

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
CAIO PERES DE LIMA**

**ANÁLISE DO CONTEXTO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA
GRAVIDEZ REALIZADA DURANTE O PRIMEIRO TRIMESTRE DA
GESTAÇÃO EM FACE DO DIREITO À VIDA, UMA REVISÃO
BIBLIOGRÁFICA**

**RUBIATABA/GO
2019**

CAIO PERES DE LIMA

**ANÁLISE DO CONTEXTO DA INTERRUPÇÃO
VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ REALIZADA DURANTE O PRIMEIRO
TRIMESTRE DA GESTAÇÃO EM FACE DO DIREITO À VIDA, UMA
REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Mestre Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi.

**RUBIATABA/GO
2019**

CAIO PERES DE LIMA

**ANÁLISE DO CONTEXTO DA INTERRUPÇÃO
VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ REALIZADA DURANTE O PRIMEIRO
TRIMESTRE DA GESTAÇÃO EM FACE DO DIREITO À VIDA, UMA
REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Mestre Cláudio Roberto dos Santos
Kobayashi.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 11 / 10 / 2019

Mestre Cláudio Roberto dos Santos Kobayashi
Orientador e Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Mestre Rogério Lima
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista Lincoln Martins
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico esse trabalho aos meus pais, José de Paula Barbosa e Maria Aparecida de Lima, agradeço ao esforço diário a mim dedicado por toda a vida e por estarem ao meu lado, sempre. Dedico esse trabalho também a todos professores que contribuíram diariamente com seu conhecimento e dedicação e que foram importantes para a conclusão dessa jornada acadêmica, ao meu orientador e a Deus.

AGRADECIMENTOS

A todos amigos e familiares que compreenderam alguma indisponibilidade durante parte desse processo; aos professores com os quais dividi essa considerável parte da vida e que comigo dividiram seus conhecimentos e experiências; especialmente ao orientador, que ofereceu todo o suporte necessário e que, com suas correções, e incentivos possibilitou a realização desse trabalho. A todos, meu muito obrigado.

EPIGRAFE

“O Direito não é pura teoria, mas uma força viva. Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito, e na outra a espada de que se serve para defendê-lo. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a Justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança. O Direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas, ainda, de uma nação inteira.”

Rudolf Von Iherin

RESUMO

O presente trabalho alude acerca do aborto e da análise da interrupção voluntária da gravidez feita no primeiro trimestre de gestação em decorrência do direito à vida, assim, discute questões sobre o aborto, o conceito e suas particularidades, bem como, os direitos e garantias constitucionais proferidas ao nascituro e a proteção dos direitos individuais da gestante, a dignidade humana e o direito sexual da mulher sobre ter filhos, até que momento o Estado poderá intervir na escolha do indivíduo. Dessa forma, esta pesquisa mostra-se de grande importância, pois visa sanar dúvidas e espera-se que ela venha auxiliar a comunidade acadêmica a dar continuidade e incentivá-la a aprofundá-la mais, afim de que todos tenham acesso às suas garantias constitucionais e se resguardem de seus direitos.

Palavras-chaves: Aborto. Anencefalia. Crime. Código Penal. Código Civil.

ABSTRACT

His paper discusses abortion and the analysis of voluntary termination of pregnancy in the first trimester of pregnancy due to the right to life, thus discussing whether abortion issues, the concept and its particularities, as well as the rights and guarantees of the unborn child and the protection of the individual rights of the pregnant woman, human dignity and the sexual right of women to have children, until such time as the State may intervene in the choice of the individual.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Crime. Penal Code. Civil Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF 54 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54

CC – Código Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

STF – Superior Tribunal Federal

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	10
2.ABORTO.....	12
2.1. ASPECTOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO.....	14
2.2. CONCEITO.....	16
2.2.1 .ASPECTOS HISTÓRICOS RELATIVOS AO ABORTO.....	18
2.2.1.1. ASPECTOS ÉTICOS E MORAIS RELATIVOS AO ABORTO.....	19
2.3 .ASPECTOS JURÍDICOS RELATIVOS AO ABORTO.....	22
3. A LEGALIDADE DO ABORTO À LUZ DO CÓDIGO PENAL.....	25
3.1. O ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA.....	25
3.2. O ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO.....	29
3.2.1. O ABORTO PRATICADO POR TERCEIROS.....	30
4. ANÁLISE DA LEGALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ REALIZADA DURANTE O PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO À LUZ DO DIREITO À VIDA.....	34
4.1. SOB VISÃO DO DIREITO.....	36
4.2. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DA MULHER.....	37
4.2.1. VIOLAÇÃO DO DIREITO Á INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA.....	38
4.2.2. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER.....	39
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico busca analisar a interrupção voluntária da gravidez realizada durante o primeiro trimestre da gestação em face do direito à vida partindo de uma revisão bibliográfica, deste modo, estudar-se-á as garantias fundamentais da gestante, o aborto, bem como os meios praticados e quais as formas permissivas no código penal brasileiro, do direito à vida do feto e o impacto de tal tema na sociedade.

Diante do tema proposto apresentou-se a seguinte problemática a respeito da interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre da gestação: pode se afirmar que a sua prática, ainda que legal, seria uma violação do direito à vida, que é um preceito fundamental da Constituição Federal de 1988?

Neste sentido, objetiva-se analisar as questões relacionadas ao direito à vida a partir da liberdade de escolha da gestante, conceituar e apresentar uma breve noção do que se trata a anencefalia e, ainda, visa investigar e explanar sobre dúvidas quanto à capacidade de vida do feto em confronto com a Constituição Federal e o Código Civil.

A escolha do tema se justifica pelo fato do Superior Tribunal Federal ter decidido por absolver dois médicos e funcionários de uma clínica onde se praticou o aborto com consentimento de uma gestante, deste modo, despertou se o interesse em analisar a liberação do aborto do feto, tendo em vista que a garantia constitucional se confronta com as restrições do Código Penal.

Desta forma, a análise do fato vai além da liberação, pois no Brasil a legislação não permite a interrupção do aborto de forma não espontânea, bem como considera o aborto uma infração penal, punindo a gestante que o provoca, o médico ou a terceira pessoa que participa do ato, mas a mulher tem liberdade de escolha, tem direitos e garantias, as quais asseguram que a ela o dever de escolher.

A lei traz de forma expressa que a única forma que exclui a ilicitude do ato é a gravidez decorrente de estupro ou quando a vida da gestante corre perigo.

Para o desenvolvimento da pesquisa, foram utilizadas compilação bibliográfica e, ainda, a utilização de jurisprudências, abordando a leitura de doutrinas, artigos jurídicos, materiais retirados da internet, revistas, leis e códigos.

O método utilizado foi o de revisão bibliográfica que consiste em reunir obras literárias, documentos escritos por vários autores, dentre outros. Desta feita, o método é

aplicado "com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos" (GIL, 2002, p.44). Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa.

O tema desta pesquisa monográfica tem a função de sanar dúvidas corriqueiras acerca do aborto, da anencefalia e os direitos da mulher na comunidade jurídica, posto que muitos ainda desconhecem a inconstitucionalidade do aborto, bem como seus reflexos na sociedade, sendo relevante para o conhecimento acadêmico por se tratar de um assunto de grande repercussão e muito discutido entre os acadêmicos do curso de direito.

Nessa toada, o presente trabalho está organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo infere-se a noção e conceituação do fato abordado, a vida como preceito fundamental, as teorias pelas quais se acredita ser o surgimento da vida humana. Ainda, explana-se acerca dos direitos e garantias insertos na Constituição Federal. Por derradeiro, analisa-se de forma clara e objetiva do que se trata o aborto nos primeiros três meses da gestação, como esse fato mesmo sendo crime, interfere nos direitos individuais da mulher, fere seu preceito fundamental, bem como abortar também fere garantias constitucionais do feto.

2. ABORTO

Neste capítulo, buscará analisar o aborto, suas práticas com a finalidade de reunir resultados para a sanar a dúvida de se a prática do aborto, ainda que legal, seria uma violação perante o direito à vida, que é um preceito fundamental da Constituição Federal de 1988”. A temática do aborto é alvo de muita cautela por inúmeros estudiosos e juristas em decorrência de sua prática ilegal, e, principalmente, por ser um crime passível de penalização, sabe-se que nem todos os tipos de abortos são penalizados no Brasil. Deste modo, ao decorrer deste trabalho acadêmico discorrer-se-á em quais casos o aborto é permitido, bem como, quando se inicia a vida perante a medicina e ao ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Matos (2011), a discussão a respeito do aborto legal no Brasil tem seu aumento em decorrência das decisões judiciais ocorridas em todo o país por sua prática em algumas situações especiais, como nos casos em que as mães são portadoras do vírus HIV e em casos de formação fetal incompatível com a vida. Sendo assim, as Leis que tratam a questão do aborto divergem em vários lugares do mundo, porém pode-se dividi-las em dois grupos: daqueles países onde o aborto é legalizado e onde o aborto é um crime.

