Tombo nº	16057
Classif.	
Ex.	01
Origem:	
Data:	13/02/2010

RUBIATABA - GO

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

NARA KARLA GUEDES PEREIRA

ABORTO NO CASO DE ESTUPRO

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA A OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO

96 Aprovado

Orientador

[Assinatura]
Eduardo Barbosa Lima
Especialista em Direito Penal

1º Examinador

[Assinatura]
Luciano do Valle
Especialista em Direito Civil

2º Examinadora

Erival de Araújo Lisboa Cesarino
Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais

**Rubiataba
2009**

Dedico este trabalho à minha família que sempre esteve do meu lado, me apoiando e me ajudando, pelas diversas vezes em que eu fraquejei e pensei em desistir. Eles estavam lá para me dar ânimo, e graças a Deus e a eles hoje estou concluindo meu curso. Em especial, à minha mãe e à minha avó, mulheres fortes, guerreiras, batalhadoras, além de serem meus Eternos Amores, pois sei que a recíproca é verdadeira e sincera. E dedico, também, em memória do meu avô, Lery Guedes, que se estivesse conosco hoje, com certeza estaria muito feliz em me ver conquistando mais esta vitória em minha vida.

AGRADECIMENTO

Primeiramente a Deus, Nosso Pai, meu guia, meu professor, enfim, meu Tudo, pois se não fosse por ele eu não estaria aqui hoje.

Ao professor Eduardo Lima, que muito me auxiliou neste trabalho, sempre compreendendo minhas dificuldades. E, também, aos examinadores que tão prontamente se dispuseram a avaliar este estudo.

A todos os amigos que tive o prazer de conhecer durante esses cinco anos de curso, em especial ao Leis que tem me ajudado bastante, durante meus estudos e também na vida pessoal, que com o tempo foi surgindo uma amizade verdadeira, além das portas da Faculdade, e hoje se tornou um irmão para mim.

Aos amigos, que conquistei ao longo dos meus anos de vida, que também foram pessoas de extrema importância na minha caminhada, uns que hoje já não estão mais tão perto e com quem não tenho mais tanta convivência, mas que estarão sempre guardados no meu coração, como um tesouro eterno. E outros que fazem parte do meu dia-a-dia, tanto nos momentos difíceis, quanto nos momentos bons, agradecendo em especial a minha grande e eterna amiga Tatiana, pessoa de quem aprendi a gostar e respeitar muito, pois é uma amiga de verdade.

E para finalizar, quero agradecer a todos os professores, mestres do ensino, que fizeram parte desta jornada, na pessoa da Professora Geruza, e, também, a todos os funcionários da Facer, por todos esses anos de dedicação à Instituição e a seus alunos, fazendo esse agradecimento em nome da senhora Marlisa.

EPÍGRAFE

Nos crimes comuns, o homem, via de regra, extermina o adversário, que lhe poderia acarretar desvantagem, no desforço pessoal; no aborto delituoso, provocado quase sempre para fugir à responsabilidade de um deslize moral, a mãe mata o próprio filho indefeso, convertendo-se em assassina do ser que as suas entranhas geravam, no mais belo e mais sublime fenômeno da vida, que é a maternidade. (Allan Kardec).

RESUMO: Esta monografia jurídica trata do aborto realizado no caso de estupro. Verificando-se a questão da punibilidade e responsabilidade penal do crime de aborto no caso de estupro, para que não seja feita nenhuma injustiça aqueles que ainda não tem condições de lutar sozinhos pelos seus direitos e também porque, estaria o artigo 128, inciso II contrariando e contradizendo com todos os preceitos dos direitos humanos e Constituição Federal, que protegem totalmente a vida humana.

Palavras-chave: Aborto no caso de estupro. Estupro. Direito à vida.

ABSTRACT: This monograph deals with the legal abortion performed in the case of rape. With respect to the issue of criminal liability and punishment of the crime of abortion in cases of rape, that is not done no injustice to those not yet able to fight alone for their rights and also because the article was 128, II contradicting and contradicts with all the precepts of human rights and the Federal Constitution, which protect fully human life.

Keywords: Abortion in the case of rape. Rape. Right to life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. HISTÓRICO.....	05
1.1. A origem da criminalização do aborto.....	05
1.2. O surgimento da autorização para aborto no caso de estupro.....	08
1.3. Conceito de aborto sentimental.....	09
1.4. Conceito de estupro.....	09
1.5. Conceito de aborto.....	12
2. O NASCITURO E O CRIME DE ABORTO.....	17
2.1. Os direitos do nascituro.....	17
2.2. O crime de aborto.....	18
2.2.1. Objetivo jurídico.....	18
2.2.2. Sujeitos ativo e passivo.....	20
2.3. Elemento objetivo e subjetivo.....	21
2.4. Consumação de aborto.....	22
2.5. Figuras típicas.....	23
2.6. Formas delituosas do aborto.....	24
2.6.1. Auto aborto.....	24
2.6.2. Aborto provocado com o consentimento da gestante.....	25
2.6.3. Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.....	26
2.6.4. Aborto qualificado.....	27
2.7. Aborto legal. Causas excludentes da ilicitude.....	28
2.7.1. Aborto necessário ou terapêutico.....	28
2.7.2. Aborto sentimental, humanitário ou ético.....	30
2.8. Outras espécies de aborto.....	32
2.8.1. Aborto natural e acidental.....	32
2.8.2. Aborto eugenésico, eugênio ou piedoso.....	33
2.8.3. Aborto social ou econômico.....	33
2.8.4. Aborto por motivo de honra.....	34
3. AS RELIGIÕES E O ABORTO.....	36
3.1. A posição da Igreja Católica e a teoria da infusão da alma.....	36
3.2. A perspectiva protestante.....	38

3.3. A perspectiva judaica.....	39
3.4. A perspectiva mulçumana.....	40
3.5. A perspectiva hinduísta e budista.....	41
3.6. A perspectiva espírita.....	42
3.7. O posicionamento da medicina.....	44
4. ABORTO LEGAL POR ESTUPRO. DIREITO OU DEVER?.....	46
4.1. Uma breve análise sobre o crime de aborto.....	46
4.2. O Projeto de lei nº 20/91. Criação de uma norma técnica para fazer aborto em hospitais públicos.....	48
4.2.1. A legalização da norma técnica.....	49
4.3. A autorização judicial.....	50
4.4. O aborto no caso de estupro não é punível, porém não deixa de ser considerado como crime.....	51
4.5. As reformas necessárias para que o aborto deixasse de ser crime.....	53
4.6. A inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro.....	54
4.7. A clandestinidade do aborto.....	55
4.8. A visão de diversos doutrinadores sobre, se deve ou não a mãe abortar um filho concebido através do estupro.....	56
4.9. O relato de uma pessoa que nasceu de uma vítima de estupro.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	66
ANEXO.....	70

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

Art.	artigo
a.C	antes de cristo
Nº	número
p.	página
p. ex.	por exemplo
§	parágrafo

LISTA DE SIGLAS

CP	Código Penal
CC	Código Civil
Dr.	Doutor
SUS	Sistema Único de Saúde
CF	Constituição Federal
PT	Partido dos Trabalhadores
MG	Minas Gerais
SP	São Paulo
GO	Goiás
Cremsp	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
Cremerj	Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

O trabalho que será apresentado a seguir tratará da polêmica do aborto no caso de estupro, dando importância ao bem maior, que é a vida humana.

Sendo assim, o primeiro objetivo deste trabalho é o surgimento da tipificação do aborto, dessa forma, será feito um retrocesso aos antepassados, para ser explanado com bastante precisão quando foi que surgiram as necessidades de se abortar, visto que o Código de Hamurabi punia somente o terceiro, não fazendo sequer comentário sobre a mulher que praticava o aborto em si mesma.

Logo em seguida, será feito um conceito do que seja o crime de estupro, visto que esse é um problema que existe há vários anos e continua sendo um fato real na atualidade, principalmente porque a criminalidade vem aumentando cada vez mais e, em seguida, o conceito do crime de aborto que, em linhas gerais, nada mais é do que a expulsão do produto da concepção, com a morte do feto.

De bastante contradição é o momento em que se inicia a vida humana, se desde a concepção ou desde a fecundação, encontrando-se nesse embate o nascituro, ou seja, aquele que ainda não nasceu, mais já se encontra concebido no útero materno.

E, através dessa pesquisa doutrinária, será feita uma análise da tarefa de se defenderem os direitos daqueles que ainda não nasceram, mais que já têm vida biológica, sendo resguardado tanto pelo Código Civil, que põe a salvo os direitos do nascituro, como na Constituição Federal e no Código Penal.

Sendo assim, estaria o artigo 128, inciso II, do Código Penal, totalmente em confronto com seu artigo 124, que diz, em seu texto, que é proibida a prática do aborto. Pois o foco deste trabalho está em mostrar que é dever de nossa Legislação zelar pela vida humana, nascida ou intrauterina, independentemente de como tenha sido concebida, visto do ponto em que não pode, de maneira alguma, um ser indefeso e frágil pagar por um crime que não cometeu.

O presente estudo pretende defender a vida daqueles que não têm força jurídica, armas e condições para, a partir de um sopro de vida, chegar a termo com seu propósito, que é gozar, como todo ser humano, a vida na Terra.

Será estudado também o momento em que se consuma o aborto, pouco importando se o feto tenha morrido dentro ou fora do ventre materno.

O Código Penal traz em seu escopo do art. 124 ao 128, todas as formas de aborto, o primeiro deles, é aquele provocado pela própria gestante, ou com o seu consentimento, sendo penalizada com a pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos. O segundo, é o provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, tendo este um majoramento na pena que passa a ser de 03 (três) a 10 (dez) anos e também deixa de ser uma pena de detenção para reclusão. O terceiro é o provocado por terceiro com o consentimento da gestante, tendo como penalidade a reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, sendo acrescentado ao art. o parágrafo único: se a gestante é menor de 14 anos, é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, violência ou grave ameaça, neste caso aplica-se a pena do artigo anterior. O quarto caso trata-se de aborto qualificado, onde as penas dos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. E o quinto e último caso, são os tidos “abortos legais”, o inciso I que trata de aborto necessário, quando é para salvar a vida da gestante e o inciso II, tema do nosso trabalho, que é intitulado pela maioria dos doutrinadores de “aborto sentimental”, quando decorre de estupro.

Nesta pesquisa monográfica, com o fim de obter o máximo de conhecimento sobre o assunto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, e também o método dialético e de compilação, tendo embasamento nos livros doutrinários e religiosos, artigos da internet, e também no Código Civil, bem como no Código Penal, de onde foi extraído o tema do trabalho proposto.

A pesquisa tem o intuito de levantar o posicionamento e os pensamentos de várias religiões. Umás que são contra todos os tipos de aborto, ou a algum deles, por acreditarem que a alma já esta infundida no novo ser desde o momento da

concepção; outras que são favoráveis, porque dizem que a mulher sendo dona de seu próprio corpo pode dispor dele como bem entender.

A partir de doutrinas, serão encontradas na maioria delas, posições favoráveis acerca do aborto no caso de estupro, sendo de extrema importância lembrar que essas pessoas que defendem o aborto tiveram o direito de nascer com vida.

Para fechar o trabalho, foi analisado se a mãe tem o direito de abortar o filho concebido mediante o crime de estupro ou se ela tem o dever de gerá-lo e criá-lo, ou como trazem os ensinamentos de alguns doutrinadores, ao dizer que deveria ela, pelo menos, dar à luz essa criança e depois entregá-la a alguma casa de instituição ou orfanato para que ela possa ser adotada.

E para ficar assegurada àquelas pessoas que não têm condições de fazer abortos em clínicas particulares, foi criada uma norma técnica pelo ministro da saúde, José Serra, para que essas gestantes, vítimas de estupro, pudessem abortar, em hospitais públicos, por meio de apresentação de um Boletim de Ocorrência Policial.

Será feita também uma análise no que tange à questão do aborto decorrente do crime de estupro, quando esse deixa de ser punido, sendo praticado por médico, o que, para muitos, deixa de existir o crime; para outros tantos o que houve foi apenas uma causa de excludente da ilicitude.

Dessa forma, tem-se, pelo entendimento de alguns renomados doutrinadores, que para que isso ocorresse deveria ser feita uma mudança completa em todo o ordenamento jurídico.

Será, posteriormente, estudado o fato da clandestinidade em que ocorrem os abortos, posto que muitos dizem que estes teimam em ocorrer por não serem legalizados em nosso País, só que, como será analisado durante o estudo deste trabalho, o aborto clandestino também ocorre, com muita frequência, em países em que já foi legalizado.

E, por fim, será trazido ao trabalho, o relato de Rebecca, uma mulher que nasceu por ter sido sua mãe estuprada mediante agressão de faca, e que se mostra hoje em dia, uma pessoa estudada, independente e que não herdou os genes ruins de seu pai. Mostrando, assim, que tem personalidade própria e que sua vida é muito importante.

Batalhando para que outras mulheres que sofreram com o crime de estupro não venham a abortar, porque existem casos bem maiores de que a mulher que, ao abortar, sofre com isso por muito e muito tempo, ou, talvez, até o fim de seus dias.

1. HISTÓRICO

Desde os primórdios o aborto, sempre foi assunto de muita discussão e polêmicas, por isso deve ser minuciosamente estudado, relatando desde o seu surgimento, espécies, etc.

Dando maior enfoque ao aborto no caso de estupro, tema deste trabalho, torna-se assim, importante que conceitue, além do crime em si, ou seja: o aborto. Também conceituar o crime de estupro.

1.1. A origem da criminalização do aborto

Os primeiros registros sobre a criminalização do aborto remontam à época do Código de Hamurabi (2235-2242 a. C.), documento esse que previa a punição para o agente que praticasse o aborto em uma gestante (FRANÇA, 2001), conforme se depreende dos artigos 209 a 213, *in verbis*:

Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, pagará pelo feto 10 sicles de prata.

Art. 210 – Se esta mulher morre, matar-se-á o filho do agressor.

Art. 211 – Se é uma mulher nobre, que, em consequência das pancadas, aborta, ele pagará 5 sicles de prata.

Art. 212 – Se esta mulher morre, pagará meia mina de prata.

Art. 213 – Se ele bate numa serva e a faz abortar, pagará 2 sicles de prata.

Da leitura dos mencionados artigos, nota-se que não havia referências ao aborto praticado pela gestante, mas somente se puniam terceiros pelo crime.

Nessa mesma linha, prevendo punição para o terceiro que praticasse o aborto, aponta o livro bíblico do Êxodo (21; 22-25) a possibilidade de punição para aqueles, caso estivessem “brigando e ferirem uma mulher grávida, e por causa disso ela perder a

criança, mas sem maior prejuízo para sua saúde, aquele que a feriu será obrigado a pagar o que o marido dela exigir, de acordo com o que os juízes decidirem”.

Em Roma, o tratamento à prática do aborto recebia entendimento conforme à época, pois em determinadas épocas ele era repreendido e em outros momentos autorizado:

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada (CAPEZ, 2007, p. 110).

Com o surgimento do cristianismo, o aborto passou a ser incriminado, tendo, inclusive, os teólogos, à época, como Santo Agostinho, Teodósio e Tertuliano considerado “crime quando havia “sopro de vida”, tempo esse que, segundo Paul Brouardel, era de 40 a 90 dias a partir da data da concepção. Já São Basílio considerava-o crime em qualquer época, não importando o tempo de gravidez” (FRANÇA, 2001, p. 244).

O aborto passou a ser categoricamente reprovado no meio social através do pensamento instituído pelo cristianismo, em que, segundo um dos seus percussores, São Basílio:

Não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais (CAPEZ, 2007, p. 110 e 111)

Ao publicar as Leis Carolinas em 1559, o Imperador Carlos V instituiu que seriam punidos “com pena de morte pela espada àqueles que fizessem uma

mulher abortar, e a morte por afogamento à mulher que o praticasse, desde que o feto fosse animado” (FRANÇA, 2001, p. 244).

No século XX, a prática do aborto recebeu tratamento diversificado em vários ordenamentos jurídicos, de modo que, na Rússia, sua prática foi autorizada, mas em 1955 acabou tornando-se uma conduta ilícita.

O momento de maior drama, em relação à regulação do aborto, ocorreu na Alemanha de Adolf Hitler, quando sua realização ocorreu na tentativa de se formar uma raça superior, que “entre outros absurdos, criou-se o aborto eugênico na tentativa de fazer-se uma raça superior, livre das anomalias e malformações graves. Recomendavam o aborto em casos de epilepsia, de idiotia, de demência precoce e de psicopatias diversas” (FRANÇA, 2001, p. 244).

E, em alguns países, como “na Suécia, Inglaterra, Dinamarca, Noruega, entre outros, criaram-se os abortários oficiais, e o aborto crescia assustadoramente, começando a preocupar os legisladores do mundo inteiro”. (Idem).

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, o Código Imperial (1830), como, diploma legal, cuidava apenas do aborto praticado por terceiro; não prevendo “o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava aborto com ou sem o consentimento daquela” (CAPEZ, 2007, p. 110).

Com a introdução do Código Penal de 1890, surge a previsão de punição para a gestante que provocasse aborto em si mesma, de acordo com o artigo 300, *in verbis*:

Artigo 300 – Provocar aborto, haja ou não a expulsão do produto da concepção.

No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos.

No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano (FRANÇA, 2001, p. 245).

A partir do advento do atual Código Penal (1940), foram tipificadas as condutas do “aborto provocado (CP, art. 124 – a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 – o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 – o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante)” (Idem).

1.2. O surgimento da autorização para aborto no caso de estupro

O aborto, no caso de estupro, surgiu na época da Primeira Grande Guerra Mundial, mais, precisamente, entre os anos de 1914 a 1918, quando os invasores e, até mesmo soldados, violentavam as mulheres, “em face dos inúmeros casos de gravidez resultante de estupro praticado pelos invasores” (FRANCO, 2001, p. 2233).

