



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

RAISSA BARBOSA ASSIS

**TENDÊNCIAS PARA UMA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ABORTO COMPATÍVEL
COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA**

CAMPINA GRANDE – PB

2011

RAISSA BARBOSA ASSIS

**TENDÊNCIAS PARA UMA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ABORTO COMPATÍVEL
COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Dr. Marconi do Ó Catão

CAMPINA GRANDE – PB

2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A848t

Assis, Raissa Barbosa.

Tendências para uma concepção jurídica do aborto compatível com a realidade social brasileira [manuscrito] / Raissa Barbosa Assis.– 2011.

34 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Departamento de Direito Privado”.

1. Aborto. 2. Legalidade do aborto. 3. Aborto e realidade social. I. Título.

21. ed. CDD 364.185

RAISSA BARBOSA ASSIS

**TENDÊNCIAS PARA UMA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ABORTO COMPATÍVEL
COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em 15/06/2011.



Prof. Dr. Marconi do Ó Catão / UEPB

Orientador



Prof.ª Renata Sobral / UEPB

Examinadora



Prof. Rodrigo Araújo Reül / CESREI

Examinador

TENDÊNCIAS PARA UMA CONCEPÇÃO JURÍDICA DO ABORTO COMPATÍVEL COM A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA

ASSIS, Raissa Barbosa¹

RESUMO

Hodiernamente, vivemos em uma sociedade em que médicos e familiares são excomungados, aqueles por praticarem o aborto, e esses por consentirem a realização da interrupção da gestação em suas crianças; sendo que é nessa mesma sociedade em que uma a cada cinco mulheres em idade reprodutiva já praticaram a interrupção da gravidez alguma vez em sua vida. Mas, apesar de toda essa realidade social, o tema do aborto é tratado como grande reserva e receio pelo judiciário, tendo em vista tratar-se de um assunto que envolve tradicionalmente conflitos morais, religiosos e sociais; por conseguinte esse mesmo Poder resiste em tomar soluções adequadas em casos concretos de pessoas que vivenciam situações fatídicas, onde a discussão principal é o aborto, acabando por acarretar conseqüências irreversíveis. De modo em que um país como o Brasil, a problemática do aborto deve ser enfrentada de maneira condizente com a nossa realidade social, onde permeiam aspectos econômicos, situações de vulnerabilidade, e notadamente o atual cenário da saúde pública brasileira. Enfim, é de extrema necessidade a solução dessa problemática à luz da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Aborto. Legislação. Caso concreto.

TENDENCIES FOR A LEGAL CONCEPTION OF ABORTION COMPATIBLE WITH BRAZILIAN SOCIAL REALITY

ABSTRACT

Currently, we live in a society which its doctors e relatives are excommunicated, the first ones for abortion practicing, and the others for consenting the pregnancy interruption on their children; in this same social reality, where one in five women in reproductive age have once interrupted pregnancy. Despite this social reality the abortion is treated with great moderation and distrust by the Judiciary, considering it is a subject which involves moral, religious, economic, social, family and public heath conflicts, therefore the Judiciary resists in having proper solutions in concrete cases of who lives dreadful situations where the main discussion is abortion, which finish by irreversible consequences. In countries like Brazil, abortion problem must be faced in fair manners with our social reality, facing like a public health problem, which needs a solution in the light of human dignity.

Key words: Abortion. Legislation. Concrete case.

¹ Raissa Barbosa Assis, graduanda no curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba

1. INTRODUÇÃO

Esse texto consiste em uma análise atual do aborto na sociedade brasileira, tendo em vista os inúmeros casos de abortos clandestinos que ocorrem em nosso país e a real dimensão que este tema acarreta nos diversos âmbitos da sociedade. Primeiramente, explanaremos um breve histórico da interrupção da gestação no decorrer da história; continuando, destacaremos a influência do aborto nos planos da saúde pública, econômico, religioso, jurídico e social no Brasil. Em um segundo momento, observar-se-á a evolução da legislação brasileira concernente ao tema, começando das Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940; Em seguida analisaremos a interrupção voluntária da gestação no direito comparado. Ademais, vislumbrando uma necessidade veemente diante da atual conjuntura jurídica perante o Supremo Tribunal Federal, far-se-á um breve relato sobre a anencefalia perante o Poder judiciário, mencionado a ADPF (Arguição de Preceito Fundamental)⁵⁴ de 2004, que até a conclusão deste trabalho, ainda não tinha sido julgada. Por último, finalizaremos este estudo com relato de um caso concreto que ocorreu na cidade de Campina Grande no Estado da Paraíba, o qual fora determinante para a realização deste artigo. Neste artigo serão utilizadas as pesquisas documentais e bibliográficas, com um procedimento de abordagem descritivo-analítico, mediante o método dedutivo. A justificativa da elaboração deste trabalho dar-se em relação à disparidade entre a realidade social das mulheres brasileiras e as soluções encontradas no judiciário para lidar com esse tema, que ao invés de ser considerado um problema de saúde pública e socioeconômico, como de fato o é, está sendo vislumbrado com reservas, a partir de códigos morais, religiosos e hegemônicos. Mas, desde já enfatizamos o necessário e imprescindível respeito aos princípios do Estado Democrático em que vivemos, devendo ser garantido o amparo a vida e a saúde das mulheres brasileiras, bem como o respeito a sua autonomia reprodutiva, sendo toda essa situação real e urgente, mais do que nunca, um objetivo a ser alcançado.