A legalização do aborto é tema de grande discussão em âmbito Nacional, pois enquanto há pessoas que a defendem, outras condenam a legalização dessa prática. Diante disso, o tema tem sido alvo de inúmeras polêmicas no âmbito do Direito. Tal polêmica gira em torno do artigo 5º da Constituição Federal que expressa de forma clara sobre a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade (OLIVEIRA, 2013). Nesta senda, ao adentrar no art. 5º da Constituição Federal depara-se com os direitos inerentes à pessoa, os quais são invioláveis e que garantem que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade dentre outros que serão expostos nos próximos capítulos. Ainda, de acordo com Oliveira, (2013), o aborto é a eliminação prematura do feto ou embrião da concepção do aparelho reprodutor feminino, isto é, a interrupção da gravidez através da morte do feto ou embrião, independente do organismo expulsá-lo, ou seja, a suspensão da gestação com ou não expulsão do feto ou embrião, antes de seu amadurecimento.

Atualmente no Brasil, segundo Delmanto (2000, p. 312), “a legislação específica do aborto não inclui como permissivas as interrupções de gravidezes de anencefálicos e anomalias fetais graves que não estejam colocando em risco a vida da mãe”.

De acordo com vários autores como, Baia (2008), Brasil (2010), Costa (1986), Egypto (2005), Santiago (2008) e Werebe (1998), a prática do aborto voluntário, independentemente do modo como ocorre, é tida como uma violência tanto física, quanto psicológica contra a mulher.

Para Segatto (2012), as pessoas que apoiam a descriminalização do aborto, o fazem amparadas na premissa de que a liberdade de escolha da mulher é um direito inviolável. Para a autora, há também mais dois ideais, o de que a vida só carece de ser resguardada pelo Estado a partir do momento da formação do sistema neurológico do feto (isso depois da 18ª semana), e também que o aborto se refere a um problema de saúde pública.

Para o desenvolvimento da pesquisa, foram utilizadas compilação bibliográfica e, ainda, a utilização de jurisprudências, abordando a leitura de doutrinas, artigos jurídicos, materiais retirados da internet, revistas, leis e códigos.

O método utilizado foi o de revisão bibliográfica, que consiste em reunir obras literárias, documentos escritos por vários autores, dentre outros. Desta feita, o método é aplicado "com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos" (GIL, 2002, p.44). Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa.

Para Galante (2008), o direito à vida refere-se a um direito vital e constitucional do ser humano, pode-se dizer que é um super direito, haja vista que todos os outros direitos carecem dele para se efetivar, diante disso, sem a garantia do direito à vida não existiriam os respectivos à liberdade, à intimidade, dignidade e etc.

Nesse sentido, sabe-se que o direito à vida é garantido por lei e resguardado tanto pelo código civil brasileiro como pela Constituição Federal. Dessa forma, em razão de tamanha complexidade, este assunto permanece sempre como sendo atual e ainda com perspectiva de discussão.

Portanto, aqui, pretende-se provocar reflexões a respeito da legalidade do aborto perante o presente direito fundamental. Dessa forma a pesquisa justifica-se por, além de propiciar importantes informações à sociedade a respeito do aborto, provocar um olhar crítico sobre este através da revisão literária, levando-se em consideração ser o assunto de grande importância para o meio jurídico. Este é também, um dos temas mais discutidos pela sociedade moderna, sendo fonte de conflito entre sociedade e estado, além de ser um assunto de grande importância tanto para a sociedade quanto para a ciência.

Atualmente, com propostas de alguns projetos de leis que visam a legalidade do aborto, mais do que nunca se faz necessária esta discussão, visto que entre os principais objetivos elencados na Constituição Federal brasileira, encontra-se a garantia e inviolabilidade

da vida e, assim, apesar de haver vasta quantidade de estudos realizados acerca deste assunto, com toda a certeza será de grande valia elencar novas considerações a esse respeito.

2.1 ASPECTOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO

O primeiro direito do ser humano consiste no direito à vida, acompanhado de todos os demais direitos. É também um direito a própria teoria dos direitos fundamentais, constitui "fonte primária de outros bens jurídicos" (CARVALHO, 1999, p. 201).

O direito à vida é um direito inviolável e, além disso, é primordial, posto ser essencial ao ser humano. A par disso, a Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 5º, declara 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" (CRFB, 1988).

Deste modo, o aborto ou ato de abortar não é tratado como forma simplificada no Brasil, uma vez que, a Constituição Federativa do Brasil garante direitos inerentes à vida do ser humano e assim o Código Penal Brasileiro dispõe de forma punitiva que a prática se torna crime.

O aborto não trata apenas da escolha da mãe de ter ou não um filho. Há outros aspectos envolvidos nesta questão, pois, se discute a permissão de um ser viver ou não; antes que houvesse o direito de escolha da mãe, há a proteção constitucional da vida do filho. Pode se afirmar que, a partir do momento da concepção, o Estado também se responsabiliza pelos atos praticados e administrados em prol do feto.

Deste modo, nos termos de nossa legislação vigente, surge um impasse de que, embora não tenha personalidade, a existência humana começa do nascimento com vida. À vista disso, o nascituro pode titularizar direitos, como, por exemplo, a busca de "alimentos gravídicos" prescritos no Código Civil. Em razão das controvérsias acerca da natureza jurídica do nascituro, quatro teorias forjaram-se, basicamente.

A primeira corrente defende que a vida começa a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, ou seja, a fecundação assegura ao nascituro a personalidade desde a concepção, possuindo, assim, direito à vida antes mesmo de nascer.

Esta tese é defendida pela Igreja Católica, e tem o maior número de seguidores, além de ser classificada como teoria concepcionista.

Insta vinca os ensinamentos de Scarparo (1991), pois aduz que:

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial”. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de “negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano (SCARPARO, 1991, p. 41).

A segunda corrente acredita e defende a ideia de que a vida acontece no ato da nidação, permitindo que o óvulo fecundado se fixe na parede do útero materno, ocorrendo a partir do 4º dia de fecundação, e é classificada como a teoria da nidação. De acordo com Scarparo (1991, p. 42) “Seria viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe”.

A terceira corrente coloca que o início da vida passa por várias etapas. Primeiro a fase do pré-embrião, depois, embrião e, em seguida, o feto. Segundo esta teoria, desde a concepção não há no embrião características de vida. Conforme Jussara Meirelles (2000, p. 114), de acordo com a teoria gradualista ou desenvolvimentista, “entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa”.

A quarta teoria prega que a vida humana só tem início após o parto com feto com vida, a chamada teoria natalista. Esta afirma que o nascituro possui mera expectativa de direito, fazendo jus à personalidade somente após o nascimento com vida (art.2º, 1ª parte do CC/02) para o autor, Pereira (2001), acredita-se que o embrião não sendo considerado pessoa, apresenta apenas mera expectativa de direito, ou seja:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Nasce-se e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele seja sujeito de direito (PEREIRA, 2001, p.79).

Em vista disso, ao se referir que o nascituro só tem personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, não quer dizer que ele não possua direitos intrauterinos. Nesse trilha, salienta essa teoria que, se o nascituro tivesse personalidade intrauterina, não haveria necessidade de a lei distinguir as expectativas de direito.

Ancorado nos dizeres de Semião (1998), tem-se que:

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das vísceras desta, como se afirmar nas fontes romanas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. Até operar-se o nascimento, o nascituro está ligado ao corpo materno, em razão mesmo da sua existência, inteiramente dependente, alimentando através da placenta cuja vida só tem existência intrauterinamente (SEMIÃO, 1998, p.153).

De acordo com essa teoria, o nascituro não tem capacidade de direito e nem personalidade jurídica, apenas os direitos que lhe são conferidos ao nascer com vida, todos garantidos pelo Código civil.

O nascituro ainda é aquele que vai nascer após a nidação (fecundação do óvulo na parede do útero), que por sua vez é o fruto da fertilização de um óvulo liberado pela mulher que vai ao encontro do espermatozoide masculino, fecundando e gerando assim uma vida. “Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivesse nascidas” (CHAVES, 1972, p. 39).

Deste modo, após a análise de diversos autores e da legislação brasileira, nota-se que as ideias são bem esclarecedoras e contribuíram para responder a problematização deste trabalho, uma vez que o aborto e seus aspectos relatam a importância da vida, o seu surgimento e como a legislação brasileira administra esses pareceres na iminência de proteger a vida do indivíduo. Para melhor compreensão, o próximo tópico tratará do conceito de aborto.