Diante da violência empregada pelos soldados em face das mulheres que habitavam regiões de conflitos bélicos, “nasceu, então, um movimento patriótico de repercussão em todo o mundo contra essa maternidade imposta pela violência, pois não era justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre um fruto de um ato indesejado” (FRANÇA, 2001, p. 246).

Portanto, as legislações nacionais buscaram autorizar a prática do aborto resultante de estupro, “pois não seria concebível admitir que uma pessoa humana tivesse um filho que não fosse gerado pelo seu consentimento e pelo seu amor”. (Idem).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade do aborto resultante da conjunção carnal, com violência ou grave ameaça, no art. 128, inciso II, do Código Penal.

Ainda, a título de exemplo, pode ser citado o art. 86, § 2º do Código argentino: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer

encinta, no es punible... si el embarazo proviene de una violación¹” (HUNGRIA, 1953, p. 300).

1.3. Conceito de aborto sentimental

A doutrina denomina o aborto decorrente do crime de estupro como sentimental, ético ou humanitário (PAGLIUCA, 2006).

O aborto sentimental é conceituado como: “o aborto de mulher estuprada, quando a gravidez resulta de conjunção carnal violenta, contra sua vontade” (SALLES JUNIOR, 1999, p. 189).

Para que seja realizado o aborto sentimental, se faz necessária a intervenção de um profissional da medicina e autorização da gestante ou de seu representante legal.

Todavia, é exigido que a mulher tenha engravidado em razão de ser vítima do crime de estupro.

1.4. Conceito de estupro

O crime de estupro encontra-se inserido no rol dos crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente no artigo 213 do Código Penal, com redação alterada pela Lei 12.015/2009, *in verbis*: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, com pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

¹ Do espanhol: O aborto praticado por um médico diplomado com o consentimento da mulher grávida, não é punível... se a gestação provém de uma violação. In: Michaelis 1996.

Por meio do conceito que o legislador infraconstitucional deu ao estupro, é sabido que: “Trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal” (MIRABETE, 2001, p. 411).

A conduta típica no crime de estupro é manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. A conjunção carnal consiste “no coito vaginal, a introdução do pênis na vagina da mulher. É a intromissão do órgão genital masculino no interior da cavidade vaginal, ou seja, no órgão genital feminino” (TELES, 2004, p. 51).

E acrescenta o aludido penalista (2001, p. 414) que “É indispensável para a caracterização do estupro que tenha havido constrangimento da mulher mediante violência ou grave ameaça. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo”.

Sendo assim, sabido é que o estupro somente ocorrera porque a vítima não consente com a relação sexual, então sempre que o sujeito ativo usar de força, física ou moral, confirmado, restará que a vítima não queria, não era de sua vontade, não consentia com aquele ato, não era de seu desejo.

É importante mencionar que a violência pode ser presumida, conforme disciplina o artigo 217-A e § 1º do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009.

Importante saber que a liberdade sexual da mulher é o bem a ser protegido, sendo assim ela tem o direito de “escolher quando, como, onde e com quem exercerá sua sexualidade. A sexualidade é um dos mais importantes atributos do ser humano, que só pode ser exercida segundo a própria vontade da pessoa, qualquer pessoa” (TELES, 2004, p. 50).

O legislador esculpiu na Lei nº 8.072/90 quais os crimes considerados hediondos, sendo que o crime de estupro foi um dos ilícitos penais que esteve inscrito nessa demarcação, *in verbis*:

Artigo 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

V – estupro (artigo 213 e sua combinação com o artigo 233, *caput*, e parágrafo único);

Na lição de Teles (2004, p. 56 e 57), é possível observar qual seja o elemento subjetivo do crime de estupro:

É obviamente, um crime doloso. Atua o agente, portanto, com a plena consciência de sua conduta, que é a de constranger a mulher, compelindo-a, forçando-a, à prática da conjunção carnal. Age com a vontade livre de introduzir o pênis na vagina da vítima. Vontade de constranger e vontade de praticar conjunção carnal.

Quanto ao que se refere ao sujeito ativo do crime de estupro, é sabido que, em regra, somente o homem pode praticar tal delito, pois é só ele que pode manter conjunção carnal com mulher, tenha ele a intenção ou não de engravidá-la, sendo que falamos do coito normal, tendo o varão penetrado seu órgão sexual na vagina da mulher.

Porém, ainda que o homem seja o principal autor desse ilícito penal, é possível que a mulher também possa se enquadrar na coautoria do crime de estupro, tendo em vista que “nada impede que uma mulher seja autora intelectual de um estupro, quando, por exemplo, contratar alguém para exercer a violência sexual contra uma rival. Tendo o domínio da ação, por tê-la encomendado, será autora do crime” (Idem, p. 57).

E, nesse diapasão, ensina Capez (2006, p. 03) que “se, mediante o emprego de grave ameaça (coação moral irresistível) obriga um homem a manter conjunção carnal com a vítima, estará presente a hipótese da mulher como autora de estupro”.

A mulher é sempre o sujeito passivo do crime de estupro, pouco importando se é tida pela sociedade como honesta ou não, não se exigindo que ela guarde “qualquer qualidade especial para que seja vítima de estupro, não importando se trata de virgem ou não, prostituta ou honesta, casada, solteira, separada de fato, viúva ou divorciada, velha ou moça, liberada ou recatada” (JESUS, 2002, p.96).

1.5. Conceito de aborto

O doutrinador Marques (2000, p. 183) apresenta o sentido etimológico do termo aborto como a “privação de nascimento (*ab*, privação; *ortus*, nascimento)”.

A nomenclatura da palavra aborto desperta divergências, ao ponto de França (2001, p. 243) entender que:

“aborto” ou “abortamento”. O primeiro seria o produto expelido e o segundo traduziria o ato”. Nos documentos médico-legais, deve-se usar sempre termo “aborto”. Para alguns estudiosos da língua, é termo mais correto; é terminologia mais corrente; e é assim que se expressa a lei substantiva penal”. “Sabemos, no entanto, que, em Medicina Legal, não há aborto sem abortamento, pois o aborto espontâneo pertence ao estudo e à aplicação da Obstetrícia. Por outro lado, pode haver a tentativa de abortamento sem aborto”.

Por outro lado, Jesus (2004, p. 119) afirma que o termo mais correto para definir o aborto seria:

A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

Devido às várias discussões para definir qual termo seria o mais correto ao se conceituar o crime de aborto, pode-se notar que: “aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto” (NORONHA, 2000, p. 54).

No magistério de Tardieu *apud* França², o conceito de aborto mais utilizado pela doutrina é o de que seja “a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”.

Outra definição que também não deixa de atender aos imperativos da lei é a de Carrara *apud* França³, na qual o “Aborto criminoso é a morte dolosa do ovo no alveo materno, com ou sem expulsão, ou a sua expulsão violenta seguida de morte”.

No que tange as maneiras de se fazer um aborto, importante se faz citar que existem várias formas de fazê-lo, tais como:

O aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento etc.) ou provocado (aborto criminoso). As causas da prática do aborto criminoso podem ser de natureza econômica (mulher que trabalha, falta de condições de sustentar mais um filho etc.), moral (gravidez extra-matrimônio, estupro etc.) ou individual (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade etc.) (MIRABETE, 2001, p. 93).

Na trilha desse pensamento, informa Jesus (2004, p. 119 e 120) que existem várias formas de aborto, sendo que dentre elas estão:

A natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo como, v. g., a interrupção da gravidez causada por queda. A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido. Há o aborto terapêutico, empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente, em decorrência de gravidez anormal. Há, também, o aborto eugenésico ou eugênico, permitido para impedir a continuação da gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias. Aborto social ou econômico é o permitido em casos de família numerosa, para não lhe agravar a situação social. Entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, hipótese em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II,

² TARDIEU *apud* FRANÇA, 2001, p. 243.

³ CARRARA *apud* FRANÇA, 2001, p. 244.

hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado aborto sentimental ou humanitário.

Como se não fosse suficiente, é preciso mencionar os outros acontecimentos que podem ocorrer nos primeiros períodos da gravidez:

O embrião ao invés de ser eliminado para o exterior, é objeto de um processo de autólise⁴ e acaba por dissolver-se e ser reabsorvido. Outras vezes, pode sofrer um processo de mumificação ou maceração, permanecendo dentro do útero como um corpo estranho. E outras vezes, ainda, é sujeito a um processo de calcificação (litopédio). Ora, em tais casos, adotado o velho conceito de CARMIGNANI e TARDIEU, ter-se-ia de reconhecer a inexistência do crime, pois não há expulsão do produto da concepção. Por outro lado, pode ocorrer que, não obstante a provocada expulsão prematura, o feto nasça vivo e vital, deixando, portanto, de configurar-se o crime de aborto, cujo momento consumativo é a morte do feto, antes da provocação do aborto, e, assim, apesar da sua expulsão, não se apresenta o crime, mas uma tentativa inadequada, que escapa à punição. (HUNGRIA, 1953, p. 276 e 277).

A legislação penal não faz nenhuma distinção sequer entre ovo, embrião ou feto, o que leva a entender que “sempre que ocorrer intencionalmente a morte do conceito ou sua expulsão violenta seguida de morte está configurado o crime de aborto” (FRANÇA, 2001, p. 244).

Os artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, que incriminam o aborto, tem como finalidade proteger a vida humana intrauterina, já que nos artigos 121, 122 e 123, a vida extrauterina já é protegida, sendo assim, importante observar os ensinamentos de Teles (2004, p. 172):

A lei não define quando começa a vida dependente. Cabe à doutrina fazê-lo. São quatro as principais teorias que procuram explicar o começo da vida. Uma teoria afirma que a vida começa no momento da fecundação, quando do óvulo e do espermatozóide se forma o zigoto, que tem potencialidade própria e autonomia genética. Para outros é do momento da nidificação ou nidificação⁵ do ovo ou zigoto na mucosa uterina, que se completa no décimo –

⁴ S.f. Citol. Autofagia. In: Aurélio, 1999.

⁵ Processo de fixação do blastocisto no endométrio. In: FERREIRA, p. 1407.

quarto dia após a fecundação, quando se pode identificar a presença do ser vivo. Uma terceira teoria afirma que só a partir do momento em que se pode detectar atividade cerebral, com o surgimento de tecidos nervosos e com eletroencefalograma positivo, é que há vida protegida constitucionalmente. Isso vai acontecer por volta de duas ou três semanas após a nidificação. Por fim, defendem outros que só se pode considerar o ser merecedor da tutela penal quando ele demonstrar capacidade de viver fora do útero”.

A resposta para tal teoria vem de Franco *apud* Teles⁶ assim:

A resposta parece encontrar-se no fato de que um embrião não pode deixar de ser o que é a partir do décimo quarto dia da fecundação, quando aparece o primeiro tecido nervoso com a crista neural e coincidindo com o final da implantação. (...) ... é a partir do início da nidificação, que o organismo da mulher é informado da presença do embrião e, em consequência, reage. É a presença do embrião implantando-se no endométrio que, por assim dizer, desencadeia a desprogramação do ciclo menstrual e a programação do ciclo gestacional. Antes da nidificação, portanto, não há vida humana intra-uterina, porque ainda não há um ser individualizado. Isso não significa, entretanto, que o material genético humano ou suas células germinais sejam considerados uma coisa e fora do alcance da lei penal. O que se disse é que o pré-embrião não é alcançado pelas figuras típicas de aborto.

O que importa para a legislação penal vigente é que, sendo admitida a intenção de provocar o aborto, ou seja, expulsar o feto, o momento em que este venha a morrer não tem importância, então, tanto faz: “se quando ainda no útero materno, ou se quando já expulso, uma vez que a morte tenha ocorrido em consequência da própria imaturidade do feto ou dos meios abortivos empregados”. (HUNGRIA, 1953, p. 277).

Além da gravidez normal, ou seja, aquela em que o feto é gerado no útero, existem também outros tipos de gravidezes que são desenvolvidas fora do útero, como:

Ovária ou tubária, quando o óvulo se instala na parede das trompas, onde passa a desenvolver-se, e a da gravidez molar, com a formação degenerativa do óvulo fecundado, não constitui aborto. A falta de espaço impede que o feto cresça normalmente e a gravidez é interrompida. Quando o óvulo se aloja em outros órgãos, como as trompas de Falópio, ovários e até no abdome, a gravidez é caracterizada como ectópica. A gravidez ectópica é

⁶ FRANCO *apud* TELES, 2004, p. 172 e 173.

mais rara, representa um para cada 300 casos normais. (TELES, 2004, p. 174).

Sendo assim, Teles (2004, p. 174) chega a uma breve conclusão de quando ocorrerá o aborto, sendo ele “a partir da implantação do zigoto no endométrio – que se conclui no décimo quarto dia após a fecundação – e até o início do parto”.

Dessa forma, findado o primeiro capítulo, este estudo estará voltado nas próximas linhas à análise do início e dos direitos do nascituro, bem como, o momento consumativo do aborto, seus sujeitos passivo e ativo, as suas diversas formas delituosas e as causas excludentes da ilicitude.

2. O NASCITURO E O CRIME DE ABORTO.

O propósito deste capítulo é estudar o tratamento jurídico que o Estado brasileiro destina ao nascituro, como forma de garantir seus direitos através do reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Ainda, serão objeto de análise os elementos jurídicos que compõem o crime de aborto e suas modalidades.

2.1. Os direitos do nascituro

O nascituro é o ser que foi concebido no ventre materno, mas ainda ali se encontra, estando por nascer (FRANÇA, 2001).

Apesar de a lei não lhe conferir o título de pessoa, ela resguarda-lhe, em seus direitos futuros, “através de medidas que salvaguardam seus inalienáveis interesses. Desse modo, não é apenas o recém-nascido que merece a proteção legal” (Idem, p. 232).

O Código Civil Brasileiro garante ao nascituro, desde sua concepção, o resguardo aos seus direitos, *in verbis*: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O ordenamento jurídico pátrio prevê direitos e garantias ao ser humano nascido, mas há pontos de vistas diversos sobre a questão do nascituro, sendo assim, Barros *apud* Marques⁷, trouxe à baila um conceito que ele expõe muito bem a questão:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*⁸. Seja qual for a conceituação há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e, por isso, lhe

⁷ BARROS *apud* MARQUES (2000, p. 199).

⁸ Do latim: em espécie. In: Carletti, 2000.

salv guarda de eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é uma pessoa condicionada; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de uma condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama PLANIOL de antecipação da personalidade.

São garantidos direitos ao nascituro “desde a fecundação, existindo como uma instituição própria e independente, objeto de relação jurídica, fundamentada no respeito à vida humana e numa expectativa de quem vem a ser uma pessoa” (FRANÇA, 2001, p. 232).

Não há outro sentido sobre essa política protecionista em favor do feto humano senão, “a imperiosa necessidade de se preservar a mais indeclinável das normas da convivência humana: o respeito pela vida” (Idem, p. 233).

O professor Marques (2000, p. 199) dispõe algumas linhas acerca dos direitos do nascituro:

Alguns entendem que o nascituro tenha personalidade jurídica desde a concepção. Para outros, os direitos reconhecidos e a favor do *infans conceptus*⁹ não surgem no momento da concepção porque pressupõe sempre a ocorrência posterior do nascimento há uma antecipação da personalidade, como fala ADRIANO CUPI, que depende do nascimento. Há, também, os que entendem que o *infans*¹⁰ possui, desde a concepção, uma personalidade condicionada: tem ele essa personalidade *sub condicione*¹¹, subordinada que se acha a um evento futuro, que é o seu nascimento.

2.2. O Crime de aborto

De acordo com os ensinamentos doutrinários, o conceito de aborto é dado como “a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção” (CAPEZ, 2007, p. 110).

⁹ Do latim: Criança concebida. In: Carletti, 2000.

¹⁰ Do latim: Criança (Idem).

¹¹ Do latim: Condicionada (Idem).

O Código Penal Brasileiro tratou de tipificar tal conduta ao enumerar os delitos previstos em seus artigos 124 e seguintes.

Acontece que para a compreensão deste crime, se faz necessário conhecer os elementos que compõem seu tipo penal, os quais, diante de sua ausência, impedem sua configuração.

Deste modo, serão tratados à seguir, os elementos configuradores do crime de aborto.

2.2.1. Objetivo jurídico

O objetivo principal que o crime de aborto trata é a proteção do direito à vida do feto, embrião ou óvulo.

Essa proteção, portanto, destina-se à preservação da vida humana intrauterina, encontra-se instalada desde “a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo” (MIRABETE, 2001, p. 93), ao passo que, “ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas da vida” (Idem).

São oportunos, também, os dizeres de Jesus (2004, p. 120), segundo o qual a proteção destinada ao feto “não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção vive, o que é suficiente para ser protegido”.

Importante salientar que o crime de aborto insere-se no rol dos chamados crimes materiais, por sua conduta provocar um resultado, qual seja, a morte do feto, e “é crime de dano e não de perigo, uma vez que se consuma com a efetiva lesão do objeto jurídico. Crime de forma livre, pode ser executado por qualquer meio, ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral”. (Idem, p. 120 e 121).

2.2.2. Sujeitos ativo e passivo

O delito de aborto, quando praticado pela gestante, é um crime próprio, sendo essa o sujeito ativo, mas “nas outras modalidades trata-se de crime comum (consentido ou dissentido), podendo o sujeito ativo ser qualquer pessoa” (COSTA, 1986, p. 113).

E no tocante à modalidade de aborto consentido:

Há necessidade do concurso de no mínimo duas pessoas, revestindo-se do caráter bilateral ou recíproco. Se a gestante não é executora, mas bastando a sua tolerância ou conivência com o executor, ao entregar-se voluntariamente para a prática abortiva, há co-participação mediante atos omissivos e não cumplicidade negativa (Idem).

Quanto ao fato de quem pode ser o sujeito passivo do crime de aborto, aduz Teles (2004, p. 174) sobre a divergência doutrinária de quem é esse sujeito, de modo que “para uma parte da doutrina, é o ser vivo, seja o óvulo implantado, o embrião ou o feto, em todos os tipos de aborto, no aborto dissentido, também a gestante”.