2. O ABORTO NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA

Historicamente, a discussão sobre o aborto é um dos temas mais polêmicos relacionados à bioética, podendo ser analisado por vários ângulos da sociedade,

como o social, o religioso, o político, jurídico, o médico, o psicológico, ético entre outros². Contudo, ressalta-se que, ao mesmo tempo em que é um tema atual, é um dos mais antigos na história da humanidade.

No tocante a reprodução da mulher, ao longo dos séculos, sua intimidade nunca foi um assunto privado, pois a história nos mostra que muitos sacerdotes, orientadores espirituais e até chefes políticos podiam ordenar o infanticídio ou o sacrifício de crianças aos deuses³. Nesse sentido são encontrados, nos próprios trechos bíblicos, narrativas que coadunam com a intervenção na reprodução feminina, como é a passagem em que *Herodes* manda matar os meninos de até dois anos nascidos em Belém; bem como o sacrifício de *Isaac*, filho de *Abrão*, a pedido de Deus. Assim, a interrupção da gestação tem seus registros nas civilizações antigas da Europa e entre os nativos da América, onde eram utilizados, para o abortamento, ervas ou objetos pontiagudos⁴, demonstrando que esta prática sempre esteve presente na vida reprodutiva da mulher. Lamentavelmente, dentre os inúmeros atos amorais cometidos durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o estupro de mulheres durante os conflitos deu ensejo ao aborto eugênico - meio apropriado para defender a raça da mulher estuprada dos vícios e doenças dos invasores⁵. Ademais, no século XIX, qualquer palavra relacionada à eugenia tornou-se um tabu, sendo facilmente associada às práticas nazistas de Hitler⁶ que, para “purificação” da raça ariana, determinou a realização de esterilizações, interrupções da gravidez, extirpação de glândulas sexuais etc., como procedimentos comumente realizados dentre as inúmeras atrocidades cometidas no período Hitlerista⁷.

No Brasil, atualmente a prática do aborto⁸ é crime tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal⁹. Vale destacar que, desde a década de 60 do século

² LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2010.p.53-54.

³ Rede Feminista de Saúde. **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. p.8.

⁴ Rede Feminista de Saúde, 2005. p.9.

⁵ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22-23.

⁶ TESSARO, 2008. p. 24

⁷ FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica apud TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24

⁸ De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o abortamento deve ser considerado como a interrupção voluntária ou não da gravidez até a vigésima semana ou com um conceito pesando menos que 500 gramas (nos casos em que a idade gestacional é desconhecida). A palavra aborto origina-se do latim *aboriri* e significa ‘separação do sítio adequado’ (Salomão, 1994). Esse termo refere-se mais precisamente ao produto da concepção eliminado da cavidade uterina ou abortado, enquanto o termo abortamento, mais aceito pelos médicos, diz respeito ao processo que ameaça a gravidez e pode culminar ou não com a perda gestacional. ROCHA, Maria Isabel Baltar; NETO, Jorge

passado, em decorrência dos movimentos feministas, ocorreu em âmbito mundial, todo um fenômeno de liberalização das legislações sobre o aborto. De fato, houve uma articulação com os novos valores sociais, revelando uma crescente sensibilidade diante dos direitos fundamentais das mulheres, legisladores ou Tribunais Constitucionais de inúmeros países promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando então a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações. Nesse contexto, registra-se que a legislação brasileira caracteriza-se hoje como uma das mais severas, rigorosas e retrógradas de todo o mundo ¹⁰. Portanto, o que se pode constatar no decorrer da história é o fato de existir um grande paradoxo, pois, embora seja a o corpo da mulher onde recaiam todas as conseqüências da gestação, ela não teve privacidade e liberdade para nortear os caminhos da sua própria reprodução.