2.2 CONCEITO

O termo “aborto” vem do latim *abortus*, que significa morrer, padecer (FERREIRA, p.15). Dessa forma o aborto consiste na morte do produto da gestação, e este termo vem sendo usado para designar a expulsão do feto de forma consentida ou não, tendo ou não a expulsão do feto destruído, antes do tempo normal da gravidez. Desta senda, são notórios os vários conceitos de aborto por parte dos doutrinadores, alguns de forma específica e simplória, outros de forma técnica de difícil entendimento aos leigos.

De acordo com E. Magalhães Noronha, aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção (ovo, embrião ou feto). A interrupção da gestação há de ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica apenas o aborto na forma dolosa (LIMA, 2007 apud NORONHA, 2007, p. 53).

O código Penal Brasileiro traz no seu art. 124 a 128 as formas qualificadas do aborto. De acordo com art. 124 CP, o aborto é a interrupção da gravidez com conseqüente morte do feto. Nesses esses artigos podemos notar as classificações do aborto:

Aborto natural - que consiste na interrupção espontânea da gravidez (imputável);
Aborto de forma acidental - tem como conseqüência o traumatismo (imputável);
Aborto Criminoso - previsto no art. 124 a 127;
Aborto Legal ou permitido previsto no art. 128, o qual trata das várias formas quando se faz necessário a prática do aborto, não havendo solução médica cabível para que a criança nasça com vida.

Diante disto, notamos o conceito amplo de vários doutrinadores e do próprio Código Penal, que regula as penas pelos crimes cometidos no Brasil, abrangendo, assim, a prática do aborto.

Já Diniz (2004, p.149) acredita que o aborto está suscetível a várias classificações. Quanto ao objeto, pode ser:

- a) ovular, se praticado até a 8ª semana de gestação;
- b) embrionário, operando até a 15ª semana de vida intrauterina, ou seja, até o 3º mês de gravidez e,
- c) fetal, ocorrendo após a 15ª semana de gestação.

França (2001, p.248), em seu livro Medicina Legal, explica que o aborto é um fenômeno coletivo porque se origina em um fato social. "É um fato político e não pode ser resolvido apenas com inclusão de um ou outro dispositivo no Código Penal". Desta feita, pode-se salientar que este problema chega a ser um problema social pelo qual a medida a ser tomada é a conscientização da população, quanto vale uma vida? Não estamos abordando um assunto de mera conveniência, mas de um sério problema social de conscientização social (FRANÇA, 2001, p.248).

Assim sendo, promover a morte de um indivíduo indefeso ainda no útero da mãe por motivos de falta de recursos suficientes para sua manutenção é, de fato muito triste, é um sinal de desvalorização da vida humana, uma insensibilidade tamanha que fere os preceitos fundamentais da legislação brasileira, ora justa e inerente ao ser humano, visto que no Brasil não há controle de natalidade e, dessa maneira, não há nenhuma justificativa interromper uma vida por insuficiência de recursos.

2.2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELATIVOS AO ABORTO

Em se tratando de conceito de aborto, o tópico anterior elucidou de forma clara e sucinta do que se trata, bem como os meios pelos quais se caracterizam aborto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ideia de vários autores.

Nesta senda, este tópico pretende relatar sobre os aspectos históricos relativos ao aborto, como este tema era administrado no passado e quais as permissivas e os punitivos meios que os praticantes de tal ato sofriam.

Pode-se afirmar que o aborto já era praticado há muito tempo, desde que o indivíduo se tornou capaz de controlar suas decisões sem haver intervenção dos maiores. Deste modo, nos anos de “2737 e 2696 a.C, o imperador chinês Shen Nung cita, em texto médico, a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio” (PRADO, 1985, p. 43).

No livro História das Mulheres: onde se ressalta que desde a antiguidade as mulheres já praticavam o aborto:

Se as mulheres desejavam limitar os partos, tinham de recorrer aos abortivos, cujas receitas são muito abundantes. O primeiro risco era, portanto, o da ferida de um útero ainda imaturo devido à juventude das esposas romanas; neste caso os médicos recomendavam mesmo o aborto, inclusive por meios cirúrgicos. (DUBY, 2004, p. 388).

Neste sentido, o doutrinador Jacobsen (2009), alude sobre o aborto na Idade Média e na Idade Moderna:

[...] eram as mulheres aquelas que dirigiam conselhos e instruções às gestantes; eram elas que ajudavam a parir e a abortar. Ademais, cabia exclusivamente à mulher grávida anunciar seu estado. Uma mulher que não houvesse comunicado sua gravidez também não poderia ser acusada de haver abortado. Em outras palavras, aborto era uma questão de mulheres, o que significa que o fruto do nascimento fosse social, econômica e politicamente irrelevante (JACOBSEN, 2009, p. 103).

Assim, o país que continha muitos habitantes era um país visto como próspero, já no século XIX o crime de aborto ganhou força e se expandiu por diversos outros países.

Em relação à perspectiva científica sobre o aborto, merece destaque:

Em 1827 Karl Ernst von Boer descreveu pela primeira vez o processo de concepção, e em meados do século XIX os médicos estavam já completamente convencidos da existência desse processo. Muitos médicos começaram então uma campanha para proibir o aborto. A frase que todos

pensam ter sido inventada pelo Vaticano “a vida humana começa no momento da concepção”, data, de fato, dessa campanha iniciada pelos cientistas no século XIX (MATOS, 2011, p. 12).

Por fim, no Brasil, para que se chegasse a então presente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), foi trilhado um extenso caminho, o qual se remete ao período imperial brasileiro. Segundo a constituição de 1824, o ato de interromper uma gravidez de forma voluntária, se constituía em um crime grave contra a vida, porém sendo o aborto auto induzido livre de pena.

Mais à frente, especificamente falando do código penal de 1890, tempo em que se refere ao período republicano, tem-se que, somente seria punida a prática do aborto quando feita por terceiros, sendo esta pena agravada em caso de, em razão deste procedimento, se resultasse a morte do paciente.

Em 1940, o então código penal deixou mais clara a legislação a respeito do tema, instituindo que a prática do aborto constituiria crime, inserindo-o entre os denominados “crimes contra a vida”, podendo apenas ocorrer nas hipóteses previstas, estas sendo em caso de estupro e em hipótese de gravidez de risco, na qual ocorresse eminente risco à vida da mulher. (GOULART, 2013).

Deste modo, os aspectos históricos do aborto tem muito a contribuir, pois ao longo do tempo, passaram-se diversos anos para se chegar às leis atuais, as quais modificaram apenas as formas permissivas, já que as formas proibitivas continuam as mesmas. Assim, o próximo tópico traz os aspectos éticos e morais relativos ao aborto, o qual em geral é visto de forma preconceituosa pela sociedade, ainda que após lutas diárias das mulheres pelo direito de escolha de abortar, devido ao fato de que a moral e a ética estão interligados à cultura de um povo tornando-se assim uma questão de assimilação e aceitação mais difícil.

2.2.1.1 ASPECTOS ÉTICOS E MORAIS RELATIVOS AO ABORTO

Ao tratar de aspectos éticos e morais sobre o aborto, faz-se necessário lembrar do preconceito que a sociedade ainda tem pelo assunto, mesmo em casos em que a lei relata a forma permissiva.

Como já relatado neste estudo acadêmico, nos primórdios nossos ancestrais já aderiam à prática do aborto, e estudos relatam que esta surgiu desde que os indivíduos começaram a

tomar suas próprias decisões, ou seja, assim que os direitos de escolha foram liberados a todos.

Deste modo, o ato de abortar, de um modo geral, tem um cunho negativo perante a sociedade, para os religiosos a igreja condena a prática, uma vez que estará matando e ceifando uma vida, impedindo-a de gozar os prazeres de viver. Sendo assim, a moral e o costume da sociedade salientam que, se a prática de qualquer atitude é crime, então necessita que ela não seja feita e, se for feita, que seja punida.

Para clarear o assunto, o texto traz a ideia de renomados autores que aludem sobre esta premissa que irá ajudar a solucionar o problema de pesquisa, uma vez que é baseado nos estudos de diversos autores e que leva aos resultados que aqui se almeja.

Para Galvão (2005), é questão recorrente a dificuldade em se determinar em quais formas e circunstâncias a lei deve tanto proibir quanto penalizar o aborto, porém se faz impossível que se possa debater este assunto em sua amplitude sem que se leve em consideração questões como: quando, e em favor de qual razão seria o aborto eticamente errado. Essas reflexões se fazem necessárias pois, levando-se em consideração que, no momento em que não houver nada de errado em matar fetos humanos, a própria proibição jurídica restará destituída de fundamento.