Mas, perfilhando outro caminho, Mirabete (2001, p. 94) conclui que “o sujeito passivo é o feto, ou seja, o produto da concepção, recordando-se que a lei civil resguarda os direitos do nascituro (art. 4º do CC)”.

Esse entendimento é o comungado por Teles (2004, p. 174) ao afirmar que: “parece-me, também, mas adequada essa opinião. O ser em formação é protegido não só pela lei civil, mas também pela lei penal, todavia, não tendo personalidade jurídica, porque ainda não nasceu, não pode ser titular à vida”.

2.3. Elemento objetivo e subjetivo

Sabido é que a vida intrauterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja: a concepção.

Segundo algumas doutrinas, sendo assim, o que se visa é a proteção à vida humana, ou melhor, a vida intrauterina, o ser que ainda está para nascer.

Sendo a conduta positiva ou negativa que “venha a causar ou a permitir a produção do resultado, o fato se enquadra na descrição típica” (JESUS, 2004, p. 122), desta forma constitui forma livre o crime de aborto, obtendo também como núcleo do tipo “o verbo provocar, que significa dar causa, produzir, originar, promover. Em face disso, qualquer meio comissivo ou omissivo, material ou psíquico, integra a conduta típica” (Idem).

Sendo que a morte do produto da concepção pode vir a ocorrer no útero ou fora dele, importante se faz ressaltar sobre os processos utilizados para a realização do aborto:

Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênio (químicos), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona etc. (orgânicos). Os meios físicos são os mecânicos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés etc.) ou elétricos (choque elétrico por máquina estática). Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral, etc.). (MIRABETE, 2001, p. 95).

Sendo o aborto punível a título de dolo, que “é a vontade de interromper a gravidez e de causar a morte do produto da concepção. Não existe aborto culposo” (JESUS, 2004, p. 123).

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se Mirabete (2001, p. 95):

O aborto é um crime doloso. É necessário que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo. Age com dolo eventual aquele que agride a mulher sabendo do estado de gravidez (RJTJESP 19/410; RT 436/349). Haverá, no caso, um concurso formal de delitos. A tentativa de suicídio de mulher grávida não é punível como tentativa de aborto.

2.4. Consumação de aborto

A consumação se inicia com os preparativos a serem executados e logra êxito quando ocorre a morte do feto, sendo de total irrelevância para que se obtenha a consumação, se esse tenha ocorrido dentro ou fora do útero materno.

Pelo mesmo pensamento, ensina o doutrinador Marques (2000, p. 194), que:

Consuma-se o crime com a morte do feto ou embrião. Pouco importa que a morte ocorra no ventre materno, ou fora dele. Irrelevante é, ainda, conforme foi visto, que o evento se dê com a expulsão do feto, ou sem que este seja expelido das entranhas maternas.

Sendo assim, importante verificar-se, desde o início da execução do crime de aborto, pois “a conduta típica começa a ser realizada e o fato se torna penalmente relevante, verifica-se no exato instante em que começa o ataque ao bem jurídico vida intra-uterina” (CAPEZ, 2007, p. 113).

Assim como no homicídio não se pune o crime impossível, no aborto também não se deve puni-lo, sendo que se o feto antes dos atos que provocariam o aborto, já se encontrava morto, pela simples razão que ensina Silveira *apud* Marques¹² “já não existe o bem penalmente tutelado, pouco importando a errônea suposição em contrário do agente”.

¹² SILVEIRA *apud* MARQUES, 2000, p. 194.

2.5. Figuras típicas

O crime de aborto encontra-se enumerado em cinco artigos, que vai do 124 ao 128, todos do Código Penal, que trata do aborto provocado pela gestante, com ou sem seu consentimento, do provocado por terceiro e também das causas excludentes da ilicitude, que é quando ocorre risco de vida para a gestante e nos casos de estupro.

De extrema importância é, analisar e observar as figuras típicas do crime de aborto:

1º) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

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

2º) aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante

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

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

3º) aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante

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

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

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

4º) aborto qualificado (art. 127);

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

5º) aborto legal (art. 128).

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

2.6. Formas delituosas do aborto

Conforme dito em linhas pretéritas, várias são as formas delituosas de aborto elencadas no Código Penal.

Sendo assim, é de extrema importância discorrer sobre cada uma delas, paralelamente, para que se entenda o quanto importante é o estudo do crime de aborto.

2.6.1. Auto aborto

O auto aborto é um crime próprio ou especial, sendo assim, somente a mulher gestante poderá praticá-lo.

No entendimento de Jesus, esse ilícito penal possui duas figuras típicas: a primeira como mencionada acima, que somente a gestante pode praticar e também quando esta consentir que outrem lho provoque (JESUS, 2004).

Sendo assim, no primeiro tipo “a gestante, por intermédio de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos, provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto” (Idem, p. 124) e na segunda figura típica “a gestante presta consentimento no sentido de que terceiro lho provoque o aborto” (Idem).

É notório que as penas cominadas para a gestante que pratica o crime de aborto são menores em relação às outras pessoas que o praticam, pois se entende que:

Via de regra, a gestante, com o espírito assaltado pela angústia, a aflição e o desespero decorrentes de pressões familiares, econômicas ou sociais, cede ao impulso abortivo, provocando em si mesma a interrupção da gravidez ou consentindo que outrem lha provocasse, enquanto o terceiro abortador, em princípio, age inescrupulosamente, animado pela ganância e por motivos econômicos. (PEDROSO, 1995, p. 271).

Pode haver também a admissibilidade de participação em que existe um terceiro que induz, instiga ou auxilia a gestante, mesmo que secundariamente a provocar aborto em si mesma, mas se porém “o terceiro executar ato de provocação do aborto, não será participe do crime do art. 124 do CP, mas sim autor do fato descrito no art. 126 (provocação do aborto com o consentimento da gestante). (JESUS, 2004, p. 124).

2.6.2. Aborto provocado com o consentimento da gestante

Tem-se por aborto consensual aquele que tem o consentimento, sinônimo de permissão, anuência, acordo e tolerância da gestante. (JESUS, 2004)

Neste tipo de delito, pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, como por exemplo quando “alguém induz a gestante a consentir que terceiro lhe provoque o aborto” (CAPEZ, 2007, p.119), mas “jamais poderá haver co-autoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher” (Idem).

Neste tipo de crime em que a gestante consente para que outrem lhe provoque o aborto, ela “simplesmente concorda, anui, autoriza, presta seu consentimento para que outra pessoa realize, em si, algum método interruptivo da gravidez, com o fim da morte do ser humano em formação” (TELES, 2004, p. 176).

Necessário se faz que a gestante tenha capacidade, não se tratando de capacidade civil, e sim mental, para que possa consentir que seja realizado o aborto. Desta forma:

Leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante. Se, ao contrário, a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o fato é atípico diante da norma que descreve o aborto consensual, adequando-se à definição do crime do art. 125 do CP, nos termos do que preceitua o art. 126, parágrafo único. (JESUS, 2004, p. 125).

O consentimento da gestante deve existir, desde o início da conduta até a consumação do crime e este pode ser expresso ou tácito, sendo elemento subjetivo do tipo o consenso:

A conduta da gestante não é meramente subjetiva. Seu comportamento não é simples omissão ou conivência. Ela coopera com o terceiro nas manobras abortivas. Não permanece inerte, mas colabora pelo menos com movimentos corpóreos (p. ex.: colocando-se em posição obstétrica). Não se omite, age (Idem, p. 126).

2.6.3. Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante

Essa espécie é a mais grave dos tipos abortivos, pois essa é praticada sem a anuência da mãe, ou seja, sem que ela tenha permitido, por isso “a pena é sensivelmente aumentada na qualidade e na quantidade” (NORONHA, 2000, p. 61).

Nessa espécie, pune-se o terceiro que sem o consentimento da gestante pratica na mesma o crime de aborto, sendo este obtido mediante a forma “real ou presumida. Real, quando o sujeito emprega violência, fraude ou grave ameaça. Presumido, quando ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental (CP, art. 126, parágrafo único)”. (JESUS, 2004, p. 125).

Sobre o dissentimento real da gestante, Hungria (1953, p. 291) acrescenta que:

Fraude é todo ardil tendente a induzir outrem em erro. Assim, seria viciado pela fraude o consentimento da gestante, se a esta se convencesse, astuciosamente, que o prosseguimento da gravidez lhe acarretaria a morte. Grave ameaça é toda aquela capaz de vencer a resistência de uma pessoa normal. O termo violência, no texto do parágrafo único do art. 126, significa o emprego de força física (*vis corporalis, vis absoluta, vis atrox*)¹³.

¹³ Do latim: Violência física. In: Carletti, 2000.

E, no que se refere à modalidade presumida, cabe salientar que a gestante menor de 14 (quatorze) anos de idade é considerada como se tivesse “desenvolvimento mental incompleto, não podendo consentir validamente. Também não é válido o consentimento da alienada (que sofre de doença mental) e da débil mental (com desenvolvimento mental retardado)” (MIRABETE, 2001, p. 98).

2.6.4. Aborto qualificado

Uma maneira encontrada para se diminuir a violência cometida contra aqueles que ainda não nasceram foi a de se ter incluído uma espécie de qualificadora para os arts. 125 e 126, sendo assim:

As penas dos crimes de aborto provocado, com e sem o consentimento da gestante, são aumentadas de um terço se, em consequência do fato ou dos meios empregados para a provocação, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (CP, art. 127). (JESUS, 2004, p. 127).

Como dito acima, somente se qualifica o crime de aborto nos casos dos art. 125 e 126 e não ao 124, pois: “as formas qualificadas são aplicáveis exclusivamente aos crimes descritos nos arts. 125 e 126 do CP. Não se aplica ao aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento o art. 124, uma vez que a legislação penal brasileira não pune a autolesão”. (Idem).

No caso de a gestante sofrer lesão corporal leve, em consequência dos meios empregados para provocar o aborto “o sujeito só responde pelo aborto, não se aplicando a forma típica qualificada do art. 127. Ocorre que a lesão leve constitui resultado natural da prática abortiva e o CP só pune a ofensa corporal desnecessária e grave” (Idem).

Visto que se trata de crime qualificado pelo resultado: “pune-se o primeiro delito a título de dolo (aborto); o resultado qualificador, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave, a título de culpa (CP, art. 19). (Idem).

2.7. Aborto legal. Causas excludentes da ilicitude

Aqui serão tratadas aquelas formas de aborto em que não se pune o médico pela sua prática, não deixando de ser crime, mas somente de ser punível o médico que o pratica.

Sendo assim, será discorrido, primeiramente, sobre o aborto no caso de a gestante estar correndo perigo de morte e nos casos em que a mulher engravide em decorrência do crime de estupro.

2.7.1. Aborto necessário ou terapêutico

Esta espécie de aborto trata necessariamente, de um estado de necessidade, sem que para isso seja exigido que o perigo de vida seja atual, pois é uma situação delicada para a gestante, porque “é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual” (CAPEZ, 2007, p. 124 e 125).

E continuando menciona que “há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto)” (Idem), dessa forma: “não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro” (Idem).

Sendo que o aborto necessário é caracterizado no estado de necessidade, o legislador foi bem claro ao consignar a “possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante” (MIRABETE, 2001, p. 98) neste caso “não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante” (Idem).

Quando se trata de aborto necessário, a demora para esse procedimento não pode existir, pois se trata de perigo de morte para a gestante, desta feita na falta de médico, poderá a enfermeira praticar o aborto, não por causa:

Do art. 128, uma vez que esta disposição só permite a provocação por médico. Na hipótese, a enfermeira é favorecida pelo estado de necessidade previsto no art. 24 do estatuto penal, que exclui a ilicitude do fato. No caso do aborto sentimental, porém, a enfermeira responde pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: deve ser médico. (JESUS, 2004, p. 128).

O inciso I do art. 128 diz que o médico não necessita do consentimento da gestante para intervir, sendo assim: “Cabe ao médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intra-uterina). (MIRABETE, 2001, p. 99).

Como já se observou que o aborto necessário realizado pelo médico encontra guarida no estado de necessidade, torna-se importante salientar quais são os fatos que vão determinar o estado de necessidade, sendo eles quando:

1 – a mãe apresenta perigo de vida; 2 – este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez; 3 – a interrupção da gravidez faça cessar esse perigo para a vida da mãe; 4 – esse procedimento seja o único meio capaz de salvar a vida da gestante; 5 – sempre que possível, com a confirmação ou concordância de outros dois colegas. (FRANÇA, 2001, p. 246).

2.7.2. Aborto sentimental, humanitário ou ético

Esta modalidade de aborto também recebe a nomenclatura de piedoso ou moral, por ter esta forma de aborto sua indicação em casos de estupro. Também se trata de bastante polêmica e divergências entre os doutrinadores, pelo fato que uns acham correto a mulher abortar quando for vítima de estupro e outros que não concordam, pois dizem tratar de uma vida, e não poder esse ser indefeso pagar por um crime que não cometeu.

Mirabete (2001, p. 99) trata, em sua doutrina, da justificativa para a legalização da prática do aborto no caso de crime de estupro:

Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado. Além disso, freqüentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade.

Na mesma corrente de pensamento, encontra-se Teles (2004, p. 184):

O estupro é uma violência inominável. Se dele resulta gravidez, não pode o Direito obrigá-la a gerar e, depois, ser mãe de quem não queria. Entre a vida que nasce de violação à liberdade e a liberdade de não gerar outra vida, esta prevalece. O direito de liberdade da mulher violentada é mais importante que o direito da sociedade de ver nascer mais um indivíduo. Quando a vida é fruto de violação da liberdade, não é vida digna da proteção social.

Visto que se defende o princípio do estado de necessidade em tais situações, oriundas de um grave dano à pessoa, o legislador:

Atendeu unicamente a razões de ordem ética e emocional, evitando-se, dessa maneira, a vergonha e a revolta da mulher violentada, que traria no filho a imagem de uma ofensa e de uma humilhação, testemunha da sua desgraça e da sua desonra. (FRANÇA, 2001, p. 246).

Foi visto que para que se praticasse o aborto necessário, não era preciso que a gestante autorizasse sua prática, já no aborto em caso de estupro é de extrema importância que a gestante autorize que se faça o aborto, caso não tenha capacidade para fazê-lo, também poderá ser feito através de seu representante legal (CAPEZ, 2007).

Desta forma, exigência nenhuma faz a lei que haja “autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico” (Idem, p. 127).

No caso de não ter havido estupro e o médico, induzido a erro, pratica o aborto na gestante “não responderá pelo crime de aborto (erro de tipo permissivo)”. (MIRABETE, 2001, p. 100).

Para França (2001, p. 246), difícil de ser justificada é essa forma de aborto pois:

Seria garantir ao médico o direito de atentar contra uma vida. Se não aceitamos, por tradição e por índole, a pena de morte de um criminoso, por mais cruel e hediondo que seja o crime, como iríamos permitir a morte de um ser inocente? Toda sociedade e toda forma de direito assentam-se no respeito inviolável à vida humana, e esse respeito deve estender-se desde a fecundação até o último alento da criatura. Essa inviolabilidade não é apenas uma convenção, mas o fundamento de todo Direito.

Dando continuidade ao assunto acima referido, ensina o doutrinador que:

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

Diante de tamanha revolta e inconformidade do doutrinador, conclui ele, então, o seguinte:

Infelizmente, nessas situações, a lei deixa de amparar e preservar uma vida humana, justificando-se em sentimentos eminentemente individualistas, o que vem contrastar com todo fundamento do Direito. Assim, o aborto sentimental nos enche de terríveis dúvidas, pois não nos parece de boa lógica que o sacrifício de uma vida possa reparar uma crueldade já praticada. É simplesmente aplicar a pena de morte a um “réu” indefeso e sem culpa, que pagará unicamente pelo crime praticado por outrem: triste forma de se fazer justiça; estranha maneira de se reparar um crime. (Idem).

2.8. Outras espécies de aborto

Este tópico refere-se àquelas espécies de aborto que foram esquecidas pelo nosso Ordenamento Jurídico, por não terem sido elencadas dentre as diversas espécies de aborto de que trata o Código Penal.

Porém, são interessantes e também importantes de serem estudadas, sendo encontradas somente em algumas doutrinas.

2.8.1. Aborto natural e acidental

Por se tratar de uma forma natural, que ocorre sem que a gestante queira, nem é muito encontrada nos livros, porém, importante ser mencionada, sendo que: “Consiste na interrupção espontânea da gravidez. Nesta hipótese não há crime”. (CAPEZ, 2007, p. 127).

Assim como no aborto natural, o aborto acidental, também é um tipo de aborto que ocorre sem que a gestante queira, pois “É aquele que decorre de traumatismo ou outro acidente. Aqui também não há crime”. (Idem, p. 128).

2.8.2. Aborto eugenésico, eugênio ou piedoso

Este tipo de aborto não é permitido em nossa legislação, sendo assim, sempre que se fizer aborto para evitar que nasça uma criança com alguma anomalia ou deformação, será considerado como crime, pois “mesmo não tendo forma perfeita, existe vida intra-uterina, remanescendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente” (CAPEZ, 2007, p. 128).

Existe também casos de feto anencéfalo, ou seja, que não possui cérebro. Dessa forma, mesmo que se o feto conseguir ir até o nono mês de gestação, impossível que ele viva muito tempo depois de sair do ventre materno, por isso “no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico. (Idem, p. 128 e 129)

Totalmente contra aos pensamentos descritos acima é o de França (2001, p. 246), sobre o aborto eugênico, assim o trata:

Ninguém poderia negar o direito de uma criança nascer saudável e perfeita. Todavia, isso não nos autoriza a retirar de seres deficientes o direito à vida. A vida de um deficiente necessita, antes de tudo, de proteção e amparo, e nunca de repressão. Ninguém é tão desprezível, inútil e insignificante que mereça a morte.

2.8.3. Aborto social ou econômico

Geralmente esse tipo de aborto é cometido por famílias pobres, que não têm condições de sustentar e arcar com as despesas de mais um filho, agravando ainda mais a situação financeira e social. Só que a mãe que comete este tipo de aborto, estará cometendo crime, pois não pode ser aceito como justificativa tais motivos sociais e econômicos.