No contexto da realidade social brasileira, um fato que clama por atenção refere-se à vulnerabilidade da saúde e da própria vida das mulheres em idade reprodutiva. Sem dúvida, a criminalização do aborto tem produzido como principal conseqüência, a exposição da saúde e da vida das mulheres brasileiras em idade fértil, sobretudo as mais pobres, a riscos gravíssimos, que poderiam ser perfeitamente evitados através da adoção de políticas públicas mais racionalmente adequadas a nossa realidade. Nessa perspectiva, observa-se que a legislação em vigor não “salva” a vida potencial de fetos e embriões, mas antes retira a vida e compromete a saúde de muitas mulheres¹¹.

Pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde demonstra que os casos de abortamento constituem a terceira causa de morte materna no Brasil, nesse sentido, no Sistema Único de Saúde são atendidas, anualmente, cerca de 250.000 mulheres com complicações de aborto ¹². Ademais, as mortes maternas provenientes do

Andalaft. A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos apud **Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil**. Elza Berquó (org.). Campinas: Editora UNICAMP, 2003, p. 258

⁹ BRASIL. Leis, etc. **Decreto-Lei nº 2848, Lex**. de 7 de dezembro de 1940. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. Publicado em 01 Out. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=668>. Acesso em: 27 Fev. 2011.p.3.

¹¹ SARMENTO, 2005. p.5.

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Políticas de Saúde. **Área Técnica de Saúde da Mulher. Urgências e Emergências Maternas**: guia para diagnóstico e conduta em situações de

abortamento não seguem números equânimes entre as mulheres, pois de acordo com um estudo realizado em 2005, foi constatado que abortar de modo inseguro é injustiça social. Ressalta-se que as mortes devido ao aborto em sua maioria são de mulheres solteiras ou separadas judicialmente; além disso, a Razão de Mortalidade Materna (RMM) por aborto para as negras (pardas e pretas) foi de 11,28/100 mil nascidos vivos, duas vezes acima da RMM para as brancas¹³. Desse modo, o aborto inseguro, realizado muitas vezes na ausência de condições técnicas e de higiene adequada, pode ocasionar infertilidade, morte da gestante e outras graves conseqüências físicas e psicológicas¹⁴. Já do ponto de vista de gastos econômicos, segundo, pesquisa realizada pela Rede Feminista de Saúde, são atendidas pelo Sistema Único de Saúde cerca de 238 mil internações por abortamento/ano, a um custo médio unitário de R\$ 125,00, totalizando R\$ 29,7 milhões; ou seja, U\$ 10 milhões de dólares – valor subestimado, pois não estão computados os custos com internações que ultrapassam o período de 24 horas: as pacientes que necessitam de cuidados em Unidade de Tratamento Intensivo, e as internações prolongadas para tratar infecções, que são freqüentes, e os recursos adicionais necessários para atender às seqüelas – impossíveis de estimar a partir das atuais bases de dados sobre o tema¹⁵. Como podemos ver, de acordo com os dados expostos pela pesquisa supramencionada, pode-se perceber que o aborto importa amplos reflexos, também, no campo econômico do país.

No tocante à religião, é inevitável não fazer menção a tamanha influência presente até os dias atuais que aquela exerce na legislação do aborto em diversos países, norteadas por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida e do Estatuto Moral do Feto. Nessa perspectiva é importante salientar que as sanções sobre a prática abortiva voluntária variam enormemente em todo o planeta e mesmo no interior de uma mesma religião¹⁶. Com relação até à Igreja Católica, esta é a que adota a postura mais radical. Até mesmo nas duas situações nas quais a legislação brasileira autoriza a prática do aborto, essa religião posiciona-se

risco de morte materna. / Ministério da Saúde, Secretária de Políticas de Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed., 1ª reimpressão. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.p.13.

¹³ Rede Feminista de Saúde, 2005. p.5.

¹⁴ GONÇALVES, Tamara Amoroso (Coord.); LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.p. 29-30

¹⁵ *Dossiê Aborto, 2005*. p.8.

¹⁶ *Dossiê Aborto, 2005* p.9.

radicalmente contra¹⁷. Realmente, esse posicionamento inflexível, voltado para premissa que a vida do feto tem valor absoluto, mesmo em detrimento de tantos outros valores sociais, morais, jurídicos e psicológicos da mulher, foi amplamente demonstrado em documento da Campanha da Fraternidade 2008, promovida pela Igreja Católica por meio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil¹⁸.