Tendo como foco aqui apenas o debate relacionado à ética do aborto, qual seria exatamente essa questão? Deve-se ter em mente sempre que o aborto se relaciona com diversos problemas éticos distintos. Vale também lembrar do essencial desacordo entre os que se situam no campo pró escolha (liberal) e os que se encontram no campo pró-vida (conservador), pois é a partir daí que se pode abordar a questão ética do aborto, tendo como problema a seguinte indagação: é errado matar um feto humano durante o primeiro trimestre da gestação?

Certamente qualquer ocupante da posição pró-vida responderá obviamente que sim, porém não absolutamente, pois muitos destes dirão também ser permissível a prática do aborto em alguma das seguintes situações: a gravidez que se resultou de violação; ou feto com evidência de deficiências ou defeitos genéticos graves, e etc.

Em se tratando de conservadores mais radicais, em grande maioria das situações estes não aceitam sequer uma dessas ditas exceções à proibição de abortar, porém a postura tende a se alterar quando, em razão de problemas com o feto, a continuação da gravidez constituir significativo risco para a vida da mulher, acrescentando ainda que, desde que não sendo a intenção matar o feto, mas sim, proteger a vida da mulher. (GALVÃO,2005)

Também em se tratando de defensor da posição pró escolha, é provável e de se esperar que a resposta à referida pergunta novamente seja sim, apesar de haver espaço para as conhecidas divergências, isso devido a posição de alguns que, ainda assim não encontram razões de peso para condenar o aborto, sendo praticado a qualquer tempo, mesmo que no último trimestre da gestação.

Porém, ainda segundo Galvão (2005), é necessário ter-se em mente que, em se tratando do presente tema, não há posições absolutas mesmo entre seus defensores, pois, ainda assim, muitos intitulados liberais adotam uma posição mais moderada, considerando que, de modo geral, o aborto tardio deve ser conduta eticamente condenável e/ou puramente inadmissível.

Isso se deve a um desafio que lhes é colocado, fica assim a necessidade de indicar os fatos pelos quais e em virtude destes o aborto se torna menos tolerável quando se aproxima de seu fim natural.

Para o Ministro Barroso:

Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não (BARROSO, 2016, n.p.).

Os resultados desta pesquisa mostraram se de grande valia, uma vez que, a ideia de diversos e renomados autores abriu leque de opções de estudo quanto ao modo de ver o caso. Claro que cada caso se soluciona de alguma forma, e, a partir disto, analisando o conceito e as formas éticas e morais resume-se que o Brasil é um estado laico onde nem a religião interfere na justiça nem a justiça interfere na religião.

Sendo assim, auxiliará para responder o problema de pesquisa de forma óbvia e objetiva em se tratando de interrupção da gravidez nos primeiros meses de gestação. Como já estudado, não há relatos jurídicos de fato de quando nasce a vida, mas o código civil assegura o direito do nascituro desde a sua concepção, ou seja, a vida não é apenas escolha da mãe, é dever do estado zelar por ela e garantir seus direitos e deveres.

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS RELATIVOS AO ABORTO

Como é de conhecimento, ainda que não sendo algo que se poderia denominar novo na sociedade, a questão do aborto continua sendo fonte de divergências, mesmo que por diversas razões. Lima (2011, p. 53): diz que: “O aborto é um dos temas mais polêmicos em discussão na sociedade contemporânea. É atual e ao mesmo tempo um dos mais antigos na história da humanidade [...]”.

Sabe-se que, atualmente no Brasil, o crime denominado aborto se encontra tipificado no presente código penal, ainda datado de 1940, em sua parte especial, no capítulo I, de seu artigo 124 ao 128, onde são tipificados os crimes contra a vida. Assim, o aborto resta tipificado da seguinte forma:

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

Pena - detenção, de um a três anos.

ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

FORMA QUALIFICADA

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 sobrevém a morte.

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

ABORTO NECESSÁRIO

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

5.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.”

Para Mirabete (1997, p.100), a pretendida intenção do legislador ao criar o citado inciso, segundo do art. 128 do código penal, seria de evitar que a mulher fosse obrigada a ter um filho, resultado de uma eventual cópula forçada mediante violência.

Para Mirabete e Fabbrini (2012, p. 805) ainda cabe destacar a tamanha importância da figura do aborto tido como humanitário, ou seja, uma figura criada com o intuito de fornecer proteção à integridade psicofísica da mulher violentada, considerando-se que não deva a mulher se ver obrigada a cuidar de uma criança advinda de coito violento e indesejado,

estando sujeita a tornar-se refém de riscos de problemas mentais, provinda de uma relação quase invariavelmente tanto doentia, quanto violenta e criminosa.

Sem que haja dificuldade, é possível, analisando o código penal, notar-se uma maior valoração conferida à vida humana extrauterina quando se comparada à intrauterina, visto que, levando-se em consideração o crime de homicídio, o qual tem pena referente de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos de reclusão em sua modalidade mais simples, enquanto a pena destinada ao crime de aborto praticado sem o consentimento está estabelecida em reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Vale ressaltar ainda que, segundo o então código, em se tratando do aborto necessário, sua realização independe de consentimento tanto da gestante quanto dos familiares, sendo nesta situação suficiente a constatação do médico para indicar ser este o melhor meio para salvar a vida da gestante.

Assim, tem-se que nenhum direito deve ser tratado como sendo absoluto, mesmo tratando-se do direito à vida, sendo por essa razão perfeitamente admissível a prática do aborto em circunstâncias excepcionais, com fim a preservar a vida digna da gestante (NUCCI, 2013, p.28).

Dessa forma, ainda segundo Nucci (2012):

Deve-se ter em mente que, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana, no presente caso em que fora uma mulher violentada, pode-se afirmar que o direito autoriza que pereça a vida do feto ou embrião, mesmo sendo estes dois, valores fundamentais, deve ser mais indicado preservar aquele já existente (NUCCI, 2012, p.658).

De acordo com o doutrinador, nos casos de estupro, o direito versa sobre a vida do embrião, pois existe o direito a ser respeitado. O princípio da dignidade humana assegura os direitos do nascituro, mesmo que ele seja uma mera expectativa de vida, todavia, é oferecido à mulher o direito de abortar, pois, assim como o direito do nascituro precisa ser respeitado, o da mulher também necessita ser respeitado.

Os resultados encontrados a partir deste tópico acrescentam na pesquisa que o ordenamento jurídico brasileiro pune o aborto e deixa de forma clara e objetiva quais casos serão permissivos. No tocante, o que diverge são as lacunas entre o direito penal e o civil, em casos em que não se aceita o aborto como regra e, assim contém as exceções. Mas quando a vida se inicia, o código civil alude sobre essa premissa o que põe em dúvida, é crime pois se trata de uma vida ou ainda não se considera vida?

Estes resultados colhidos a partir da pesquisa auxiliam de forma significativa para resolução do problema, uma vez que o que discute neste trabalho é o contexto no qual se possibilita o aborto no primeiro trimestre da gravidez. Sendo assim, por um lado o código penal criminaliza, o código civil criminaliza, mas houve precedentes os quais colocam o direito de escolha da mãe acima do entendimento legal e é o que trataremos nos próximos capítulos.

3 A LEGALIDADE DO ABORTO À LUZ DO CÓDIGO PENAL

Este capítulo tem como foco principal as formas nas quais o Código Penal permite a prática do aborto, assim, ajudará a responder o problema deste trabalho de forma significativa, uma vez que estamos discutindo se a gestação nos primeiros trimestres pode ser interrompida.

O código penal é o regulador de crimes previsto no Brasil, sendo assim, os próximos tópicos versam sobre os casos em que o aborto não é crime, embora possa se afirmar que em todos o que há em comum é a necessidade de resguardar a vida da mãe, mantendo a salvo todos seus direitos.

3.1 O ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA

A anencefalia é uma doença que afeta os fetos no início da formação. Esta anomalia pode ser diagnosticada nos primeiros meses de gestação e sua origem ainda não possui nenhuma justificativa concreta.

Como resultado da pesquisa, pode-se afirmar que a anencefalia consiste na má formação incompatível com a vida, diagnosticável nos primeiros meses de gravidez, não existe tratamento disponível, e não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, uma vez que essa malformação consiste na ausência parcial do cérebro juntamente com a calota craniana e o início do tubo neural, os quais começam a se desenvolver bem no início da vida intrauterina.

De acordo com a medicina legal, inclui também a *Mielomeningocele*, mais conhecida como *Spina Bífida*, e é uma malformação congênita da coluna vertebral da criança, dificultando a função primordial de proteção da medula espinhal, que é o "tronco" de ligação entre o cérebro e os nervos periféricos do corpo humano.