Essa é uma modalidade de aborto, do ponto de vista social, mais repugnante, por isso: “Pune-se inquestionavelmente, o aborto social (ou econômico), realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante, bem como o *honoris causa*¹⁴, praticado em decorrência da gravidez *extramatrimonium*¹⁵”. (MIRABETE, 2001, p. 101).

Tem pensamento semelhante ao de Mirabete, o professor de Medicina Legal França (2001, p. 248):

A interrupção de uma gravidez por motivos econômicos ou sociais não estaria, de forma alguma, justificada, pois o Estado não poderia ameaçar a existência de alguém por motivos dessa natureza. Permitir a morte de um ser humano por motivo de falta de recursos suficientes para sua manutenção da vida, sendo essa forma um atestado insofismável da falta de coragem em afirmar que tais problemas podem ser resolvidos com medidas de ordem social que dêem à mulher condições de criar seus filhos.

2.8.4. Aborto por motivo de honra

Essa também é uma espécie de aborto repugnante, pois matar um ser indefeso e inocente, apenas para esconder a desonra da mulher, é um retrocesso a todo direito fundamental, sendo que também comete crime a mulher que o pratica.

Ante as mais diversas consequências familiares e sociais, uma das causas mais frequentes do aborto criminoso é, indiscutivelmente, a proteção da honra e da reputação. Por isso, dentre os motivos elencados no parágrafo anterior é que:

Nessa forma de aborto, a mulher coloca-se na difícil situação de manter a honra e preservar o fruto do seu afeto. De início, o amor sobreleva-se à honra e surge a gravidez. Em seguida, a honra sobrepõe-se ao amor e impõe-lhe a destruição do filho. (FRANÇA, 2001, p. 248).

¹⁴ Do latim: Por causa da honra. In: Carletti, 2000.

¹⁵ Do latim: Fora do matrimônio (Idem).

Importante também se faz mencionar um conceito que traz França (2001, p. 249) sobre o que seja honra: “honra é o conceito que toda pessoa tem de sua própria dignidade. O conceito que os outros possam ter de alguém no máximo deve chamar-se de reputação”.

Portanto, cumpre finalizar que:

Trazer a espécie Aborto Por Motivo de Honra ao corpo do novo estatuto penal não reflete senão um infeliz retrocesso e a triste confissão de que a sociedade não evoluiu nos seus conceitos, nem se redimiou dos seus preconceitos falsos, posto que nenhuma gravidez pode-se considerar imoral a não ser que os propósitos que a motivaram sejam ilícitos e desonestos. (Idem, p. 248 e 249).

Diante de tudo que foi exposto, deu-se por encerrado este capítulo, para no próximo dar continuidade ao trabalho acerca da visão de diversas religiões existentes no mundo, mostrando também o posicionamento da medicina, que envolve o tema objeto de estudo deste trabalho.

3. AS RELIGIÕES E O ABORTO

As diversas doutrinas religiosas de nossa sociedade sempre se preocuparam com a questão do aborto, tanto que passaram a difundir suas posições aos seus fiéis, razão pela qual o tema chegou ao acesso de todos.

O objetivo deste trabalho é justamente abordar o tratamento que as religiões pregam quanto à prática do aborto, bem como o posicionamento da medicina sobre o tema, tendo em vista que é um ramo extremamente ligado ao caso.

3.1. A posição da Igreja Católica e a teoria da infusão da alma

Para a Igreja Católica, é pecado de primeira grandeza o crime de aborto, tanto que a pessoa que o comete é punida com a pena máxima de excomunhão.¹⁶

Essa posição se baseia “na aceitação de que o zigoto, embrião ou feto é considerado um ser humano completo desde o momento da fertilização, e que não há absolutamente nenhuma justificativa moral para matar uma vida inocente” (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 137).

Dando seguimento a esta teoria, o catolicismo “entende que sempre há um ser humano completo desde o momento da fertilização, e que este continuará seu desenvolvimento no ventre da mulher e ao longo de toda a sua vida” (Idem).

Na concepção de São Basílio, o fato de o espermatozóide fecundar o óvulo já garante no ser humano a presença de sua alma, razão pela qual o aborto será considerado um assassinato:

¹⁶ Privação dos direitos por pertencer à Igreja, incluindo o acesso aos sacramentos. In: FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 136.

A alma era infundida no novo ser no momento da fecundação. Esta teoria, denominada animação imediata, proibia o aborto em qualquer fase, já que a alma passava pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro com o espermatozóide (VERARDO, 2004, p. 49).

O Concílio de Trento¹⁷ passou a adotar a chamada doutrina da animação mediata, sendo que: “o movimento era uma expressão da alma, o que significa que o feto passaria a ter alma no instante em que a mulher sentisse os primeiros movimentos em seu ventre” (Idem).

Dessa forma, a teoria da animação imediata, através do Papa Pio IX, foi restabelecida, sendo assim: “a posição atual da Igreja. As pessoas que fizerem aborto, seja qual for o motivo, serão punidas com a excomunhão” (Idem).

Tais referências podem ser encontradas em dois textos do Papa Pio XII, Alocução às parteiras e Discurso às famílias numerosas, já que a Bíblia não se refere a esse tema:

Vejamos o que diz no primeiro: a criança, mesmo antes de nascer é ‘homem’ no mesmo grau e na mesma qualidade de sua mãe. E o segundo: este princípio (de respeito à vida humana) vale tanto para a vida da criança quanto para a da mãe. Jamais, em caso algum, a Igreja disse que a vida da criança é preferível à vida da mãe, (...) Não, nem a vida da mãe nem a da criança devem ser vítimas de supressão direta. De um lado como de outro não fazemos senão uma exigência: façam-se todos os esforços para salvar a vida dos dois, da mãe e da criança. (...) Se, malgrado todos os esforços da ciência, surgirem casos em que se pode prever a morte da mãe (...) nada mais resta ao homem, que até o último momento se esforçara para salvá-la, que curva-se como respeito diante das leis da natureza e das disposições da Divina Providência (Idem, p. 49 e 50).

¹⁷ O Concílio de Trento, realizado de 1545 a 1563, foi o 19º concílio ecuménico. É considerado um dos três concílios fundamentais na Igreja Católica. Foi convocado pelo Papa Paulo III para assegurar a unidade da fé (sagrada escritura histórica) e a disciplina eclesiástica, no contexto da Reforma da Igreja Católica e a reação à divisão então vivida na Europa devido à Reforma Protestante, razão pela qual é denominado como Concílio da Contra-Reforma. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conc%C3%ADlio_de_Trento – Acesso em 10.10.09.

Por fim, o Código de Direito Canônico prevê penalidades para a prática do aborto, dentre as quais estão a inaptidão para o sacerdócio e a excomunhão (Idem, p. 51).

3.2. A perspectiva protestante

O protestantismo, ao contrário do catolicismo, apresenta diversas correntes, tais como: “batista, luterana, metodista, presbiteriana, episcopal e unitária” (VERARDO, 2004, p. 55), o que a leva a não apresentar uma posição homogênea em relação ao aborto.

Porém, os protestantes consideram a vida como algo sagrado, concordando que o aborto não deve ser utilizado como instrumento no controle da natalidade e fazem “sérias objeções à interrupção da gravidez, mas não tanto a ponto de dar o mesmo valor à vida do feto que à vida da mãe” (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 143), pois:

Eles acreditam que a vida humana em desenvolvimento merece grande respeito desde o início da gestação, porém não reconhecem o mesmo nível de direitos ou de valor moral quanto o que merece uma pessoa após o nascimento (Idem).

Conforme dito, a posição protestante acerca do aborto não é pacífica, pois a ala conservadora se mantém pela proibição dessa prática:

Alguns protestantes têm assumido um papel de liderança nos Estados Unidos, numa Coalizão Cristã de posição muito conservadora. Esta coalizão está atuando cada vez mais no cenário político desse país na promoção de mudanças na legislação e normas governamentais no sentido de dificultar o acesso ao abortamento (Idem, p. 44).

Por seu turno, a corrente unitária se posiciona na defesa da “legalização do aborto em casos de perigo mental ou físico para a mãe, em casos de gravidez, resultante de estupro, ou incesto ou por motivos de ordem física, mental ou econômica, desde que fortes a ponto de justificarem uma decisão pela interrupção da gravidez” (VERARDO, 2004, p. 56).

3.3. A perspectiva judaica

Os judeus baseiam sua religião no Velho Testamento da Bíblia, mas as suas normas religiosas mudam constantemente de acordo com as circunstâncias:

Para os judeus as realidades culturais e econômicas da modernidade afetam a prática religiosa, a justiça social e as normas éticas. A vida familiar, as famílias, a criação dos filhos e a sexualidade forma parte da prática da religião (FAUNDES; BARZELATO, 2004, p. 143).

A doutrina judaica permite a prática do aborto em determinadas situações:

O aborto aparece como uma opção para mulheres judias desde as fontes iniciais da Bíblia e do Talmud¹⁸. De acordo com o pensamento judaico o aborto se justifica moralmente só em certas circunstâncias, tais como quando a vida da mulher ou sua saúde física e mental estão em risco (Idem, p. 144 e 145).

Ademais, os judeus consideram o aborto como um assassinato que não é desejável, pois: “o mais importante é a saúde da mulher tanto no seu equilíbrio físico como psíquico, o que implica que, em caso de risco da mulher, o aborto é permitido, ficando a cargo da consciência individual” (VERARDO, 2004, p. 51).

¹⁸ S.m. Doutrina e jurisprudência da lei mosaica, com explicações dos textos jurídicos do Pentateuco, e a Michná, i.e., a jurisprudência elaborada pelos comentadores entre o III e o VI séculos. In: Aurélio, 1999.

Na concepção judaica, “a alma espiritual, o problema do momento de sua encarnação deixa de ter importância, pois ela voltaria a Deus em qualquer circunstância” (Idem, p. 52).

Mas, apesar de o judaísmo guardar certa unicidade, aparece em sua difusão acerca do aborto:

Em um deles o feto é parte do corpo da mulher e, portanto, não pode reclamar direitos morais iguais. Uma outra alternativa é proposta por Maimonides, no século XII. Segundo ele, nos casos em que a gravidez coloca em risco a vida e saúde da mulher, o feto pode ser considerado um “rodef” o agressor (literalmente: “um que persegue”), e matar um “rodef” é um ato de autodefesa permitido. A decisão deve ser tomada pela mulher em conjunto com o rabino como seu líder espiritual (FAUNDES; BERZELATTO, 2004, p. 145).

3.4. A perspectiva mulçumana

Para os mulçumanos, o feto é considerado um ser humano pleno quando incorpora a alma, porém seu livro sagrado não faz menção quanto ao aborto, sendo que “o Alcorão não discute explicitamente o aborto, mas condena o ato de matar, particularmente os próprios filhos” (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 146).

Importante se faz transcrever trecho do Alcorão acerca da concepção humana:

Criamos o homem da essência do barro. Em seguida, criamo-lo de uma gota de esperma que inserimos em lugar seguro. Então convertemos a gota de esperma em coágulo, que transformamos em bocadinho de carne e o convertemos em ossos. Depois os revestimos de carne, logo; animamos o todo (Idem).

Na visão islamita, “o ser gerado passa por diferentes estágios até tomar a forma humana, momento em que se dá a “animação do ser”, isto é, em que ele recebe

sua alma. Isso ocorre no fim do quarto mês de gestação” (VERARDO, 2004, p. 55), mas se ocorrer o aborto antes do quarto mês, com ou sem intenção de seu responsável, esse deverá pagar uma indenização equivalente a cinco camelos.

Sendo assim, a maioria das escolas mulçumanas proíbe o aborto depois de 120 dias de gestação, mas: “o aceita em qualquer momento se a gravidez colocar em risco a vida da mulher” (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 146).

3.5. As perspectivas hinduísta e budista

Os hinduístas têm, como principal pensamento, o de que a alma é indestrutível, dessa forma, ela está presente no ser desde seu início embrionário.

Com isso, sua tendência é se posicionar pela vedação ao aborto, como forma de garantir o aprimoramento do Karma¹⁹:

Uma vez que a alma se incorpora no novo ser desde o início da vida embrionária, o Hinduísmo idealmente rejeita o aborto, que seria a interrupção abrupta do processo natural de transmigração de um ser para outro, antes que tenha tido a oportunidade de aprimorar seu karma (FAUNDES; BARZELATTO, 2004, p. 149).

Mas, quando a vida da mulher estiver correndo perigo, o aborto pode ser autorizado:

No caso de uma gravidez em que a mulher corre risco grave de lesão ou até de morte, o Charak Samhita dá maior peso à vida da mulher do que à vida do feto, talvez porque o ser humano adulto é mais evoluído do ponto de vista do karma do que um embrião ou feto humano (Idem).

¹⁹ S.m. Filos. Nas filosofias da Índia, o conjunto das ações dos homens e suas consequências. [Liga-se o carma às diversas teorias de transmigração, e por meio dele se definem as noções de destino, do desejo como força geradora do destino, e do encadeamento necessário, por força desses dois fatores, entre os diversos momentos da vida dos homens.] In: Aurélio, 1999.

No tocante ao budismo, a maior concentração de seus fiéis encontra-se presente na China. Ademais, não existem registros em codificações que importem a proibição da prática do aborto.

Desde os tempos remotos, naquela região, a realização do aborto se dava quando a mulher estava diante de uma situação que a envergonhava ou a deixava constrangida perante a sociedade:

Por exemplo, quando a gravidez era resultado de prostituição, de relação fora do matrimônio, de incesto ou estupro, ou quando a vida da mulher corria perigo. Como o aborto era considerado antinatural e vergonhoso, era tratado como um assunto secreto e privado, porém não havia grande condenação religiosa e a atitude das pessoas era bem mais tolerante e compassiva, a menos que o aborto fosse realizado sem motivo justificável (Idem, p. 153).

Atualmente, a sociedade chinesa, em um todo, passou a aceitar a prática do aborto quando esse ato versar no sentido de comungar com os interesses sociais e da família:

Se o aborto é benéfico para a família ou para a sociedade então é razoável realizá-lo (...) vale a pena lembrar que a família patriarcal chinesa considerava os filhos como parte da propriedade privada do pai, de maneira que, para a maioria dos chineses, a necessidade de abortar é uma questão de escolha do pai, vergonhosa porém compreensível (Idem, p. 154).

3.6. A perspectiva espírita

A doutrina espírita prega que o espírito sempre existiu, ao passo que “a cada morte de um ser ele desliga-se desse ser para encarnar de novo em outro corpo” (VERARDO, 2004, p. 52).

O acontecimento de um aborto implica a impossibilidade de o espírito reencarnar, o que impede que o espírito possa progredir naquela nova oportunidade que lhe fora concedida:

O que temos, então, é uma perturbação no ritmo normal dos espíritos (...) Essa é a teoria que embasa principalmente o Kardecismo – derivada diretamente de Allan Kardec -, e, mesmo para outras derivações de linha espírita, o aborto é considerado crime (Idem).

Em uma de suas obras clássicas, “O Livro dos Espíritos”, Kardec (1995, p. 202) aponta que a vida biológica inicia no instante em que o espírito se insere na estrutura celular:

A união começa na concepção, mas só é completa por ocasião do nascimento. Desde o instante da concepção, o Espírito designado para habitar certo corpo a este se liga por um laço fluídico, que cada vez mais se vai apertando até o instante em que a criança vê a luz.

E acrescenta o líder espírita que:

Há crime sempre que transgrides a lei de Deus. Uma mãe, ou quem quer que seja, cometerá crime sempre que tirar a vida a uma criança antes do seu nascimento, por isso que impede uma alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando (Idem).

De acordo com o pensamento espírita, o aborto é crime, que pode ter atenuantes ou agravantes, como todo desrespeito à lei. Antes de ser uma conduta delituosa à lei dos homens, o ato de provocar o aborto constitui crime perante a Lei Divina ou Natural, o que implicará aos seus autores punições no plano espiritual.

No tocante ao aborto realizado mediante a prática de estupro, apesar de a legislação positiva entender por sua legalidade, os espíritas condenam duramente sua prática:

Perante a Lei Divina, sabemos que o espírito que reencarna não pode receber a punição arbitrária em face da violência cometida por outro. Violência que gera violência é um ciclo triste que necessita ser rompido com um ato de amor a um entezinho que aspira por mais uma oportunidade de evolução. O aborto provocado gera muitas vezes dolorosos traumas no espírito reencarnante, que sofre inclusive as dores da própria destruição física. Fetos, muitas vezes já com meses de gestação, são violentados, a pretexto de gravidez indesejada, quando sabemos que ninguém é filho de uma pessoa por casualidade. (Revista Internacional de Espiritismo – p. 307).

3.7. O posicionamento da medicina

Os médicos realizam suas atividades de acordo com o juramento de Hipócrates:

Não entregarei a ninguém, nem a seu pedido, um veneno letal, e jamais tomarei a iniciativa de uma tal sugestão. Da mesma maneira, não entregarei a nenhuma mulher um pessário abortivo. Pelo contrário, levarei minha vida e praticarei minha arte na inocência e na pureza (VERARDO, 2004, p. 52).

Apesar de o aludido juramento determinar que não será entregue nenhum “pessário abortivo” à mulher, o Código de Ética Médica – Lei nº 3.268/57 – prevê a possibilidade de o médico realizar o aborto na gestante, caso essa tenha engravidado em resultado de crime de estupro, *in verbis*:

Artigo 54. O médico não deverá provocar o abortamento, salvo quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro, mas sempre depois do consentimento expresso ou de seu responsável legal.

Assim, nota-se que a medicina não apresenta uma posição unitária acerca da realização do aborto, pois seu código de ética diverge de seus princípios, uma vez que o primeiro autoriza a prática do aborto nos casos legais e o outro fala de sua vedação.

O Cremesp – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – entende que o médico pode recusar fazer o aborto quando sua consciência ou por princípios éticos e morais o impedirem (Idem).