Em relação às demais religiões, difundidas e praticadas em maior proporção no Brasil, observa-se uma pequena tolerância ao tema, quando comparada a religião católica. Nesse sentido, tomemos, por exemplo, o esclarecimento de Nogueira¹⁹ com relação à religião espírita:

[...] Por sua vez, a Doutrina Espírita, só admite o aborto necessário. Allan Kardec, o codificador do Espiritismo, explica que *“a união da alma com o corpo começa na concepção”* e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, *“ele escolhe outro corpo”*. E perguntado se haveria crime em sacrificar a criança para salvar a vida da mãe, quando a vida desta estivesse em perigo, ele responde: *“é preferível sacrificar o ser que não existe ao ser que já existe [...]”*

Já entre os credos protestantes, verifica-se uma menor intervenção religiosa na decisão médico-paciente, como bem esclarece Papaleo²⁰.

[...]Referindo-se a interrupção da gravidez por indicação médica, pastores batistas, metodistas, presbiterianos, episcopais, luteranos e unitários, reportando-se a inquérito norte-americano em que se pronunciaram, *afirmam que a posição protestante é muito menos rígida que a católica, pois dá maior importância a vida materna, além de afirmar que o problema do aborto deva ser examinado e resolvido entre médico e paciente[...]*

¹⁷ GONÇALVES; LAPA, 2008.p. 77.

¹⁸ No Brasil, o aborto é proibido, constando no artigo 128 do Código Penal que ele não é punido em duas situações: (a) quando realizado para salvar a vida da mãe: O termo [salvar a vida da mãe] encontra-se “entre aspas” por ser, como vimos no parágrafo anterior, aplicado incorretamente. Atualmente, com os recursos da medicina, esta situação é uma grande exceção, porque é possível procurar salvar a criança e a mãe, mesmo em casos de partos bastante prematuros; (b) em gestação decorrente de estupro: seria pela compreensão para com a situação emocional sentida pela mãe por ter sofrido um trauma terrível. O estupro é um crime hediondo, infelizmente poucas vezes denunciado, e punido ainda menos vezes, mas o aborto não é solução nem nestes casos. Constitui mais uma violência sobre a mãe, além de que um crime não apaga a lembrança de outro crime. A família e a sociedade dificilmente aceitam uma criança assim gerada e, dessa maneira, colaboram para que a mãe se sinta também rejeitada. O aborto passa a ser indicado com a justificativa de que a criança irá ser sempre uma lembrança da violência sofrida. Não é o que se verifica na grande maioria das mães que levam a sua gravidez até o fim: quando ultrapassam a rejeição inicial, passam a amar seus filhos e os filhos se sentem particularmente gratos a suas mães. A imensa maioria dos casos de gestação indesejada não é constituída pelas gestações decorrentes do crime do estupro, porém estas comovem a opinião pública e são usadas como argumento para que se peça autorização legal para o aborto de forma geral. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. **Campanha da Fraternidade 2008:** versão definitiva. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/ns/modules/mastop_publish/files/files_48cfb5b072d7f.pdf>. Acesso em 20.04.2008, p. 25 - 26.

¹⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida:** aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20,

²⁰ PAPALETTO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção** – atualidade e complexidade da questão. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.82.

Outrossim, ao serem analisados os dados fornecidos sobre aborto, observar-se que por ser uma prática ilegal, essas informações não refletem fidedignamente a magnitude desse problema de saúde pública, visto que por meio de uma recente pesquisa, realizada no ano de 2010, fazendo uso de urnas, onde as mulheres do “*Brasil Urbano*” (capitais dos Estados e cidades com mais de 500 mil habitantes) respondiam a questionários sem identificar-se, se chegou à conclusão que ao final da vida reprodutiva, entre 18 a 39 anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fizeram aborto, ou seja, cerca de 5 milhões de brasileiras²¹. Ressalta-se que a ocorrência da prática do aborto se dá, em geral, nas clínicas médicas clandestinas, com a ajuda de pessoas que se dizem “conhecedores” de técnicas para proceder-se ao abortamento ou por ação da mulher com esta finalidade, através da ingestão de medicamentos abortivos ou por meio de introdução de sondas na vagina, por exemplo²².

Sobre a prática clandestina e suas consequências, importante salientar o pensamento de Sueli Carneiro²³, quando esta autora enfatiza que:

[...] A criminalização da prática do aborto tem sido muito eficiente em manter uma indústria rendosa de aborto ilegal, sustentada pelas mulheres que o podem realizar em condições seguras nas clínicas especializadas e, também, por aquelas que não dispõem dessas mesmas condições, mas assim mesmo o fazem e o pagam, segundo suas possibilidades, expondo-se às seqüelas e riscos de vida devido às condições inseguras. Para as negras e as pobres, em geral, restam seqüelas definitivas ou a morte, às quais o Estado brasileiro assiste de forma indiferente[...]