Quando a medula espinhal nasce exposta, como na *mielomeningocele*, muitos dos nervos podem estar traumatizados ou sem função, sendo que o funcionamento dos órgãos inervados pelos mesmos (bexiga, intestinos e músculos) podem estar afetados.

Desta maneira, podemos afirmar que a anencefalia é uma doença que atinge 1 em cada 1 milhão de bebês no mundo. A palavra anencefalia significa "sem cérebro", na forma vulgar dita, mas o termo não está totalmente correto, já que o bebê atingido não possui partes do

cérebro, mas o tronco cerebral está presente. Assim, quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, as estatísticas mostram que terá apenas algumas horas ou dias de vida.

Entende-se também, desta forma, que muitos neonatos encefálicos são capazes de manter a respiração, mantendo o tronco encefálico funcionando. Alguns possuem mesmo parte do cérebro presente. A maior parte dos anencéfalos nasce em parada cardiorrespiratória (natimortos, portanto).

Com efeito, a origem da anencefalia se dá no tubo neural, que, por sua vez, dá origem ao cérebro e à medula óssea, a parte anterior do tubo aumenta seu tamanho para formar o cérebro humano, a parte inferior cresce para a medula espinhal, cada elemento se desenvolve de forma autônoma.

De acordo com a evolução da gestação, o tubo neural é formado, processo esse que pesquisas apontam levar o tempo de aproximadamente 25 dias após a concepção.

Nesse ínterim, o defeito ou malformação ocorre em uma de cada mil gestações, letal em 100% dos casos já assistidos, mas, em se tratando de tempo de sobrevivência, infelizmente não há estimativa de vida.

Ato contínuo, o tubo neural se fecha com aproximadamente quarenta semanas de gestação, não podendo ser descartada a possibilidade de aborto natural, uma vez que o organismo humano começa a sofrer fatores de risco para a gestante, sendo que o diagnóstico pode ser detectado entre o 3º e 4º mês de gravidez.

Ademais, a mutação genética pode ser um fator fortemente causador da anencefalia, proveniente do gene que não tem o desenvolvimento correto. Todavia, há outros fatores inerentes a isso, como a falta de ácido fólico, uma deficiência de vitamina do complexo B no organismo humano (DINIZ, 2004, p.53).

Com amparo na medicina legal, em uma gravidez saudável o processo se distingue, tendo em vista que o tubo neural se desenvolve normalmente e os nervos ficam protegidos dentro da coluna vertebral e dos ossos do crânio. Entretanto, quando essa parte do tubo neural não se fecha totalmente, ocorre a anencefalia. O embrião, neste momento, pode ser comparado com uma semente de maçã pelo seu tamanho (DINIZ, 2004, p. 53).

Desta forma, a pesquisa demonstra que os bebês com este problema nascem sem maior porção do cérebro, de forma exposta e com tronco cerebral funcionando, constituído pelo bulbo que, por sua vez, desempenha o papel de alongar a medula espinhal, que se conecta à coluna cervical.

Como conceitua LANGAMAN, "O bulbo controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e alguns atos reflexos como deglutição, vômito, a tosse e o piscar dos olhos" (LANGAMAN, 1977, p. 02).

Os autores se assemelham bastante em opiniões apresentadas, porém existem alguns autores que apresentam o caso de uma forma mais simples facilitando o entendimento do leitor leigo. Por fim, têm-se autores que são mais técnicos, e dificultam o entendimento de pessoas que não atuam na área da medicina em si.

De forma ampla, devemos salientar que a anencefalia não se define como sendo o feto totalmente sem cérebro, como a maioria das pessoas acredita, mas não se pode ignorar que, mesmo estando apenas parcialmente sem cérebro, sua expectativa de vida resta inegavelmente prejudicada.

Ainda assim, este feto pode possuir outros mecanismos importantes ao organismo humano em funcionamento, como o tronco cerebral, que, como dito é constituído pelo bulbo, por isso o feto respira, possui batimentos cardíacos e reflexos inerentes ao corpo humano.

Segundo Rabello:

É de larga aceitação atual o conceito de que a confirmação da morte encefálica deve se basear em três princípios fundamentais: irreversibilidade do estado de coma, ausência de reflexos do tronco encefálico e ausência de atividade cerebral cortical (RABELO, 2013, p.167).

Assim sendo, tratando-se de um ser sem expectativa de vida extrauterina, torna-se inviável e cruel a necessidade de a mãe, tendo ciência desta condição, dar continuidade à gestação e, como consequência disto, ser exposta, além da dor física durante os respectivos nove meses, também à dor psíquica, dado o fato de saber que seu filho não terá expectativa de vida após o parto.

No código penal brasileiro, em seu art. 128, estão previstas apenas duas hipóteses de aborto permitido, sendo: o necessário, e o humanitário nos incisos I e II respectivamente.

Segundo o ministro Marco Aurélio, porém, na hipótese de anencefalia não são aplicáveis tais dispositivos, portanto não se trata de crime, pois, este feto simplesmente não se encontra amparado por este tipo penal, ou seja, se encontra fora do âmbito do direito penal, pois, não se trata de feto com vida, e sendo assim, não existe o objeto material do delito (ser humano vivo), configurando-se então um caso de atipicidade formal.

Levando-se isso em conta, tem-se que os direitos humanos tutelam o indivíduo pessoa, aquele que existe e que tem vida. Ocorre que há uma diferenciação entre embrião, feto e pessoa humana, e, em se tratando de pessoa humana, trata-se de direitos do indivíduo.

Na hipótese do feto anencefálico, não há indivíduo pessoa e, conseqüentemente, não há tutela penal, sendo que a mãe já constitui indivíduo pessoa, e o feto anencefálico constitui expectativa de pessoa, e que, em virtude de sua condição, tem-se que o feto natimorto não se equipara ao feto saudável.

Deste modo, a jurisprudência pode ser negativa quanto à prática do aborto, pois é necessário comprovar risco à saúde da mãe, embora a anencefalia mostre resultados de morte após o nascimento. Quanto à religião, mesmo que muitas pessoas sejam contra a interrupção da gravidez, vale lembrar que o Brasil é um país laico, no qual nem a religião interfere nas leis e nem as leis na religião, como mostra o julgado abaixo:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

(ADPF 54, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011). Maneira errada de fazer essa citação

Tem-se que o feto saudável está sujeito à ponderação frente os direitos da mulher, como se tem na hipótese do aborto humanitário, que trata de gestação advinda de violação.

Sobre o status religioso, o Ministro Barroso alude de seguinte forma:

Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que foge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro (BARROSO, 2016).

Nesse sentido, faz-se lógico semelhante interpretação com respeito ao feto anencefálico, por se tratar de um natimorto cerebral, e assim, torna-se inconstitucional a interpretação de que, nessa hipótese, haja crime. O próximo tópico relata sobre o aborto em caso de estupro. Esta modalidade é tratada de forma humanitária, pois dá à mãe o direito de ter ou não um filho advindo de ato de violência.

3.2 O ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO

O Código Penal, precisamente, no artigo 213, esclarece acerca do aborto em casos de estupro, caracterizado como aborto ético ou humanitário, uma vez que não obriga a gestante a ter um filho fruto da violência e motivo de tristeza para a mãe que está carregando um filho concebido por meios que resultam em casos de extrema depressão e outros desequilíbrios psicológicos.

O artigo 213 do Código Penal sobre o estupro esclarece:

Art. 213- Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

§ 1º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de dezoito ou maior de catorze anos:

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

§ 2º - Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

No Brasil, segundo o inciso II do artigo 128 Código Penal, a mulher tem assegurado o direito de interrupção da gestação advinda da hipótese de estupro, desde que tal procedimento seja realizado por médico, e não sendo então punível dada conduta, desde que precedido de consentimento da gestante, ou de seu representante legal, em casos em que se tratar de pessoa incapaz (CÓDIGO PENAL, ART. 128, II).

Assim, de acordo com o disposto acima, e conforme norma técnica do Ministério da Saúde, ao que se trata da prevenção e tratamento de agravos resultantes da violência sexual contra a mulher, não são exigidos quaisquer documentos para que se possa dar a interrupção da gravidez no presente caso, além do dito consentimento da mulher ou representante legal.

Entende-se que, nessa hipótese, a palavra da vítima deve ser dotada de credibilidade, devendo ser recebida com presunção de veracidade, pois o serviço de saúde tem como objetivo garantir o direito à saúde, física e psicológica.

Entende-se, então, que o médico responsável, bem como os demais profissionais de saúde, não devem temer consequências jurídicas quando posteriormente revele-se que a gravidez não foi resultante de violência sexual, como traz o art. 20, § 1º do código penal: "é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima".