E o Cremerj – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro – se manifestou contrário à aprovação da Lei Estadual nº 832/85, a qual “obrigava a rede pública de saúde do estado a prestar atendimento à mulher nos casos de aborto já permitidos pelo Código Penal desde 1940” (Idem).

Dessa feita, o próximo capítulo abordará o tratamento jurídico e o posicionamento doutrinário sobre o aborto no caso de estupro.

4. ABORTO LEGAL POR ESTUPRO. DIREITO OU DEVER?

O CP trata do aborto em caso de estupro como sendo uma excludente da ilicitude, já mencionado em capítulo anterior, dessa forma, a mulher que sofre crime de estupro pode usar dessa brecha na lei, desde que o aborto seja praticado por médico.

Sendo assim, importante se faz também analisar os direitos não só da mulher gestante, como também os direitos do nascituro, desse modo, será feito uma análise minuciosa sobre o fato de a gestante ter o direito ou o dever de abortar quando essa gravidez for decorrente de estupro.

4.1. Uma breve análise sobre o crime de aborto

É de bastante notoriedade que este é um assunto polêmico e que existem bastantes divergências entre os doutrinadores, sendo assim, importante se faz enumerar os conceitos sobre o aborto, trazido por alguns deles, a começar por Gomes Neto (1961, p. 298) que diz que “a proibição do aborto, a qualquer termo da evolução do feto, é uma violência inominável que se pratica contra a pessoa humana”.

Dando continuidade, traz também Faria (1961, p. 44), sobre essa prática criminosa, seu conceito fundamental, por se tratar de crime contra a continuidade da estirpe, portanto “o fato da interrupção violenta de uma gravidez normal, legítima ou ilegítima ou ilícita, contrapondo-se ao processo fisiológico um processo patológico, com a finalidade de expelir um feto imaturo, que, por esse motivo, morre dentro ou fora do útero”.

O feto é tratado, desde sua concepção, como uma vida humana em formação que tem o direito de prosseguir e nascer, por isso, atualmente, é considerado como crime, em quase todas as legislações do mundo e:

Mesmo que se quisesse falar em vida num sentido mais técnico relativamente ao feto, não se poderia esquecer que ele é dotado de vida biológica ou vida intra-uterina, o que não deixa de ser vida. O feto tem capacidade de adquirir personalidade virtual, um ser vivente (FRANÇA, 2001, p. 243).

Para alguns, já existe vida desde a gestação, ficando claro que não se trata de vida autônoma, sendo assim “em qualquer momento, o produto da concepção está vivo, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa, assim, funções típicas de vida” (NORONHA, 2000, p. 55).

Portanto: “tanto é aborto a expulsão do óvulo no primeiro mês, como a de um feto de oito meses” (FARIA, 1961, p. 46).

Para França (2001, p. 247), as leis têm sempre, além de sua ação punitiva, o caráter educativo e purificador, mesmo sendo o aborto uma prática muito difundida, não se justifica sua legalização, pois:

Seria um risco muito grande excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos humanos. A vida é um bem tão intangível que é supérfluo dizer que está protegida pela Constituição Federal, pois como bem mais fundamental ela transcende e excede todos os seus dispositivos. É a partir da vida que emergem todas as necessidades de legislar. E quando excepcionalmente se admite, em caráter mais que desesperado, é sempre em defesa irrefutável da própria vida, como na legítima defesa, no estado de necessidade e no estrito cumprimento do dever legal.

De merecida atenção é a posição do advogado criminalista, mestre em Direito Penal, Luiz Flávio Borges D’Urso, que diz ser contra:

Às tentativas de se legalizar o aborto no Brasil, cobrando de nossos parlamentares a coerência em defesa da vida, pois quem é contra a pena de

morte, contra a eutanásia, contra o suicídio assistido, não pode posicionar-se a favor da eliminação da vida pelo aborto²⁰.

4.2. O Projeto de lei nº 20/91. Criação de uma norma para fazer aborto em hospitais públicos

Foi criado pelo, então ministro da saúde José Serra, no dia 09 de novembro de 1998, uma norma técnica para que pudessem ser feitos abortos em mulheres que houvessem sofrido violência sexual. Norma essa que foi intitulada de Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, de modo que “com uma só canetada, o ministro satisfazia a um antigo sonho dos abortistas: autorizar os hospitais públicos a matar criancinhas geradas em um estupro”²¹.

Já havia, desde o ano de 1991, um Projeto de lei nº 20/91, que estava a tramitar pela Câmara dos Deputados, sendo tal projeto de autoria, “dos deputados Eduardo Jorge (PT/SP) e da então deputada Sandra Starling (PT/MG), que pretendia obrigar o Sistema Único de Saúde (SUS) a praticar aborto nos dois casos não punidos pelo Código Penal”²².

Devido ser este um tema polêmico, os citados deputados perceberam que a oposição era grande, o que dificultaria que o Projeto se tornasse lei. Diante disso, apelaram para um atalho, “a caneta do ministro da saúde. Atropelando o Congresso Nacional e violando o Direito positivo brasileiro. A referida Norma Técnica, como por um passe de mágica, autorizou e instruiu os hospitais do SUS a fazerem aborto em crianças de até cinco meses de vida, com a condição de terem sido geradas em um estupro”²³.

²⁰ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

²¹ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> - Acesso em 02.11.09.

²² Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> - Acesso em 02.11.09.

²³ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> - Acesso em 02.11.09.

4.2.1. A legalização da norma técnica

Após acirrados debates e passados seis anos da criação do Projeto de Lei nº 20/91, foi somente com a entrada do ministro da saúde José Serra, que a Norma Técnica, intitulada como: Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, pôde ser aprovada.

Dessa forma, deu possibilidade àquelas mulheres que engravidam, em decorrência de serem vítimas de estupro, a abortar pelo SUS, ou seja, sem pagar nada, tudo por conta do Estado.

Quando o Projeto de Lei nº 20/91 foi apreciado, recebeu votação empatada em 23 votos, desempate desfeito pelo parecer da relatora Zulaiê Cobra, na data de 20 de agosto de 1997. À época, Carlos Albuquerque ainda era ministro da saúde e declarava-se totalmente contra o aborto, devido a isso, foi ele quem deu bastante trabalho para que tal projeto se tornasse lei, pois disse que: “se tal projeto fosse aprovado, pediria ao Presidente da República para vetá-lo”²⁴.

Então, para que os abortistas pudessem comemorar a vitória de terem conseguido um precedente para a prática do aborto, foi preciso esperar pela mudança do ministro da saúde, e seria cômico se não fosse trágico, a começar pelo título de tal documento, que é “Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – Norma técnica – 1ª edição – Brasília – 1998.” Daí em diante, eles nomenclaturam o crime de aborto como sendo o “esvaziamento da cavidade uterina”, logo em seguida ao feto trucidado chama-se “concepto” e, por último, as sobras, os restos mortais dos bebês são chamados de “material embrionário ou fetal eliminado”. E para que as gestantes pudessem realizar tais atos eram necessários os seguintes requisitos:

Para a prática do aborto, basta a apresentação de um Boletim de Ocorrência Policial, o que se obtém em qualquer delegacia e não constitui prova alguma da existência do estupro. Não são obrigatórios o registro de Atendimento Médico à época da violência sofrida nem o laudo do Instituto Médico-Legal.

²⁴ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

As portas estão escancaradas para a falsificação de estupros e o aborto em série²⁵.

O que faz uma proibição legal tornar-se crime é a própria lei, é ela que descreve alguma conduta humana e diz: isto é crime, porém existem ilícitos que não são considerados como crime, mas mesmo assim, ainda que o aborto não fosse considerado como crime, o ministro da saúde não poderia baixar essa norma técnica, autorizando sua prática nos hospitais públicos, visto que não possui competência para legislar em matéria penal.

E como se não bastasse a fragilidade dessa norma, para se assassinar a criança, ou melhor, o feto, existem várias formas de cometer essa brutalidade sem tamanho com o ser inocente e sem defesa alguma que ali se encontra alojado; só vai depender de sua idade gestacional:

Até 12 semanas (três meses), recomenda-se o esquitejamento (curetagem) ou a aspiração da criança em pedacinhos. Entre 13 e 20 semanas (até cinco meses) recomenda-se o uso do misoprostol, substância que causa violentas contrações no útero e expulsa o bebê. Acima de 20 semanas (não sei por que motivo) o Ministério da Saúde recomenda poupar a vida do inocente²⁶.

4.3. A autorização judicial

Quanto à questão da autorização judicial para a realização do aborto, diz-se que ela não é exigida, cabendo ao médico decidir, se faz ou não o aborto daquela mulher que se diz ter sido vítima de estupro.

Nos dias atuais, tem-se entendimento consagrado, mediante os termos do art. 128, II, do CP, que é permitido por lei ao médico praticar o aborto em vítima de estupro:

²⁵ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

²⁶ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

Dispensada a autorização judicial. Se a lei permite, não há que se exigir manifestação do Poder Judiciário em termos concessivos. A prova do estupro não se limita à existência de processo contra o estuprador ou sentença condenatória proferida contra o agente. Recomenda-se que o médico obtenha o consentimento da mulher ou de seu representante, por escrito, com testemunhas idôneas (SALLES JUNIOR, 1999, p. 189).

Entendimento de bastante sabedoria é o de Noronha (2000, p. 66) sobre esta questionada prova do estupro, diz ele que de início “deve afastar-se a exigência de sentença criminal transitada em julgada” e continua: “em comarcas como as de São Paulo, Rio de Janeiro e outras, até a sentença transitar em julgado, a mulher poderá ser mãe duas ou três vezes”. (Idem).

Seguindo pela mesma linha de raciocínio, Mirabete (2000, p. 100) entende que é desnecessária a “existência da sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial”.

Destartes, será admitido como prova da ocorrência do estupro, “boletim de ocorrência, declarações, atestados, etc. Não havendo menção na lei à necessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental, não há legítimo interesse num pedido com tal finalidade” (Idem).

4.4. O aborto no caso de estupro não é punível, porém não deixa de ser considerado como crime

É sabido de todos que alcançar a perfeição é, hoje em dia, complicado. Por isso, nossa legislação às vezes também peca então, o Dr. Leonídio Ribeiro critica a deficiência dos termos do texto legal, e se manifesta: “a nova lei penal deixará impune o aborto sempre que a mulher afirmar que foi vítima de violência carnal, de que resultou gravidez” (FARIA, 1961, p. 59).

Basta que se observe o Código Penal em seu art. 124, para vermos que o aborto é crime, porém o art. 128, inciso II, diz que não se pune o médico. O que houve foi

uma causa de excludente da ilicitude, o que não quer dizer que este médico não está cometendo um crime. Seria o mesmo que falar que não existe furto no caso de ascendentes ou descendentes, porque quando estes cometem tal ilícito penal, o Código deixa de puni-los devido aos laços familiares, todavia, não deixou de cometer um crime, posto que furto é sim um delito, ao mesmo passo que o aborto também o é.

Sobre o assunto acima transcrito, é importante o que explica o juiz de Direito no Distrito Federal, Dr. Marco Antônio Silva Lemos:

Demais disso, convém lembrar, logo de imediato, que o art. 128, CP, e seus incisos, não compõem hipóteses de descriminalização do aborto. Naquele artigo, não está afirmado que “não constitui crime” o aborto praticado por médico nas situações dos incisos I e II. O que lá está dito é que “não se pune” o aborto nas circunstâncias daqueles incisos. Portanto, em nossa legislação penal, o aborto é e continua crime, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. Apenas – o que a legislação infraconstitucional pode e deve fazer, porque a Constituição, como irradiação de grandes normas gerais, não é código e nem pode explicitar tudo – não será punido penalmente, por razões de política criminal²⁷.

Diante disso, ensina Walter Moraes, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que: “se o aborto que o Código Penal chama de necessário, ou por causa de um estupro (art. 128), não fosse crime, ainda assim seria um ilícito jurídico, pois é justamente uma forma de homicídio proibido na fórmula constitucional ‘inviolabilidade do direito à vida’ ”²⁸.

De tal forma para que o art. 128, inciso II, do Código Penal de 1940, não fosse considerado como crime, teria o legislador que fazer uma reforma total em todo o ordenamento jurídico pátrio, inclusive no Código Civil que defende os direitos do nascituro e na Constituição Federal de 1988, que assegura vários direitos acerca da integridade da pessoa humana, dentre outros vários direitos.

²⁷ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

²⁸ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

4.5. As reformas necessárias para que o aborto no caso de estupro deixasse de ser crime

Seria necessária uma reforma geral em todos os artigos, incisos e parágrafos dos Códigos e Leis que protegem a vida humana para que o crime de aborto, no caso de estupro, deixasse de ser considerado como crime.

Sendo assim, continuando por esse mesmo pensamento, de nada valeria que fosse assegurada a inviolabilidade do direito à vida, contido no art. 5º, *caput*²⁹, da CF/88, pois seria no mínimo estranho proteger a igualdade, a segurança e a propriedade, sendo que como poderia um morto gozar de tais direitos?

De grande importância também é o que reza o inciso XLV do mesmo diploma que menciona que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, então como pode a lei permitir que se mate um feto inocente por decorrência de um crime que ele não cometeu?

Dentre essas, seriam necessárias uma reforma geral, como já dito alhures, mencionando outras delas, no sentido de:

Retirar o art. 227 da Constituição Federal que diz: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida”.

Seria preciso revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), sobretudo o seu art. 7º, que diz: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o seu nascimento”.

Seria preciso revogar o Código Civil, com todos os direitos assegurados ao nascituro desde a sua concepção, conforme diz seu art. 4º: “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Em resumo, para que o aborto em caso de estupro deixasse de ser ilícito, seria preciso fazer uma verdadeira revolução na legislação brasileira. Nem sequer uma emenda constitucional que abolisse o direito à vida seria possível, pois diz o art. 60 § 4º da Constituição Federal: “Não será objeto de

²⁹ Do latim: cabeça, principal. In: Luiz, 2000.

deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e as garantias individuais”³⁰.

4.6. A inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro

Muito interessante e de extrema importância é o que diz o juiz de direito Levine Raja Gabaglia Artiaga, da 4ª Vara Criminal de Rio Verde (GO) sobre o aborto, quando for decorrente de estupro, sendo que fere o direito à vida. Dessa forma, a lei que permite o aborto quando a gravidez for decorrente de estupro, é “inconstitucional. O inciso II, do artigo 128, do Código Penal, que prevê o aborto nesses casos, afronta o artigo 5º da Constituição. Assim, ele negou o pedido de uma vítima de estupro para abortar”³¹.

Diz, também, que esta permissão fere “o bem jurídico mais protegido no ordenamento constitucional, decorrente do próprio direito natural”. O juiz afirma que não se deve admitir normas que transgridam o direito à vida para garantir bens jurídicos de equivalência inferior”³².

Vários doutrinadores que são favoráveis ao aborto quando esse for decorrente do crime de estupro, pelo pensamento de que a mulher sendo dona de seu próprio corpo, pode dispor dele como bem entender e também que além da violência e humilhação a que fora acometida, não é obrigada a cuidar de um filho que foi gerado de um ato violento e não desejado. Dessa forma, o juiz Artiaga diz que esse pensamento “afronta o sistema constitucional. Também viola as garantias esculpidas no Código Civil e usurpa os direitos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere ao nascituro alguns direitos personalíssimos, como direito à vida, proteção pré-natal, entre outros, anota”³³.

E, para finalizar, o juiz conclui que:

³⁰ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

³¹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz - Acesso em 02.11.09.

³² Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz - Acesso em 02.11.09.

³³ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz - Acesso em 02.11.09.

O direito à vida somente pode ser afastado para garantir outro bem juridicamente de equivalência igual ou superior. Ele citou como exemplo a norma que trata da violência presumida para menor de 14 anos que mantiver relações sexuais. Para ele, a garota que tenha engravidado antes de 14 anos terá permissão legal para a prática de aborto, “bastando que seu representante legal firme seu consentimento, conforme disposto no artigo 128, II, do Código Penal, o que configura verdadeira aberração jurídica”³⁴.

4.7. A clandestinidade dos abortos

Sabe-se que são inúmeros os casos de abortos clandestinos, o que acarreta risco de vida àquelas mulheres, que, em face da ilegalidade, submetem-se a curiosos sem técnica, sem condições mínimas de higiene, a fim de interromperem sua gravidez, devido não ser permitido por lei a realização de abortos, sendo esse argumento desmentido:

Pelos países que legalizaram o aborto, pois, lastreados nessa razão, surpreenderam-se, ao depois da legalização, quando constataram que as clínicas clandestinas não desapareceram, verificando-se que a clandestinidade não é resultante da lei, mas muito mais, da própria condição psíquica de algumas mulheres que abortam, pois preferem, apesar da legalidade – naqueles países, manterem o anonimato³⁵.

Dessa realidade:

Verificou-se a permanência dos abortos clandestinos e todos seus riscos e ao lado, um aumento dos casos de aborto, porquanto, legalizado, autorizado, nada estava a impedir o aborto por ímpeto, por egoísmo, por qualquer motivo revelador de uma simples “vontade”³⁶.

O professor Maurizio Mori, bioeticista e filósofo italiano, na obra *A Moralidade do Aborto*, estuda esse fenômeno, comentando sobre os vários argumentos de

³⁴ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz - Acesso em 02.11.09

³⁵ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

³⁶ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

ambos os lados da questão, lembrando o efeito psicológico que a legalização do aborto provocaria:

“...considerando que a lei tem uma importante função pedagógica, pois as pessoas são levadas a considerar como justo o que é permitido juridicamente, uma legislação permissiva sobre o aborto seria intolerável porque deformaria as consciências, em particular as dos jovens”. Tal distinção entre o justo e o legal, entre o moral e o jurídico, embaralha-se, fazendo crer que uma vez legalizado o aborto, sob qualquer pretexto, poderá realizar-se um, em total desprezo à vida consistente naquele feto³⁷.

Diante disso, enche-se de terríveis dúvidas se se permitir a legalização do aborto traria menos abortos clandestinos, que é a maior preocupação do nosso legislador ao permitir que a gravidez decorrente do crime de estupro seja autorizada.