Assim sendo, torna-se plenamente cabível a interrupção da gravidez, ainda que evidenciada a avançada idade gestacional do nascituro, pois da falta de regulamentação própria, evidencia-se a possibilidade de que a dignidade da pessoa humana, assim como a vontade da gestante, sejam violadas.

Em se tratando do prazo para que este seja realizado, diante da perspectiva médica, seria o prazo máximo para a interrupção o de vinte semanas, enquanto da perspectiva do âmbito jurídico não resta prazo estabelecido.

Dessa forma, há a possibilidade de a gestante iniciar o processo de interrupção da gravidez a qualquer tempo, levando-se em conta apenas e exclusivamente o seu consentimento.

De acordo com doutrinador Nunes, (2014) no Brasil, os abusos sexuais acontecem na maioria das vezes entre 13 a 17 anos de idade, neste ínterim, a maioria são crianças e assim, é alarmante que uma das principais causas de mortalidade feminina é a violência sexual contra a mulher (Nunes2014, p.16).

A respeito de algumas características sobre a ocorrência da violência sexual, estima-se que a violência sexual atinja 12 milhões de pessoas a cada ano no mundo e que as agressões contra as mulheres são praticadas principalmente por pessoas íntimas ou conhecidas (sendo frequentes os abusos sexuais intrafamiliares - como o incesto e o estupro, em especial, e o sexo forçado perpetrado por parceiros íntimos) e que fatores como coabitar com o parceiro, ser adolescente ou mulher jovem, ser usuária de álcool ou drogas, ter antecedente de violência sexual e ter baixo poder socioeconômico aumentam o risco e a exposição à violência (OSHIKATA et al., 2011 apud NUNES, 2014, p.16).

A violência sexual ainda é um problema recorrente no Brasil. De acordo com o Ministério da Saúde, as agressões são comuns e, geralmente, ocorrem com pessoas próximas e até parentes, resultam em gravidez e deixam traumas psicológicos. Assim, o próximo tópico relata sobre o aborto praticado por uma terceira pessoa e este contempla duas modalidades: o aborto praticado pela gestante, com seu consentimento e sem seu consentimento. As duas práticas são crimes previstos no Código Penal.

3.2.1 O ABORTO PRATICADO POR TERCEIROS

Os artigos 125 e 126 do Código Penal Brasileiro versa sobre o aborto sem consentimento ou praticado por terceiro com penas de 1 a 10 anos de reclusão como assim alude:

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Existem dois modos nos quais há participação de terceiros: no primeiro momento, a gestante concorda em fazer o aborto e então o ato é praticado por uma terceira pessoa. A pena para a mulher que permite e concorda com a execução do aborto e de 1 a 3 anos de detenção.

No segundo momento é apenas o terceiro que realiza os procedimentos abortivos e a pena será computada de 1 a 4 anos de acordo com artigo 126 do Código Penal Brasileiro. (BITENCOURT, 2011).

Deste modo, trata-se de crime doloso contra a vida, portanto, sujeito ao procedimento especial do Tribunal do Júri, como relata a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ABORTO. PRONÚNCIA. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. – O delito imputado a recorrente é apenado com pena de 01 a 03 anos de detenção (art. 124 do CP). A prescrição, considerando os termos do art. 109, inc. IV, do mesmo estatuto se verifica em 08 anos. No caso, tratando se de acusada menor de 21 anos à época do fato, por força do art. 115 do CP, o prazo prescricional é reduzido por metade: 04 anos - O fato data de 14/01/2004, tendo a denúncia sido recebida em 10/12/2007 (marco interruptivo). Em 17/03/2008 o processo foi suspenso nos termos do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, tendo o benefício sido revogado em 28/11/2008. A r. decisão de pronúncia foi publicada em 29/04/2009 (marco interruptivo). - Verifica-se, daí, - mesmo desconsiderando o prazo do benefício da suspensão - que o lapso de 04 (quatro) anos não transcorreu entre nenhum dos marcos interruptivos indicados. Anote-se: Ag Rg no REsp 961871 / RS, Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. em 21/10/2008? MÉRITO -Para a pronúncia, a primeira exigência dirige-se a materialidade do delito. - A combativa defesa, então, alega que "... falta ao presente feito materialidade do delito, ou seja, não há nos autos exame que comprove que esta estava grávida, bem como não há materialidade (feto, placenta, análise da causa abortiva) (...)". - Tratando-se de crime de aborto, a prova da existência do crime se demonstra através do diagnóstico da interrupção da gravidez. Anote-se: HC 11515/RJ, Ministro FERNANDO GONÇALVES, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça -No caso em exame, há diagnóstico da interrupção da gravidez. - Temos, além da confissão, que a prova da existência do delito encontra apoio nos documentos acostados às fls. 22/28. (...) PRELIMINAR REJEITADA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

De acordo com o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2011), para a comprovação do aborto que a gestante não consentiu não é necessário que cumpra requisitos, apenas, faz se necessário que a mulher não conheça a prática da seguinte forma:

Para provocar aborto sem consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta simulação ou mesmo dissimulação, artil ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto (BITENCOURT, 2011, p. 164).

Em se tratando de mulheres menores de 14 anos, não responderão pelos crimes relatados no artigo 126 do Código Penal, mesmo que a mulher concorde, se enquadrando nas hipóteses do artigo 125 do código penal.

Assim alude a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ABORTO. ART. 125 DO CÓDIGO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PEDIDO DE DESPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da sentença que pronunciou o acusado, inviabilizando a acolhida do pleito defensivo de despronúncia ou absolvição sumária. Nesta etapa processual a dúvida, por mínima que seja, sempre se resolve em favor da sociedade. In casu, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, sobretudo em razão do depoimento judicial da vítima - que se mostrou coerente com a versão apresentada na polícia -, assim como das testemunhas que conduziram a mesma até o Hospital, confirmaram o relacionamento do casal e, muito embora não tenham presenciado o fato delitivo, apontaram ao réu a autoria do aborto provocado sem consentimento da gestante. Outrossim, a defesa não logrou comprovar, de modo incontestado, a inexistência do fato, ou que o réu não concorreu para a infração penal como autor ou partícipe, não constitui o fato infração penal e/ou que estão presentes as causas excludentes de ilicitude ou isentem o réu de pena. Manutenção da decisão hostilizada. RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70072516677, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 11/05/2017).

Conforme Pierangeli (2007), a autorização da grávida para a realização do aborto pode ser revogável, mesmo que o procedimento haja sido iniciado, mas o seu prosseguimento não poderá ser consentido pela mulher. Assim, quem responde é o terceiro, pelas lesões sofridas ou até mesmo pela morte da gestante, segundo o disposto no artigo 127 do Código Penal Brasileiro.

Isso posto, no artigo 127 do Código Penal, sucedem duas possibilidades de acréscimo de pena: quando a gestante sofrer lesões graves em decorrência dos procedimentos realizados; ou sobrevenha a óbito, tal como se pode ler no trecho que segue:

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 sobrevém a morte.

De acordo com artigo 127 do Código Penal, em casos nos quais são usadas situações em que se coloca em risco a vida da mãe e que ela venha a falecer as penas serão agravadas.

Os principais resultados encontrados nesta pesquisa, em se tratando de aborto praticado por terceiro, apontam que esta prática, mesmo tendo consentimento da gestante, é crime e, assim, nos leva ao problema do qual se trata: o aborto nos primeiros meses de gestação. Dessa forma, os resultados se revelam de grande importância, pois estamos adentrando nos direitos individuais das mulheres e na autonomia que elas têm de decidir sobre seu próprio corpo.

4 ANÁLISE DA LEGALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ REALIZADA DURANTE O PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO À LUZ DO DIREITO À VIDA

Para analisar a legalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez nos primeiros três meses de gestação, é necessário entender que ocorre nos primeiros meses a formação inicial do feto, o que levou a turma do STF a versar sobre tal decisão.

Nos primeiros meses de gestação, o feto está se formando, ou seja, seus órgãos estão tomando forma e ainda sem completo funcionamento, assim, o processo de desenvolvimento do embrião está nas primeiras etapas. Nota-se que o embrião, nos primeiros três meses de gestação, não tem capacidade de vida extrauterina, uma vez que não está apto para respirar, se alimentar e desenvolver como uma criança, pois seus órgãos ainda não estão totalmente capacitados, embora os pulmões estejam formados.

Desta forma, torna-se uma polêmica estudar a que ponto caracteriza uma vida, seria na fecundação ou após o nascimento com vida? Esses assuntos, já expostos acima, versam de correntes doutrinárias por vezes divergentes.

O Código Penal criminaliza o aborto e descriminaliza apenas em casos específicos, mas não relata quando a vida começa. Como se vê:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

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.

Lesão corporal. (CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940).

A análise do artigo 128 do Código Penal diz apenas que o aborto é crime, mas abre precedentes nos quais a mulher pode abortar.

Já o Código Civil alude sobre os direitos do nascituro e põe a salvo suas garantias constitucionais desde a concepção. Vê-se em:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Ou seja, ao se analisar o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, entende-se que a personalidade civil, que é aquela que nos garante direitos ao voto, a viver em sociedade, a se alistar e demais coisas são garantidos a partir do momento em que nasce. Nasceu, respirou, adquiriu personalidade civil, da mesma forma que, quando morre, cessa a personalidade jurídica.

Nesta senda, analisando um pouco mais o artigo, o mesmo diz: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ou seja, o nascituro é a mera expectativa de vida, de que aquele embrião ou feto venha a ter vida. A lei versa que, mesmo em mera expectativa de vida, seus direitos e garantias estão tutelados pelo Estado, mesmo que os riscos nos primeiros três meses de gestação sejam grandes e as expectativas de vida sejam limitadas, já que são decisivos para o bebê os primeiros meses de formação.

Contudo, a Constituição Federal traz os seguintes dizeres a respeito da vida:

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 (...) (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal versa sobre a vida e garantias constitucionais a ela administradas, mas quando a vida começa? Seguindo esse entendimento Mello se posiciona:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva [...]. E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do indivíduo - pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. [...]. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (MELO, 2008, p. 66).

Esta premissa parte do entendimento dos legisladores e abre precedentes para julgar os casos de forma isolada. Analisando de forma sucinta trata-se de interpretações polêmicas e abre precedentes para julgados em casos específicos como foi o caso que trataremos a seguir.

O caso julgado pelo Superior Tribunal Federal tratava da revogação de prisão de cinco pessoas que foram detidas em uma operação da polícia do Estrado do Rio de Janeiro em uma clínica clandestina que praticava abortos em mulheres com seu consentimento. Foram autuados médicos que faziam o procedimento e os funcionários do local como relata o julgado.

4.1 SOB VISÃO DO DIREITO

Este tópico irá relatar como o ordenamento jurídico brasileiro salienta acerca da legalidade do aborto, uma vez que nos primeiros meses de gestação o feto está em formação e totalmente sem expectativa de vida extrauterina. Desta forma, ajudará a responder o problema estudado neste trabalho. Já que a vida é um bem jurídico tutelado pelo Estado, embora o Estado não deva dirigir sobre as escolhas da mulher, sobre sua sexualidade e interferir na escolha de quando terá ou não um filho, situações como esta versam sobre a lacuna que a lei deixou transparecer: até quando o Estado pode interferir na vida de uma pessoa que é livre constitucionalmente para fazer escolhas?

Com o julgamento realizado pela 1ª turma do STF, do HC 124306, surge a possibilidade de que possa ser admitida uma quarta exceção relativa à prática do aborto na legislação brasileira. Trata-se da possibilidade de a interrupção voluntária da gravidez, realizada durante o primeiro trimestre da gestação, sendo esta provocada pela própria gestante (art.124) ou com seu consentimento (art.126) CP, não ser mais tipificada como crime.

Como mencionado no presente julgado, existem requisitos para que dada conduta qualificada como criminosa seja compatível com a constituição. Ou seja, segundo Barroso para que esteja de acordo com a constituição, e para que uma conduta possa ser tida como crime, é necessário o preenchimento de três requisitos básicos, sendo:

- a) este tipo penal deverá proteger um bem jurídico relevante;
- b) o comportamento incriminado não pode constituir exercício legítimo de um direito fundamental; e
- c) deverá haver proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.

Aqui temos então que, quando determinada conduta for prevista como delituosa, porém não atender a algum dos três requisitos mencionados, o dito tipo penal deverá ser

tido como inconstitucional. E, assim sendo, a conduta da prática da interrupção voluntária da gestação realizada durante o primeiro trimestre não deve ser tratada como crime, devido não preencher o segundo e terceiro requisitos acima mencionados.

Apesar de os artigos 124 e 126 do CP protegerem, sim, um bem jurídico relevante (potencial vida do feto), a criminalização da prática da interrupção da gravidez, realizada antes de concluído o primeiro trimestre, vem a violar direitos fundamentais da mulher, por não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade, o que, em razão da violação de outros direitos fundamentais, vem a ter reflexos sobre sua dignidade enquanto pessoa humana.

O Min. ainda reitera, em seu pronunciamento, que a mulher que realiza um aborto, o faz por se encontrar em uma situação qualificada como trágica e, além disso, ela não precisa que o Estado torne sua situação ainda pior, levando-a ser processada criminalmente, e que a mulher que realiza a interrupção da gestação age de forma legítima, e, por consequência viabiliza também a conduta do profissional de saúde que a realiza.

4.2 VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DA MULHER

Em primeiro lugar, argumenta o Min. relator Roberto Barroso, que a criminalização da interrupção voluntária viola primeiramente a autonomia da mulher, ao que se trata da liberdade individual, esta que, encontra-se protegida à luz do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), ou seja, a criminalização lesa a autonomia da mulher, no que diz respeito a sua autodeterminação, no que tange ao direito referente às escolhas básicas e existenciais e de tomarem decisões próprias sobre o rumo de sua vida.

As ditas escolhas básicas e existenciais tratam de um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe cabe viver com seus valores, interesses e desejos, não cabendo ao estado ou sociedade o direito de intervir.

É de importante relevância ressaltar também que, em se tratando da mulher e de sua autonomia, um aspecto central desta é o poder de controlar o próprio corpo e demais decisões a ele relacionadas, podendo incluir-se aí o poder de cessar ou não uma gravidez, como nos diz o Min. Relator:

Como pode o Estado – isto é, um Delegado de Polícia, um Promotor de Justiça ou um Juiz de Direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que leve esta gestação até o fim mesmo contra a sua vontade?

Isso significaria considerar como se este útero estivesse a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida (BARROSO, 2018).

A violação à autonomia da mulher é praticada no momento em que se obriga essa mulher a ter um filho mesmo que ela não escolha ser mãe, uma vez que fere o direito à escolha, à liberdade. Principalmente no que diz respeito ao seu próprio corpo, o Estado não tem legitimidade de interferir na escolha do indivíduo que pode decidir sobre suas liberdades.

Para o Ministro Luiz Roberto Barroso (2016):

“A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (BARROSO, 2016).

Nesta esteira, o próximo tópico tratará sobre a violação dos direitos da mulher, sobre a sua integridade física e psíquica, bem como, as formas que interferem e prejudicam o desenvolvimento mental.

4.2.1 VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

Quando uma mulher engravida, ela não está sendo só transformada em uma fábrica na qual trata a vida de bebê. Esta mulher estará sofrendo modificações constantes no corpo, no humor, no seu psicológico; assim, toda sua estrutura estará sofrendo mutações, se preparando para dar vida a um novo ser humano.

Já em segundo lugar, tem-se que a criminalização da interrupção voluntária pode vir a afetar a integridade física e psíquica da mulher, pois, em se tratando de sua integridade física, esta vem a ser abalada em virtude das mudanças ocorridas durante a gestação, onde o corpo da mulher sofrerá transformações que, ocasionalmente, oferecem riscos e, conseqüentemente, conseqüências.

Cabe ressaltar que, diferentemente de uma gravidez desejada, que é considerada uma benção, uma gravidez indesejada pode se converter em um tormento.

Por sua vez, tratando-se da integridade psíquica da mulher, esta poderá vir a ser afetada pela criminalização da interrupção voluntária. Isto se deve ao fato de que, uma vez que lhe é imposto assumir uma obrigação pela vida toda, isto lhe exigirá renúncias, comprometimento e dedicação profunda a outro ser.

Assim, pode ocorrer aqui, mais uma vez, de um fato que, quando decorrente de vontade própria, seria considerado como uma benção, em algo próximo de uma provação, quando decorrida de uma imposição heterônoma. Portanto, pode-se compreender que ter um filho em virtude de uma determinação do direito penal, pode constituir-se em grave violação à integridade física e psíquica da mulher.

4.2.2 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

Para falar sobre a interrupção voluntária da gravidez, não se pode deixar de mencionar sobre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Este direito ainda é desconhecido por muitas pessoas e trata-se de um direito de grande importância no meio jurídico. Para entender melhor o problema de pesquisa, é necessário saber do que se trata os direitos reprodutivos da mulher e sua sexualidade.

Deste modo, o direito reprodutivo versa sobre a escolha da mulher de ser ou não mãe, da quantidade de filhos que pretende ter, e é um exercício individual, livre e de responsabilidade do indivíduo. Nesta senda, quando a mulher decide por ter filhos e pelo número de filhos, bem como a forma de tratá-los, há também o direito da gestante: o Estado se responsabiliza pela saúde da gestante e pela criança, como parto e acompanhamentos.