4.8. A visão de diversos doutrinadores sobre, se deve ou não, a mãe abortar um filho concebido através do estupro

Desde os primórdios, o tema aborto, sempre foi um assunto muitíssimo polêmico, assim como nos dias atuais. Sendo importante dar ênfase ao pensamento de vários doutrinadores no que tange ao dever da mulher de cuidar ou não de um filho que foi concebido por um ato de violência, assim é a opinião de MANZINI *apud* COSTA³⁸ ao afirmar que “não se pode constranger a mulher que foi brutalizada sexualmente a conviver com o retrato de seu estuprador”.

Devido à ordem moral, não pode ser descartado o dever maternal de evitar danos ao feto, porém não é o que acontece sempre, pois:

A partir do momento em que se amplia mais e mais o direito ao aborto, com justificativas ou sem justificativas nenhuma, maiores são os argumentos de uma certa corrente de opinião em favor da recusa da gestante e da

³⁷ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

³⁸ MANZINI *apud* COSTA, 1986, p. 125.

desobrigação dela em favor do feto, como forma de ratificar seu direito sobre o corpo (FRANÇA, 2001, p. 237).

Também, nessa mesma linha de raciocínio, pode-se citar BINDING *apud* COSTA³⁹:

A teoria da exigibilidade de outra conduta, que não havia ainda sido formulada no campo da culpabilidade, mas já encontrava resposta em razão da injustiça que significava a terrível exigência do direito de que a mulher suportasse o fruto de sua desonra por ser antinatural, desumana e injusta uma gravidez produto de uma violência contra a vontade da mulher.

A maioria dos doutrinadores tem pensamentos semelhantes no que diz respeito ao assunto em tela, mas, nem por isso, deve-se deixá-los de lado, que, mesmo semelhantes, sempre têm algo a mais para nos oferecer. Desse modo, são os ensinamentos de Faria (1961, p. 58) que diz que nesse caso, nada justifica que “se imponha à mulher uma maternidade odiosa que lhe faça recordar permanentemente a vergonha do triste episódio da violência sofrida, para mostrar-lhe, a todos os momentos, a desgraça da sua desonra”.

Também, pelo mesmo ponto de vista, tem-se o posicionamento de Nascimento (2000, p. 81) “ninguém pode obrigar que a mulher estuprada hospede em seu útero uma maternidade de um ato sexual repugnante, gerado da violência de um degenerado e que lhe marcará até o fim de seus dias o trauma de tão grande iniquidade”.

Sendo assim, por parte dessa corrente de doutrinadores, registra-se que, a mãe sendo dona de seu próprio corpo, tem, sim, o direito de abortar quando a gravidez for decorrente de estupro e por não poder o Estado impor-lhe uma maternidade odiosa, que não fora de seu desejo, de seu consentimento, e além de tudo, por ter sofrido constrangimento e humilhação devido à violência sofrida.

Divergentes são os pensamentos, variando de doutrinador para doutrinador, de forma que existem aqueles que são favoráveis ao aborto no caso de estupro e aqueles que são contra, conforme o que prescreve o professor Pedroso (1995, p. 293):

³⁹ BINDING *apud* COSTA, 1986, p. 125 e 126.

*Ad primum*⁴⁰, porque a solução legal consagraria uma posição individualista e egocêntrica, permitindo que a mulher sacrificasse um outro ser por motivos de ordem estritamente pessoal. Ademais, um crime (estupro) não pode servir de esteio e motivo de fundamentação de um outro crime (aborto), mormente figurando neste, na condição de vítima, um ser indefeso e inocente. De outra parte, se vier a mulher a desenvolver pelo pequeno ser o sentimento da maternidade odiosa, deveria ser-lhe exigido que chegasse a termo com a gestação e, após o parto, que entregasse a criança a instituição estatal de assistência ou a casal interessado na adoção.

Continuando a lição de Pedroso (1995, p. 299), assim ensina:

O fato de estar o filho materialmente contido no corpo da mãe não implica que esta possa absorvê-lo também juridicamente. Não se pode admitir – arremata – que o binômio biológico mãe-filho deva ser considerado como uma só pessoa, desde que a lei e a biologia os distinguem perfeitamente. Não é o produto da concepção, destarte, mera *pars ventris*⁴¹, mas uma *spes personae*⁴² ou *spes vitae*⁴³.

Portanto, desde o tempo de Tertuliano, assim observa MESTIERE *apud* PEDROSO⁴⁴ que “era o aborto considerado como homicídio antecipado, posto não houvesse diferença entre matar o que nasceu e destruir o que se prepara para nascer”.

A partir daí, pode-se concluir que o aborto é, no mínimo, uma outra modalidade de homicídio e que a vida deve ser preservada em qualquer tempo, pois o feto jamais deverá ser confundido com o corpo da mãe, posto que cada um tem vidas distintas.

Diante do exposto acima, pode-se considerar que a mulher não pode dispor do seu próprio corpo, diante da premissa abortista, portanto é:

Inegável que qualquer um, homem ou mulher, poderá dispor de SEU próprio corpo, mas não poderá dispor de outro corpo, de outro ser, objetivando eliminá-lo, porquanto não é seu corpo, seu apêndice, seu órgão, mas um

⁴⁰ Do latim: No início. In: Carletti, 2000.

⁴¹ Do latim: Expectativa de viver. In: Idem.

⁴² Do latim: Espécie de pessoa. In: Idem.

⁴³ Do latim: Espécie de vida. In: Idem.

⁴⁴ MESTIERE *apud* PEDROSO, 1995, p. 300.

sistema independente, todavia, não autônomo, que, por força da natureza, utiliza-se do útero da mulher, temporariamente, para se aperfeiçoar, pois desde o primeiro momento, ele é⁴⁵.

Assim sendo, é preciso considerar que:

À inviolabilidade da vida, nenhuma diferença pode haver, nas vidas da mãe ou do feto, porquanto ambas são merecedoras da proteção da lei, ambas são alvo dessa preservação constitucional, estando no mesmo patamar. Daí, absolutamente estrábico o enfoque da proteção exclusiva da vida da mãe. Pois se assim não fosse, estaríamos diante de uma violação ao princípio de igualdade entre humanos. O direito à vida deve ser garantido a todos e de forma igual⁴⁶.

4.9. O relato de uma pessoa que nasceu de uma vítima de estupro

É sabido que não existe pena de morte e nem perpétua no Brasil, sendo assim, a pessoa que comete o crime de estupro não será condenado a nenhuma destas punições. O mais interessante é que existe uma lei que permite o aborto quando for decorrente do crime de estupro, o que não deixará de ser uma pena de morte, e o que é pior, é que quem vai pagar por esta pena de morte é um ser inocente, uma vez que está sendo condenado por um crime que não cometeu.

Sendo assim, incorporado ao trabalho, foi trazido o relato de Rebecca, uma pessoa filha de uma vítima de estupro, e que no decorrer de sua narrativa, serão desmentidas todas as questões que tangem a que a criança pode vir a herdar os genes ruins do pai, que a mãe sofrerá, toda vez que olhar para aquela criança, lembrando da violência sofrida, enfim.

Dessa forma, este é o relato de Rebecca que é, no mínimo, curioso:

⁴⁵ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

Eu fui adotada assim que nasci. Aos 18 anos soube que fui concebida a partir de um estupro brutal sob ameaça de faca por um estuprador em série. Assim como a maior parte das pessoas, eu nunca pensei que o assunto aborto estivesse relacionado à minha vida, mas está ligado à minha própria existência. Era como se eu pudesse ouvir os ecos de todas as pessoas que, da forma mais simpática possível, dizem: “Bem, exceto nos casos de estupro...” ou que dizem com veemência e repulsa: “especialmente nos casos de estupro!!!” Existem muitas pessoas assim por aí. Elas sequer me conhecem mas julgam a minha vida e tão prontamente a descartam só pela forma como fui concebida. Eu senti como se a partir daquele momento tivesse que justificar minha própria existência, tivesse que provar ao mundo que não deveria ter sido abortada e que eu era digna de viver. Também me lembro de me sentir como lixo por causa das pessoas que diziam que minha vida era lixo, que eu era descartável.

Por favor, entenda que quando você se declara “a favor da livre escolha” ou quando abre exceção para o estupro, o que isso realmente significa é que você pode olhar nos meus olhos e me dizer “eu acho que sua mãe deveria ter tido a opção de abortar você”. Esta é uma afirmação muito forte. Jamais diria a alguém: “Se eu tivesse tido a chance você estaria morta agora”. Mas essa é a realidade com a qual eu vivo. Desafio qualquer um a dizer que não é. Não é como se as pessoas dissessem: “Bem, eu sou a favor da livre escolha, menos naquela pequena fresta de oportunidade em 1968/69, para que você, Rebecca, pudesse ter nascido”. Não. Esta é a realidade mais cruel deste tipo de opinião e eu posso afirmar que isso machuca e que é uma maldade. Mas sei que muita gente não quer se comprometer sobre esse assunto. Para eles, é apenas um conceito, um clichê que eles varrem pra debaixo do tapete e esquecem. Eu realmente espero que, como filha de um estupro, eu possa ajudar a dar um rosto e uma voz a esta questão.

Diversas vezes me deparei com pessoas que me confrontaram e tentaram se desvencilhar dizendo coisas do tipo: “Bem, você teve sorte!”. Tenha certeza de que minha sobrevivência não tem nada a ver com sorte. O fato de eu estar viva hoje tem a ver com as escolhas feitas pela nossa sociedade: pessoas que lutaram para que o aborto fosse ilegal em Michigan naquela época – mesmo em casos de estupro -, pessoas brigam para proteger a minha vida e pessoas votaram a favor da vida. Eu tive sorte. Fui protegida. E vocês realmente acham que nossos irmãos e irmãs que estão sendo abortados todos os dias simplesmente são “azarados”?

Apesar de minha mãe biológica ter ficado feliz em me conhecer, ela me contou que foi a duas clínicas de aborto clandestinas e que eu quase fui abortada. Depois do estupro, a polícia indicou um conselheiro que simplesmente disse a ela que a melhor opção era abortar. Minha mãe biológica disse que naquela época não havia centro de apoio a grávidas em risco, mas me garantiu que, se houvesse, ela teria ido até lá pelo menos para receber um pouco mais de orientação. O conselheiro foi quem estabeleceu o contato entre elas e os abortistas clandestinos. Ela disse que a clínica tinha a típica aparência de fundo de quintal, como a gente escuta por aí, e lá “ela poderia ter me abortado de forma segura e legal”: sangue e sujeira na mesa e por todo o chão. Essas condições precárias e o fato de ser ilegal levaram-na a recusar, como acontece com a maioria das mulheres.

Depois ela entrou em contato com um abortista mais caro. Desta vez, se encontraria com alguém à noite no Instituto de Arte de Detroit. Alguém iria se aproximar dela, dizer seu nome, vendá-la, colocá-la no banco de trás de um carro, levá-la e então me abortar... depois vendá-la novamente e levá-la de volta. E sabe o que eu acho mais lamentável? É que eu sei que existe um monte de gente por aí que me ouviria contar esses detalhes e que responderia

com uma balançada de cabeça em desaprovação: “seria terrível que sua mãe biológica tivesse tido que passar por tudo isso para conseguir abortar você”. Isso é compaixão?!!! Eu entendo que eles pensem que estão sendo compassivos, mas para mim parece muita frieza de coração, não acha? É sobre a minha vida que eles estão falando de forma tão indiferente e não há nada de compaixão nesse tipo de opinião. Minha mãe biológica está bem, a vida dela continuou e ela está se saindo muito bem, mas eu teria morrido e minha vida estaria acabada. A minha aparência não é a mesma de quando eu tinha quatro anos de idade ou quatro dias de vida, ainda no útero da minha mãe, mas, ainda assim, era inegavelmente eu e eu teria sido morta em um aborto brutal.

De acordo com a pesquisa do Dr. David Reardon, diretor do Instituto Elliot, co-diretor do livro *Vítimas e vitimados: falando sobre gravidez, aborto e crianças frutos e agressões sexuais*, e autor do artigo “Estupro, incesto e aborto: olhando além dos mitos”, a maioria das mulheres que engravidam após uma agressão sexual não querem abortar e de fato ficam em pior estado depois de um aborto, <http://www.afterabortion.org/>. Sendo assim, a opinião da maioria das pessoas sobre o aborto em casos de estupro é fundamental em falsas premissas: 1) a vítima de estupro quer abortar; 2) ela vai se sentir melhor depois do aborto; e 3) a vida daquela criança não vale o trabalho que dá para suportar uma gravidez. Eu espero que a minha história e as outras postadas neste site ajudem a acabar com este último mito. Eu queria poder dizer que minha mãe biológica não queria me abortar, mas de fato ela foi convencida a não fazê-lo. Porém, o aspecto nojento e o palavreado sujo deste segundo abortista clandestino, além do receio por sua própria segurança, levaram-na a recuar. Quando ela lhe contou por telefone que não estava interessada neste acordo arriscado, esse homem a insultou e a xingou. Para sua surpresa, ele ligou novamente no dia seguinte para tentar convencê-la a me abortar, e mais uma vez ela não quis prosseguir com o plano e ouviu mais uma série de insultos, depois disso, ela simplesmente não podia mais prosseguir com essa ideia. Minha mãe biológica já estava entrando no segundo trimestre da gestação, quando seria muito mais perigoso e muito mais caro me abortar.

Sou muito grata por minha vida ter sido poupada, mas muitos cristãos bem intencionados me diziam coisas como “olha, Deus realmente quis que você nascesse!” e outros podem dizer “era mesmo pra você estar aqui” Mas sei que Deus quer que toda criança tenha a mesma oportunidade de nascer e não posso me conformar e simplesmente dizer “bem, pelo menos a minha vida foi poupada”. Ou “eu mereci, veja o que eu fiz com a minha vida”. E as outras milhões de crianças não mereciam? Eu não consigo fazer isso. Você consegue? Você consegue simplesmente ficar aí e dizer “pelo menos eu fui desejado... pelo menos estou vivo...” ou simplesmente “sei lá”? Esse é realmente o tipo de pessoa que você quer ser? De coração frio? Uma aparência de compaixão por fora e coração de pedra e vazio por dentro? Você diz que se importa com os direitos das mulheres, mas não está nem aí pra mim porque eu sou um lembrete de algo que você prefere não encarar e que você detesta que outros se importem? Eu não me encaixo na sua agenda? Na faculdade de direito eu tinha colegas que me diziam coisas como “se você tivesse sido abortada, não estaria aqui hoje e de qualquer forma não saberia a diferença, então porque se importa?”. Acredite ou não, alguns dos principais filósofos pró-aborto usam esse mesmo tipo de argumento: “O feto não sabe o que o atingiu, então não percebe que perdeu a vida”. Sendo assim, acho que se você esfaquear alguém pelas costas enquanto ele estiver dormindo, tudo bem, porque ele não sabe o que o atingiu? Eu explicava aos meus colegas como a mesma lógica deles justificaria que eu “matasse você

hoje, porque você não estaria aqui amanhã e não saberia a diferença de qualquer forma. Então, por que se importa?” e eles ficavam com o queixo caído. É incrível o que um pouco de lógica pode fazer, quando você para para pensar - que é o que devemos fazer numa faculdade de direito- e considera o que nós realmente estamos falando: há vidas que não estão aqui hoje porque foram abortadas. É como o velho ditado: “Se uma árvore cai na floresta e não há ninguém por perto para ouvir, será que faz barulho? “Bem, sim! E se um bebê é abortado e ninguém fica sabendo, tem importância? A resposta é SIM! A vida dele importa. A minha vida importa. A sua vida importa e não deixe ninguém te dizer o contrário!

O mundo é um lugar diferente porque naquela época era ilegal a minha mãe me abortar. A sua vida é diferente porque ela não pôde me abortar legalmente e porque você está sentado aqui lendo as minhas palavras hoje! Mas você não tem que atrair plateias pra que a sua vida tenha importância. Há coisas que fazem falta a todos nós aqui hoje por causa das gerações que foram abortadas e isso importa.

Um das melhores coisas que eu aprendi é que o estuprador NÃO é meu criador, como algumas pessoas queriam que eu acreditasse. Meu valor e identidade não são determinados por eu ser o “resultado de um estupro”, mas por ser uma filha de Deus. O Salmo 68, 5-6 declara; “Pai dos órfãos... no seu templo santo Deus habita. Dá o Senhor um lar ao sem-família”. E o Salmo 27,10 nos diz: “Mesmo se pai e mãe me abandonassem, o Senhor me acolheria”. Eu sei que não há nenhum estigma em ser adotado. O novo Testamento nos diz que é no espírito de adoção que nós somos chamados a ser filhos de Deus por Jesus Cristo nosso Senhor. Sendo assim, Ele deve ter pensado na adoção como símbolo do amor dele por nós!

E o mais importante é que eu aprendi, poderei ensinar aos meus filhos e ensino aos outros que o seu valor não é medido pelas circunstâncias da sua concepção, seus pais, seus irmãos, seu parceiro, sua casa, suas roupas, sua aparência, seu QI, suas notas, seus índices, seu dinheiro, sua profissão, seus sucessos e fracassos ou pelas suas habilidades ou dificuldades. Essas são as mentiras que são perpetuadas na sociedade. De fato, muitos palestrantes motivacionais falam para suas plateias que se elas fizeram algo importante e atingirem certos padrões sociais, então elas também poderão “ser alguém”. Mas o fato é que ninguém conseguira atingir todos esses padrões ridículos e muitas pessoas falhariam. Isso significa que elas não são “alguém” ou que elas são “ninguém”? A verdade é que você não tem que provar o seu valor a ninguém e se você quiser realmente saber qual é o seu valor, tudo o que precisa fazer é olhar para a Cruz, pois esse é o preço que foi pago pela sua vida! Esse é o valor infinito que Deus colocou na sua vida! Para Ele, você vale muito e para mim, também. Que tal se juntar a mim para também proclamar o valor dos outros com palavras e ações?