Para SILVA, SILVA e AMORA (2007, p.02):

[...] o controle exercido sobre nossos corpos e sexualidade certamente ainda é uma das maiores repressões vivenciadas, especialmente pelas jovens, e um grande obstáculo para a efetivação de nossos direitos sexuais e reprodutivos. Mesmo com todas as conquistas em relação à nossa liberdade sexual, a sexualidade continua sendo um tabu na sociedade brasileira, principalmente quando associada a adolescentes e jovens do sexo feminino.

Neste ínterim, nota-se que, como o próprio autor alude, mesmo obtendo tantos direitos de escolha e livre percepção, ainda se trata de um tabu a mulher expor sua liberdade

sexual. Desde os primórdios, a mulher precisaria seguir um rol: quando criança obedecer fielmente aos pais, se casar virgem e reproduzir, ser mãe e dona de casa.

Com o passar dos anos, a sociedade mudou juntamente com as leis e, assim, o modo de a mulher pensar e agir mudaram. Os tempos são outros e os direitos da mulher ganharam forma e expansão até chegar às escolhas, a ter voz ativa na sociedade e esta força vem ganhando espaço, fazendo com que cada dia que passa a mulher ganhe a disputa no poder, tendo direito e garantias igualitárias aos homens.

Criando a igualdade de gênero, a Constituição Federal cita que todos são iguais perante as leis, mas pune as mulheres pelo aborto. Como pode o estado legislar sobre o útero da mulher, escolher quando ela deve ser mãe? Estaria o Estado violando os direitos a elas garantidos?

Deste modo, a respeito da interrupção voluntária da gravidez durante o primeiro trimestre da gestação, no qual ainda não estão formados todos os órgãos e seria o momento em que o feto não sobreviveria fora do útero, acha-se precedentes para que, mesmo sendo crime, a mãe possa escolher em ter ou não a criança.

Como o próprio código penal alude sobre as formas permissivas e extremas nas quais o aborto é permitido, assim, a decisão do STF ao julgar Habeas Corpus impetrado por dois médicos após a prática de aborto, sendo feito com consentimento da gestante, e que gerou repercussão nacional e muito espanto à população, mesmo que a mãe peça e queira abortar, o estado, ainda assim, controla sua vontade e fere seus direitos.

Por outro lado, há uma vida, uma criança em formação, que está vindo ao mundo sem culpa, e tem garantias constitucionais que a acolhem e lhe permitem viver, pois a mesma não está prejudicando a saúde da mãe e, de nenhuma forma, está colocando a vida dela em risco. Assim, de um lado o direito de viver e de outro a liberdade de escolha, a violação dos direitos sexuais e reprodutivos, os quais sofrem violação quando o estado coloca a mulher em face da obrigatoriedade de não ter escolhas. Neste ínterim, o Ministro Luiz Roberto Barroso (2016) relata o seguinte no julgado de Habeas Corpus:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um (BARROSO, 2016).

Deste modo, após análise de leis e jurisprudências, bem como os pensamentos de vários autores e, seguindo uma linha de raciocínio, chega-se a uma resposta para a problemática estudado neste trabalho. A interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre da gestação é uma violação ao direito à vida do nascituro, pois, mesmo que a mãe não queira ter um filho este é titular de direitos e garantias constitucionais.

Nesta senda, é ofertado à mulher meios contraceptivos legais e que permitem a ela um controle familiar de forma gratuita pelo Estado, devendo a mesma se programar para decidir quando terá um filho.

Os resultados obtidos neste capítulo foram de grande valia, pois o arremate desta pesquisa levou a concretizar o problema. A análise jurisprudencial, bem como de doutrinas e leis aludem que, mesmo que o Código Civil não relata quando a vida tem início, não exclui o direito de a criança vir a ter vida. Deste modo, o direito do nascituro sobressai ao direito da mulher.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho monográfico foi analisada a interrupção da gravidez no primeiro trimestre de gestação, uma vez que o aborto no Brasil é caracterizado como crime, exceto em alguns casos específicos como na a ADPF N° 54, em casos de estupros ou quando coloca a vida da mãe em risco.

Pode-se considerar, a partir do que foi abordado neste trabalho monográfico, e propondo a possível solução ao problema levantado no que se refere à dignidade da mulher sobre o aborto, que o trabalho busca sanar a dúvida de o porquê manter a gestação do feto no primeiro trimestre da gestação, visto que a legislação brasileira assegura os direitos da mulher sobre seu corpo e assim se caracteriza como atentado aos direitos fundamentais da mãe.

Contudo a Constituição Federal, no art. 5º propriamente dito, traz a vida como preceito fundamental, desta forma não é específico quando e onde uma vida se inicia e o que é vida. Por outro lado o Código Civil, no art. 2º, esclarece que a vida se inicia desde a concepção e, a partir deste momento, a lei põe a salvo todos seus direitos e a personalidade civil que, segundo código civil, começa do nascimento com vida.

Deste modo, o feto, mesmo que nos meses iniciais de gestação, é considerado um ser humano e tem seus direitos resguardados pela lei, mesmo que o diagnóstico médico constate a anencefalia e a probabilidade de vida seja ausente, se este feto vier ao mundo com vida ele terá personalidade civil.

Para responder ao problema de pesquisa, foram levantadas três hipóteses. Na primeira hipótese discutimos se existe uma questão moral, religiosa e social, que envolva, também, questões políticas e econômicas atribuídas à questão do aborto no Brasil. Contudo, isto desconsidera os direitos civis individuais e não se pautam em aspectos de tomada de decisão científica e racional.

Na segunda hipótese, nota se que esta é uma questão de saúde. Neste ínterim, salienta-se, também, a votação do Ministro Luiz Roberto Barroso pautada na ponderação das situações financeiras da gestante que faz um aborto em clínicas clandestinas, uma vez que as chances de a mesma vir a óbito são muito grandes.

E a terceira hipótese, discute se este tema tem implicações sociais profundas e se deve ser discutido à luz do Direito, observando as implicações para os Direitos Humanos e direitos

da mulher sobre a autonomia da vontade, sobre a violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mesma.

Neste compasso, esta pesquisa mostrou-se de grande importância, sanou dúvidas e espera-se que ela venha auxiliar demais alunos e comunidade acadêmica a dar continuidade e incentivá-los a aprofundá-la mais, afim de que todos tenham acesso às suas garantias constitucionais e se resguardem de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA, Livro de Jeremias. Bíblia Sagrada: edição da família. Trad. de: Emanuel Bouzon. Petrópolis: Vozes, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2017

BRASIL. Código Criminal. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Diário Oficial da União, 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988). Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 05 de out. de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 julho 2019.

BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto nº. 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em 12 jun 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 20 julho. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, Senado, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 de julho 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Código de Direito Canônico. Roma: LibreriaEditrice Vaticana. 1983.

Defesa da Vida. Florianópolis: UCNC, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUBY, Georges; PERROT, Michelle. História das Mulheres no Ocidente: a antiguidade. Porto: Edições Afrontamento, 2004.

GALEOTTI, Giulia. História do Aborto. São Paulo: Edições 70, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. Niterói: Impetus, 2016

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Teodoro da Torre Del. Teologia Moral: Compêndio de Moral Católica para o Clero em Geral e Leigos. São Paulo: Paulinas, 1959.

JACOBSEN, Eneida. A história do aborto. Protestantismo em Revista, São Leopoldo, RS, n. 18, jan. – abr. 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal anotado, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MATOS, Fernanda Patrícia Lopes. Aborto: Liberdade de escolha ou crime? 2011. 37f. Monografia. Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena – FADI, Universidade Presidente Antônio Carlos UNPAC, Barbacena.

MEIRINHOS, Ana Isabel Baudauin et al. O crescimento do cérebro, publicado em 2010. Disponível em: <<http://cerebroemente.weebly.com/o-crescimento-do-ceacuterebro.html>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

MELLO, Celso Bandeira de. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, publicado em 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em> 05 de agosto de 2019.

NERY J, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 7 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

Revista Unitas, v. 5, n. 2, 2017 70

REZENDE, Jorge de. Obstetrícia Fundamental. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980.

SAGRADA CONGREGAÇÃO DA DOCTRINA DA FÉ. Catecismo da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 1998.

São Paulo: Ediouro, 2000.

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

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito. Belo Horizonte: 2015.

TEODORO, Frediano José Momesso. Aborto Eugênico: Delito Qualificado pelo Preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2008.

XIMENES, Sérgio. Minidicionário Ediouro da língua portuguesa.