Para aqueles que dizem “bem, eu não acredito em Deus e não acredito na Bíblia, então sou a favor da livre escolha de abortar ou não”, por favor, leia meu artigo “O direito da criança de não ser injustamente morta – uma abordagem filosófica do direito”. Eu garanto que valerá seu tempo⁴⁷.

⁴⁷ Disponível em: <http://blogdafamiliacatolica.blogspot.com/2009/01/lei-inqua-aborto-em-casos-de-estupro.html>
- Acesso em 23.03.09.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o estudo do tema deste trabalho, pode ser observado o quão egoísta é o ser humano, que cria leis, projetos, códigos, procurando garantir o máximo que puder seus direitos enquanto cidadão que é. Tanto que a mais comum e notória dessas garantias é a que está contida no art. 5º da Constituição Federal, que traz enraizada uma série de direitos do ser humano, do cidadão.

E, ao mesmo tempo, esse homem que procura, com tanto anseio, defender seus direitos cria um artigo que despenaliza o médico que pratica o crime de aborto em caso de estupro, o que dá a entender para muitos desavisados que o aborto nos casos de estupro deixou de ser crime. O legislador, em momento algum, falou essa sandice; ele simplesmente deixou impunível o médico que o pratica, sendo assim, o aborto no caso de estupro é crime sim.

Se nossa legislação não admite, de forma alguma, o aborto feito pela própria gestante, com ou sem seu consentimento, de maneira alguma, pode o aborto, no caso de estupro, ser admitido, visto do ponto em que ali pode estar um ser normal, capaz de nascer com saúde e desfrutar todos os seus direitos, enquanto cidadão de bem.

Muitos doutrinadores alegam que a mãe, por ser dona de seu próprio corpo, pode decidir se aborta ou não aquele feto, que desde a concepção já é um ser, que já é dotado de vida biológica. Dizem, também, que esse crime é permitido para que a mãe não tenha nenhum sentimento de aversão, de repulsa, em que ele se tornará para ela uma recordação durante toda a vida, da humilhação e violência a que fora acometida.

É, também, do entendimento de vários doutrinadores que essa vida que está por vir deve ser ceifada por que conterà em seu genes, os genes do criminoso, ou seja: do estuprador, o que de fato é verdade, porém, sua personalidade não tem nada haver com seu pai, mas, sim com o meio em que vive e a forma em que será educado, e nada melhor do que o relato que está contido neste trabalho para provar isso, assim também como vemos

em nosso meio, várias pessoas que furtam, roubam, matam, drogam-se e até estupram, as quais são filhas e filhos que foram gerados por pessoas tidas pela sociedade como normais.

É sabido que no Brasil não existem penas perpétuas nem penas de morte, então é difícil de entender o porquê eles fizeram uma lei que permite a morte de um ser que sequer tem capacidade para se defender, se não é permitida pela nossa legislação a pena de morte do mais cruel e terrível assassino, não pode e não deve ser aceito, de maneira alguma, que se mate um ser indefeso e inocente, para pagar por um crime que não cometeu.

Além disso, o art. 128 do Código Penal é totalmente contraditório a todos os artigos que protegem o direito à vida e os demais direitos que gozam todos os seres humanos, a começar pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que diz “que 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...”. Sendo assim, ao permitir o art. 128 que aborte os fetos decorrentes de estupro, de nada adianta o *caput* do art. 5º supra mencionado. Pois como que um morto gozará de tais direitos?

Dessa forma, obedecendo aos preceitos da CF, que é nossa Lei Maior, tudo o que se contradiz em seus artigos, não deve ter validade jurídica, e, também, cairia por terra a luta pelos direitos humanos.

Dando prosseguimento, também é assegurado pelo mesmo diploma legal, em seu inciso XLV, art. 5º que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Mais uma contradição do art. 128, posto que está se matando uma criança pelo crime que seu pai cometeu, essas contradições ferem totalmente os princípios da humanidade, pois está privando uma nova vida de vir ao mundo, de poder ter oportunidades e, porque não, de também errar, pois é um novo ser humano que está vindo, e como nós cheios de defeitos e qualidades, mas que nunca poderemos saber, se não dermos a estes fetos o direito de nascerem.

Sendo assim, fica finalizado este trabalho e que sirva também de fonte de estudo e indignação para muitas pessoas que querem ver seus direitos e os direitos

daqueles que estão por nascer garantidos. Portanto, para dar-se por encerrado este estudo, é de grande valia à opinião de França (2001. p. 246):

Infelizmente, nessas situações, a lei deixa de amparar e preservar uma vida humana, justificando-se em sentimentos eminentemente individualistas, o que vem contrastar com todo fundamento do Direito. Assim, o aborto sentimental nos enche de terríveis dúvidas, pois não nos parece de boa lógica que o sacrifício de uma vida possa reparar uma crueldade já praticada. É simplesmente aplicar a pena de morte a um “réu” indefeso e sem culpa, que pagará unicamente pelo crime praticado por outrem: triste forma de se fazer justiça: estranha maneira de se reparar um crime.

BIBLIOGRAFIA

AURÉLIO, Novo. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira – 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Especial**. Saraiva – 2007.

CARLETTI, Amilcare. **Dicionário de Latim Forense**. São Paulo: Universitária de Direito, 2000.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Direito Penal, Parte Especial**. Rio de Janeiro: Forense – 1986.

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro comentado**. Rio de Janeiro: Distribuidora Record – 1961.

FAUNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O Drama do aborto, em busca de um consenso**. Campinas: Komedi – 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Koogan – 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense – 1953.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, Parte Especial**. Saraiva – 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, Parte Especial**. Saraiva – 2004.

JUNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Curso completo de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva – 1999.

KARDEC, Allan. **Livro dos Espíritos**. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira; Departamento Editorial – 1995.

LUIZ, Antônio Filardi. **Dicionário de Expressões Latinas**. São Paulo: Jurídico Atlas – 2000.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Millenium – 2000.

MICHAELIS. **Pequeno Dicionário Espanhol – Português**. São Paulo: Melhoramentos – 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Especial**. São Paulo: Atlas S.A. – 2001.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Direito Penal, Parte Especial**. São Paulo: Atlas S.A. - 2000.

NETO, F. A. Gomes. **Teoria e Prática do Código Penal**. Rio de Janeiro – 1961.

NORONHA, E. Magalhães. **Dos Crimes Contra a Pessoa, Dos Crimes Contra o Patrimônio**. Saraiva – 2000.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, Participação em Suicídio, Infanticídio e Aborto**. Rio de Janeiro: Aide – 1995.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal, Parte Especial**. São Paulo: Atlas S.A. – 2004.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto um direito ou um crime?** São Paulo: Moderna – 2004.

Legislação

BRASIL, Rio de Janeiro, DF. **Lei nº 2.848**, 07 de dezembro de 1940.

Artigo 124.

Artigo 125.

Artigo 126.

Artigo 127.

Artigo 128.

BRASIL, Brasília, DF. **Lei nº 3.268**, de 30 de setembro de 1957.

Artigo 54.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, XLV.

BRASIL, Brasília, DF. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990.

Artigo 1º.

BRASIL, Brasília, DF. **Projeto de lei nº 20/91, Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes**. 1ª edição, 1998.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 11 de janeiro de 2002.

Artigo 2º.

BRASIL, Brasília, DF. **Lei nº 12.015**, de 7 de agosto de 2009.

Artigo 213.

Artigo 217-A.

Endereços Eletrônicos

Disponível em: <http://blogdafamiliacatolica.blogspot.com/2009/01/lei-inqua-aborto-em-casos-de-estupro.html> - Acesso em 23.03.09.

Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Conc%C3%ADlio_de_Trento – Acesso em 10.10.2009.

Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008abr23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz - Acesso em 02.11.09.

Disponível em: <http://www.geocities.com/CollegePark/Union/6478/proposito.html> - Acesso em 02.11.09.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=985> – Acesso em 02.11.09.

ANEXO

NORMA TÉCNICA

**PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS
RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA
MULHERES E ADOLESCENTES**

MINISTÉRIO DA SAÚDE

PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA
MULHERES E ADOLESCENTES

NORMA TÉCNICA

1ª EDIÇÃO

BRASÍLIA

1998

I- APRESENTAÇÃO

As mulheres vêm conquistando nas últimas décadas direitos sociais que a história e a cultura reservaram aos homens durante séculos. no entanto, ainda permanecem relações significativamente desiguais entre ambos os sexos, sendo o mais grave deles a violência sexual contra a mulher.

É dever do Estado e da Sociedade civil delinarem estratégias para terminar com esta violência. E, ao setor saúde compete acolher as vítimas, e não virar as costas para elas, buscando minimizar sua dor e evitar outros agravos.

O braço executivo das ações de saúde no Brasil é formado pelos estados e municípios e, é a eles que o Ministério da Saúde oferece subsídios para medidas que assegurem a estas mulheres a harmonia necessária para prosseguirem, com dignidade, suas vidas.

José Serra

Ministro da Saúde

II - INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência representa hoje uma das principais causas de morbimortalidade, especialmente na população jovem. Atinge crianças, adolescentes, homens e mulheres. No entanto, uma análise cuidadosa das informações disponíveis demonstra que a violência tem várias faces e afeta de modo diferenciado a população. Enquanto os homicídios, em sua maioria, ocorrem no espaço público e atingem particularmente os homens, a violência sexual afeta em especial as mulheres e ocorre no espaço doméstico.

Essa violência – em particular o estupro – atinge sobretudo meninas, adolescentes e mulheres jovens no Brasil e no mundo. Os estudos sobre o tema indicam que a maior parte da violência é praticada por parentes, pessoas próximas ou conhecidas, tornando o crime mais difícil de ser denunciado. Menos de 10% dos casos chegam às delegacias.

A violência sexual produz seqüelas físicas e psicológicas. As pessoas atingidas ficam mais vulneráveis a outros tipos de violência, à prostituição, ao uso de drogas, às doenças sexualmente transmissíveis, às doenças ginecológicas, aos distúrbios sexuais, à depressão e ao suicídio.

A maioria dos serviços de saúde não está equipada para diagnosticar, tratar e contribuir para a prevenção dessa ocorrência. Em geral, os serviços carecem de profissionais treinados no reconhecimento dos sinais da violência, principalmente aquela de caráter mais insidioso. Esse diagnóstico requer uma rede de apoio, que extrapola os serviços de saúde, para que os problemas identificados sejam resolvidos.

O enfrentamento da violência exige a efetiva integração de diferentes setores, tais como saúde, segurança pública, justiça e trabalho, bem como o envolvimento da sociedade civil organizada.

A garantia de atendimento a mulheres que sofreram violência sexual nos serviços de saúde representa, por conseguinte, apenas uma das medidas a serem adotadas com vistas à redução dos agravos decorrentes deste tipo de violência. A oferta desses serviços, entretanto, permite a adolescentes e mulheres o acesso imediato a cuidados de saúde, à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e à gravidez indesejada.

A implementação desse atendimento nos estados e municípios brasileiros deve ser acompanhada de um processo de discussão intersetorial que contribua para conferir maior visibilidade ao problema e que permita a implantação de estratégias mais amplas de combate à violência contra mulheres e adolescentes.

III. ORGANIZANDO A ATENÇÃO ÀS MULHERES QUE SOFRERAM VIOLÊNCIA SEXUAL

No contexto da atenção integral à saúde, a assistência à mulher que sofreu violência sexual deve ser organizada com a utilização dos conhecimentos técnico-científicos existentes e de tecnologia adequada.

As ações de saúde devem ser acessíveis a toda população do município ou região, cabendo à unidade assegurar a continuidade do atendimento, mediante, inclusive, o acompanhamento e a avaliação dos reflexos da violência sobre a saúde da mulher.

É fundamental a criação de mecanismos de encaminhamento oportuno das mulheres atingidas por violência sexual, para que a assistência seja prestada de forma imediata. Para tanto, é necessário que postos de saúde, autoridades policiais, serviços gerais de emergência, escolas e a sociedade civil organizada tenham conhecimento das unidades que realizam esse atendimento, favorecendo, assim, o encaminhamento correto.

A efetiva assistência aos casos de violência sexual requer a observância de determinadas condições e providências no âmbito da instituição, não havendo necessidade, no entanto, de criação de um serviço específico para este fim. Todas as unidades de saúde que tenham serviços de ginecologia e obstetrícia constituídos deverão estar capacitadas para o atendimento a esses casos. É preciso que a unidade esteja apta a atuar com presteza e rapidez nesse tipo de atendimento, de modo a evitar-se maiores danos à saúde física e mental da mulher.

O número de mulheres que engravidam em decorrência do estupro e demandam interrupção da gravidez é pequeno. Em média, os serviços de referência atendem um a dois casos por mês. Por isso, compete aos gestores estadual e municipal definir unidades de referência e capacitar equipes para prestar o atendimento adequado. Cabe ainda aos gestores e aos diretores dos serviços estabelecer mecanismos de avaliação das ações desenvolvidas.

1. Instalação e Área Física

Para o atendimento das adolescentes e mulheres que sofreram violência sexual, deve ser definido um local específico, de preferência fora do espaço físico do pronto-socorro ou triagem, de modo seja garantida a necessária privacidade dessas pessoas durante a entrevista e o exame, estabelecendo-se, assim, um ambiente de confiança e respeito.

Por outro lado, deve-se evitar a criação de situações que podem favorecer o surgimento de estigmas em relação a essas mulheres, como, por exemplo, a identificação de setor ou salas destinadas ao atendimento exclusivo de vítimas de estupro. Para a avaliação médica e ginecológica, é necessário espaço físico correspondente a um consultório ginecológico. Os procedimentos para o esvaziamento da cavidade uterina deverão ser realizados em ambiente cirúrgico.

2. Recursos Humanos

O ideal é que esse tipo de um atendimento seja prestado por equipe multiprofissional, composta por médicos/as, psicólogos/as, enfermeiras/os e assistentes sociais. Entretanto, a falta de um dos profissionais na equipe – com exceção de médico/a – não inviabiliza atendimento. Cada um desses profissionais cumpre um papel específico no atendimento à mulher, como se verá a seguir.

No entanto, toda a equipe deve estar sensibilizada para as questões da violência sexual contra a mulher e capacitada para acolher e dar suporte às suas demandas, utilizando as normas específicas.

3. Equipamentos e instrumental

A unidade deverá dispor de equipamentos e materiais permanentes, em perfeitas condições de uso, que satisfaçam as necessidades do atendimento. É importante que a unidade esteja equipada de tal modo a conferir-lhe autonomia e resolubilidade. Os materiais e equipamentos necessários são:

- mesa e cadeiras para consulta
- mesa ginecológica estofada e banquetea
- jogo de espéculo vaginal tipo Collins
- jogo de pinças Cheron
- ácido acético a 2%
- lugol
- vaselina
- papel filtro
- espátula ou swab para secreção vaginal
- luvas para exame (estéreis e de procedimentos)
- mesa auxiliar

- escadinha
- foco de luz
- aparelho de pressão
- estetoscópio
- biombo.

Aparelhos adicionais sugeridos:

- colposcópio
- aparelho de ultra-sonografia
- máquina fotográfica simples e filme (para fotografar possíveis lesões)

Além dos equipamentos próprios de um centro cirúrgico, o serviço deverá contar com:

- caixas de material para curetagem
- jogo de velas de Hegar
- kit para aspiração uterina – manual ou elétrica

4. Apoio laboratorial

É importante o apoio laboratorial para auxiliar no estabelecimento do diagnóstico e no rastreamento de doenças sexualmente transmissíveis. As instituições de referência devem ter acesso à assistência laboratorial para a execução dos exames recomendados no item IV e de outros que, a critério clínico, poderão vir a ser solicitados. Cabe ressaltar que a solicitação desses exames é justificada pelo fato de que 16% das mulheres que sofrem violência sexual contraem algum tipo de DST e que 1 em cada 1000 é infectada pelo HIV.

Os laboratórios devem estar equipados para realizarem exames sorológicos, bacterioscópicos e cultura.

5. Registro de dados

Deve-se manter um sistema padronizado de registro dos dados, de modo a possibilitar a uniformização de informações dos vários serviços, as quais poderão, assim, ser comparadas e analisadas em bancos de dados do SUS/MS. Esse registro pode ser feito a partir do prontuário regular de cada serviço. Nas próximas sessões, são apresentados modelos de fichas de atendimento que podem servir de base para a elaboração dos relatórios, os quais deverão ser periodicamente enviados ao Ministério da Saúde, via Secretarias Estaduais de Saúde.

6. Sensibilização e treinamento das equipes multidisciplinares

Na sensibilização de todos os funcionários da unidade hospitalar, propõe-se a realização de atividades que favoreçam a reflexão coletiva sobre o problema da violência sexual, as dificuldades que as meninas, adolescentes e mulheres enfrentam para denunciar este tipo de crime, os direitos assegurados pelas leis brasileiras e o papel do setor saúde, em sua condição de co-responsável na garantia desses direitos. Essas atividades podem incluir dramatizações em pequenos grupos, vídeos educativos, reuniões de esclarecimentos sobre aspectos médicos, jurídicos e éticos.

As equipes envolvidas diretamente na assistência deverão receber treinamento sobre o atendimento humanizado às mulheres que poderão ser submetidas à interrupção da gravidez. Os médicos deverão, além disso, ser treinados para a utilização das diferentes técnicas recomendadas para a interrupção da gestação.

IV. NORMAS GERAIS DE ATENDIMENTO

Os hospitais de referência deverão estabelecer o fluxo de atendimento – desde quem fará a entrevista e registro da história, inclusive com a definição de quem realizará tais atividades, até o exame clínico e o acompanhamento psicológico –, levando-se em conta as condições em que a mulher ou a adolescente chega ao serviço, por exemplo: se há necessidade de tratamento de emergência ou internação, se há sangramento etc.

Em qualquer situação, no entanto, todas as mulheres devem ser informadas sobre o que será realizado em cada etapa do atendimento e a importância de cada conduta, respeitando-se a sua opinião ou recusa em relação a algum procedimento.

Deverá ser propiciado atendimento psicológico destinado a fortalecer a capacidade dessas mulheres em lidar com os conflitos e os problemas inerentes à situação vivida. O reforço à auto-estima, no sentido de contribuir para a sua reestruturação emocional, é um componente importante que deverá ser observado por todos os membros da equipe, em todas as fases do atendimento. Esse atendimento deverá ser iniciado por ocasião da primeira consulta, devendo estender-se a todo o período de atendimento à mulher e após a interrupção da gravidez ou, se for o caso, durante o pré-natal.

Atendimento médico

Esse atendimento compreenderá:

- abertura de prontuário médico;
- anamnese clínica e tocoginecológica minuciosa, com ênfase na regularidade do ciclo menstrual e data da última menstruação;
- exame físico e ginecológico completos, com determinação da idade gestacional, se for o caso, e, sempre que possível, complementado com ultra-sonografia; e
- solicitação dos exames laboratoriais de rotina

tipagem sanguínea

sorologia para sífilis

cultura de secreção vaginal e do canal cervical

sorologia para hepatite tipo B

sorologia anti-HIV.

V. ATENDIMENTO A MULHERES QUE SOFRERAM VIOLÊNCIA SEXUAL

É necessário que toda mulher vítima de violência sexual seja orientada no sentido de que registre a ocorrência. Deve-se levar em consideração que, em determinadas circunstâncias, é muito difícil para ela apresentar queixa à polícia. É fundamental esclarecer a essa mulher que a denúncia é um fato importante para que a violência não se repita. No entanto, ela não deve ser obrigada a realizá-la.

Caso a mulher não aceite ser atendida por um profissional do sexo masculino, deve-se compreender a dificuldade que ela apresenta nesse momento. Essa postura não significa uma agressão em relação ao profissional em questão.

Além do tratamento das lesões e do abalo psicológico, é importante a realização de um exame físico completo, envolvendo exame ginecológico, coleta de amostras para diagnóstico de infecções genitais e coleta de material para identificação do agressor.

A primeira entrevista da mulher na unidade de saúde deverá ter por objetivo a investigação e o levantamento de dados sobre:

- a história da mulher, com ênfase na relativa ao estupro (quem, quando, onde e como aconteceu);
- as providências já tomadas pela mulher ou por sua família, tais como: atendimento médico de urgência, a obtenção do Boletim de Ocorrência Policial e a realização de Exame de Corpo de Delito;
- se a mulher estiver grávida ou suspeitando de gravidez, deve-se identificar claramente a demanda trazida por ela, focalizada nos seguintes aspectos: identificação do desejo de interrupção da gravidez ou não, discussão a respeito dos direitos legais já garantidos à mulher, existência de valores morais e religiosos que possam determinar ou influenciar a decisão da mulher e a discussão de alternativas à interrupção da gravidez, como a entrega da criança para adoção, a realização de pré-natal etc.;
- a identificação de redes de apoio à mulher: familiar e ou social; e
- a caracterização do perfil socioeconômico da mulher.

Essa entrevista inicial deverá ser realizada por profissionais devidamente sensibilizados/as para a questão.

Cuidados médicos e de enfermagem

a. Coleta de material para identificação do agressor

O material colhido deve ser conservado da seguinte forma: colocá-lo em papel filtro estéril, secá-lo e guardá-lo em envelope. O material nunca deve ser acondicionado em sacos plásticos que facilitam a transpiração e, com a manutenção de ambiente úmido, facilitam a proliferação de bactérias que podem destruir as células e o DNA. O material deve ser identificado e anexado ao prontuário. Nos serviços em que houver possibilidade de congelamento do material (tecido embrionário ou ovular), tal providência poderá ser adotada.

Esse material deverá ficar arquivado no serviço, em condições adequadas, à disposição da justiça.

b. Anticoncepção de emergência (apenas para os casos de estupro até 72 horas de ocorrido)

Recomenda-se o "Método de Yuzpe", que consiste na tomada de anticoncepcional oral, combinado na dose total de 200mcg de etinil-estradiol mais 100mcg de levonorgestrel, em duas doses, com intervalo de 12 horas, sendo a primeira ingestão até 72 horas depois do estupro.

Quando se utilizar anticoncepcionais orais de média dosagem, recomenda-se 4 comprimidos a cada 12 horas, em duas tomadas.

Em pacientes com restrições ao uso de estrogênio, o uso de progesterona de alta dosagem, como levonorgestrel 750 mcg, em duas doses, com intervalo de 12 horas, pode ser indicado com bons resultados.

Exemplos:

Anticoncepcionais orais, contendo 0,05mg de etinil-estradiol por comprimido + 0,25mg de levonorgestrel: 02 comprimidos de 12 em 12 horas (02 doses)

Anticoncepcionais orais de média dosagem, contendo 0,03mg de etinil-estradiol + 0,15mg de levonorgestrel por comprimido: 4 comprimidos de 12 em 12 horas (02 doses).

Obs.: Se houver vômitos até uma hora depois da ingestão dos comprimidos, estes efeitos podem ser minimizados, repetindo-se a dose após as refeições, com o uso concomitante de antiemético.

Anticoncepção de emergência será desnecessária se a mulher estiver usando um método anticoncepcional de alta eficácia, como anticoncepcional oral, injetável ou DIU.

A inserção do DIU não está recomendada devido ao risco potencial de facilitar a ascensão de microorganismos no trato genital feminino, além da manipulação genital ser particularmente traumatizante neste momento da mulher.

c. Prevenção de DST

Ofloxacina 400 mg, dose única, VO (em gestantes, nutrizes e menores de 18 anos usar Cefixima 400mg, VO, dose única) mais Azitromicina 1g, VO, dose única (em gestantes e nutrizes usar Amoxicilina 500 mg, VO, de 8/8 h, por 7 dias) mais Penicilina G benzatina 2.400.000 UI, IM, dose única. mais Metronidazol 2 g, VO, dose única (em gestantes tratar somente após completado o primeiro trimestre; em nutrizes suspender o aleitamento por 24 horas)

Este esquema cobre a maioria das DST não virais, permite fácil adesão ao tratamento (doses únicas) e tem poucos efeitos colaterais.

Para hepatite B: Gamaglobulina hiperimune (HBIG): 0,06ml/kg de peso corporal, IM, dose única. Se a dose a ser utilizada ultrapassar 5ml, dividir a aplicação em duas áreas diferentes. Maior eficácia na profilaxia é obtida com uso precoce da HBIG (dentro de 24 a 48 horas após o acidente). Não há benefício comprovado na utilização da HBIG após 1 semana do acidente. Se possível iniciar ao mesmo tempo a vacinação no esquema de 3 doses, que envolve a administração, via intramuscular, na região deltóide, de 1,0 ml para adultos e de 0,5 ml para crianças menores de 12 anos. A segunda e a terceira doses devem ser administradas respectivamente um e seis meses após a primeira.

VI. ATENDIMENTO À MULHER COM GRAVIDEZ DECORRENTE DE ESTUPRO

Esse atendimento deverá ser dado a mulheres que foram estupradas, engravidaram e solicitam a interrupção da gravidez aos serviços públicos de saúde.

Documentos e procedimentos obrigatórios

- Autorização da grávida – ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal –, para a realização do abortamento, firmada em documento de seu próprio punho, na presença de duas testemunhas – exceto pessoas integrantes da equipe do hospital –, que será anexada ao prontuário médico.
- Informação à mulher – ou a seu representante legal –, de que ela poderá ser responsabilizada criminalmente caso as declarações constantes no Boletim de Ocorrência Policial (BOP) forem falsas.
- Registro em prontuário médico, e de forma separada, das consultas, da equipe multidisciplinar e da decisão por ela adotada, assim como dos resultados de exames clínicos ou laboratoriais.
- Cópia do Boletim de Ocorrência Policial.

Recomendados

- Cópia do Registro de Atendimento Médico à época da violência sofrida.
- Cópia do Laudo do Instituto de Medicina Legal, quando se dispuser.

Procedimentos para a interrupção da gravidez

O procedimento deverá ser diferenciado, de acordo com a idade gestacional.

I. Até 12 semanas, podem ser utilizados, para o esvaziamento da cavidade uterina, os dois métodos identificados a seguir.

1. Dilatação do colo uterino e curetagem

Deverá ser realizada em centro cirúrgico equipado adequadamente, com todos os cuidados de assepsia e antisepsia, sob anestesia, devendo-se evitar a anestesia paracervical. A dilatação do colo uterino deverá ser suficiente para a introdução de pinça de Winter, que servirá para a tração das membranas ovulares. Depois, será procedida a curetagem da cavidade uterina. É recomendável que se introduza um comprimido de misoprostol 200mcg (Cytotec) intravaginal, no mínimo 12 horas antes do procedimento, destinado ao preparo do colo uterino com vistas ao menor traumatismo durante a dilatação.

2. Aspiração Manual Intra-Uterina (AMIU)

A aspiração manual compreende um jogo de cânulas plásticas flexíveis de tamanhos que variam de 4 a 12mm de diâmetro, além de um jogo de dilatadores anatômicos nos mesmos diâmetros, seringas de vácuo com capacidade para 60ml e um jogo de adaptadores para conectar a cânula à seringa. Preferentemente, deve ser feita sob anestesia local (paracervical) ou outra anestesia.

A técnica consiste em dilatar o colo uterino até que fique compatível com a idade gestacional. Introduce-se a cânula correspondente e se procede à aspiração da cavidade uterina, tomando-se o cuidado de verificar o momento correto do término do procedimento, ocasião esta em que se sente a aspereza das paredes uterinas, a formação de sangue espumoso e o enlramento da cânula pelo útero, e em que as pacientes sob anestesia paracervical referem cólicas.

II. Idade Gestacional entre 13 e 20 semanas

A interrupção da gravidez dar-se-á mediante a indução prévia com misoprostol na dose de 100 a 200mcg no fundo de saco vaginal, após limpeza local com soro fisiológico, a cada 6 horas. A critério clínico, poderá ser associado o uso de misoprostol oral ou ocitocina endovenosa. Após a eliminação do conceito, proceder-se-á a complementação do esvaziamento uterino com curetagem, se necessário. Deve ser considerado que há um risco de complicações, que varia de 3 a 5%, nos casos de interrupção da gravidez neste período.

III. Idade Gestacional acima de 20 semanas

Nesses casos, não se recomenda a interrupção da gravidez. Deve-se oferecer acompanhamento pré-natal e psicológico, procurando-se facilitar os mecanismos de adoção, se a mulher assim o desejar.

Observações importantes

Nos locais onde o exame puder ser realizado, sugere-se guardar uma amostra do material do embrionário ou fetal eliminado, que deverá ser congelada para a eventualidade de comprovação de paternidade, na justiça, por meio da análise do DNA.

As gestantes com fator RH negativo e teste de Coombs indireto negativo deverão receber uma ampola de imunoglobulina anti-RH, até 72 horas após a interrupção da gravidez.

Não se recomenda o uso de antibióticos, a menos que a paciente apresente sinais de infecção ou se houver suspeita de contaminação da cavidade uterina durante o ato cirúrgico.

O uso de ocitócitos fica reservado para quando houver indicação clínica.

Alta Hospitalar

No momento da alta, o serviço de saúde deverá assegurar orientação e métodos anticoncepcionais. A mulher deverá retornar ao serviço de saúde entre 15 e 30 dias depois da interrupção da gravidez, para acompanhamento médico e psicológico. Se necessário, deverá retornar antes. A sorologia para sífilis deverá ser repetida 30 dias após a violência sexual; a sorologia anti-HIV deverá ser solicitada com 90 e 180 dias; e, para a hepatite B, com 60 e 180 dias.

IV - PROFILAXIA E CONTROLE DA DOR

Um item importante a ser considerado pelos serviços é o controle da dor durante todo o procedimento de interrupção da gestação. Para a dilatação e a curetagem, é necessário anestesia geral ou analgesia locorregional (raquidiana ou peridural). Para o processo de aspiração manual intra-uterina, até a 10a. semana, poderá ser realizada anestesia local paracervical. A anestesia ou analgesia por via endovenosa deverá ser realizada sempre que o caso requerer, particularmente nas gestações acima de 12 semanas. Não se deve economizar analgésicos, até mesmo analgésicos maiores, durante o processo de indução para minimizar a dor decorrente da contração uterina.

Modelo de Ficha 1

FICHA DE ATENDIMENTO À MULHER QUE SOFREU VIOLÊNCIA SEXUAL

DATA: ____ / ____ / ____ PRONTUÁRIO: _____

Nome: _____

Idade: _____ Ocupação: _____

Estado civil _____ Escolaridade: _____

Cor: _____

Data da violência: ____ / ____ / ____ Hora: _____

Local: residência e/ou rua e/ou outro e/ou _____

Agressor: conhecido e/ou desconhecido e/ou múltiplos e/ou

parente e/ou grau de parentesco _____

Cor do agressor: _____

Tipos de relação: vaginal e/ou oral e/ou anal e/ou

Intimidação: arma e/ou força física e/ou ameaça e/ou

Paciente havia utilizado álcool ou drogas: não e/ou sim e/ou tipo: _____

Agressor: não e/ou sim e/ou tipo: _____

Traumas físicos: não e/ou sim e/ou tipo: _____

Breve história da ocorrência: _____

Uso de anticoncepção antes da ocorrência: não e/ou sim e/ou tipo: _____

Uso de medicação após a violência: não e/ou sim e/ou tipo: _____

Atividade sexual antes: não e/ou sim e/ou

Gesta ____ Para ____ Abortamentos: E sp ____ Ind ____ DUM ____ / ____ / ____

EFG: ____ PA ____ P ____ T ____

Lesões genitais _____

Outras: _____

Colhido conteúdo vaginal: sim e/ou não e/ou

Colhido sangue ou sêmen nas vestes: sim e/ou não e/ou

Orientada para registro policial: sim e/ou não e/ou

Orientada sobre direitos legais: sim não

Contraceção de emergência: sim não tipo: _____

Profilaxia de DST: sim não tipo: _____

Encaminhada ao ambulatório: sim não motivo: _____

Médico que atendeu: _____ crm: _____

Modelo de Ficha 2

HOSPITAL _____

FICHA DE ATENDIMENTO À MULHER GRÁVIDA EM DECORRÊNCIA DE ESTUPRO

DATA: ____/____/____ PRONTUÁRIO: _____

1. IDENTIFICAÇÃO

Nome: _____

Idade: _____ Ocupação: _____

Estado civil: _____ Escolaridade: _____

Cor: _____

1. DADOS DA OCORRÊNCIA

Data da violência: ____/____/____ Hora: _____

Local: residência na outro _____

Agressor: conhecido desconhecido múltiplos parente _____

Cor do agressor: _____

Tipos de relação: vaginal oral anal

Intimidação: arma _____ força física ameaça

Paciente havia utilizado álcool ou drogas: não sim tipo: _____

Agressor: não sim tipo: _____

Traumas físicos: não sim tipo: _____

Breve história da ocorrência:

Data do BOP: ____/____/____ Delegacia: _____

Laudos do IML: não sim

3. ATENDIMENTO LOGO APÓS O ESTUPRO

Uso de contraceção de emergência: não sim tipo: _____

Profilaxia DST/AIDS: não sim tipo: _____

Outros exames: _____

Colhido conteúdo vaginal: sim não

Colhido sangue ou sêmen as vestes: sim não

Orientada para registro policial: sim não

Orientada sobre direitos legais: sim não

Encaminhada ao ambulatório: sim não motivo: _____

4. ATENDIMENTO NA UNIDADE HOSPITALAR

ATENDIMENTO PSICOLÓGICO:

ATENDIMENTO SERVIÇO SOCIAL:

ATENDIMENTO MÉDICO:

Atividade sexual antes: não sim

G esta _____ Para _____ Abortamentos: Esp _____ Ind _____ DUM ____/____/____

EFG: _____ PA _____ P _____ T _____ Lesões genitais _____

Outras: _____

Avaliação de comissão multiprofissional: aprovado não aprovado

INTERRUPÇÃO LEGAL DA GESTAÇÃO DATA: ____/____/____

Idade gestacional: _____

Método utilizado: _____

Anestesia utilizada: _____

Tempo de internação: _____

Tempo decorrido entre a entrevista inicial e a interrupção (dias): _____

Presença de DSTs na internação: não sim tipo: _____

Seguimento ambulatorial: agendada consulta para médico

psicólogo

assistente social

Médico responsável: _____ crm _____

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Ministro José Serra

SECRETÁRIO DE POLÍTICAS DE SAÚDE

Dr. João Yunes

DEPARTAMENTO DE GESTÃO DE POLÍTICAS ESTRATÉGICAS

Dra. Ana Maria Figueiredo

ÁREA TÉCNICA DE SAÚDE DA MULHER

- Dra. Tânia Di Giacomo do Lago - Coordenadora
- Dra. Elcylene Maria de Araújo Leocádio
- Dra. Janine Schirmer
- Dra. Regina Coeli Viola

• Dr. Paulo Kalume Maranhão

ELABORAÇÃO DA NORMA TÉCNICA

• Ana Paula Portella, Pesquisadora; Dr. Aluizio Bedoni, Ginecologista e Obstetra; Eugênio Marcelo Pitta Tavares, Ginecologista e Obstetra; Dra. Elcylene Maria de Araújo Leocádio, Médica Sanitarista; Dra. Janine Schirmer, Enfermeira Obstetra; Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira de Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia.

INSTITUIÇÕES CONSULTADAS

• Grupo de Avaliação Técnica de Saúde. SES/SP; Divisão de Saúde da Mulher DAS/SES/PE; Coordenação de Programas de Atendimento Integral à Saúde. Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. RJ; Centro de Referência da Saúde da Mulher e de Nutrição, Alimentação e Desenvolvimento Infantil – São Paulo / SP ; Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros / UPE. Recife / PE; Hospital Maternidade da Praça XV- Rio de Janeiro / RJ; Hospital Materno-Infantil de Brasília – Brasília / DF; Comissão Intersetorial de Saúde da Mulher / CNS; Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – Ministério da Justiça.