Enfim, são abordagens como essa que retratam a realidade social do nosso país, mostrando quão atrasada estão nossas leis para lidar com autonomia reprodutiva da mulher no Brasil. Nessa perspectiva vale ressaltar que em outros países, mesmo com a legalização da interrupção voluntária da gravidez, não se constatou qualquer aumento significativo no número de abortos realizados. Realmente, essa constatação pode ser revelada no fato de que entre 1995 a 2003, o número de abortos induzidos diminuiu ao redor do mundo e não há razões para supor que no Brasil seria diferente²⁴. Além do mais, é relevante relatar que a maior

²¹ Tal estimativa pode ser ainda maior se considerarmos que a pesquisa coletou dados somente no espaço urbano. DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência Saúde Coletiva**. Vol.15, suppl.1, 2010. p. 959.

²² GONÇALVES; LAPA, 2008. p. 226.

²³ CARNEIRO, Sueli. **Ainda o aborto**. Correio Braziliense, 05 fev. 2000 apud **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis**, 2005. p.10.

²⁴ Tradução livre: *O número de aborto induzido diminui ao redor do mundo, entre 1995 e 2003 de aproximadamente 46 milhões para 42 milhões. Cerca de uma a cada cinco gravidez ao redor do mundo acaba em aborto* -- “The number of induced abortions declined worldwide between 1995 and 2003, from nearly 46 million to approximately 42 million. About one in five pregnancies worldwide end

diminuição das taxas de abortos induzidos ocorreu em países da Europa, onde o aborto é legal e seguro²⁵. Como bem esclarece Sarmento:

[...] Os efeitos dissuasórios da legislação repressiva são mínimos: quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível – aliás, se não fosse, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar as milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas [...]²⁶.

Em síntese, na realidade social brasileira, a punição legal das práticas abortivas não impede a realização do aborto voluntário.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA REFERENTE AO ABORTO E O DIREITO COMPARADO

As ordenações Filipinas são os primeiros registros de legislações vigentes no Brasil Colônia, mas ainda não havia um conteúdo expresso que versasse sobre o aborto. De acordo com a Professora Maria Helena Diniz²⁷, as Ordenações Filipinas vigoraram até 1830, não trazendo nenhuma disposição relacionada ao aborto no seu Livro V; no entanto, no artigo 43 demonstrou-se interesse em proteger o produto da concepção ao afirmar: “Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ela será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto”. Já na concepção de Matthieu de Castelbajac²⁸, mesmo o aborto não figurando nas *Ordenações*:

[...] este era motivo de investigação para os quadrilheiros, isto é, um tipo de polícia de costumes, composta de homens de boa reputação, nomeados em cada paróquia. As autoridades têm interesse nelas apenas porque traem a provável dissimulação de um adultério, sendo a missão geral dos quadrilheiros derrubar as relações inconfessáveis que são trazidas à

in abortion”. GUTTMACHER INSTITUTE. In Brief: Fact Sheet – Facts on Induced Abortion Worldwide. Fev, 2011. Disponível em <http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html> Acesso em 21 abr. 2011

²⁵ Tradução livre: A queda mais dramática na incidência do aborto ocorreu em Europa Oriental, uma região onde o aborto é, na sua maior parte, legal e seguro: a taxa caiu de 90 para 44. A queda coincidiu com o aumento substancial do uso de métodos anticoncepcionais na região -- “The most dramatic decline in abortion incidence occurred in Eastern Europe, a region where abortion is, for the most part, legal and safe: the rate fell from 90 to 44. The decrease coincided with substantial increases in contraceptive use in the region”. GUTTMACHER INSTITUTE. In: **Brief: Fact Sheet - Facts on Induced Abortion Worldwide**. Fev. 2011. Disponível em <http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html> Acesso em 21 abr. 2011

²⁶ SARMENTO, 2005. p.2.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.p.37.

²⁸ CASTELBAJAC, Matthieu de. Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, v. 10, n. 3, fev. 2010. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792010000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 03 mai. 2011.

notoriedade pública. Não é o aborto por si mesmo, mas o segredo acerca do aborto que o Estado combate em nome dos bons costumes [...]

Assim, compreende-se de um modo geral que se o aborto não estava presente nos textos legais do Brasil-Colônia, deve-se ao fato de que os juristas daquela época preferiram abster-se em emitir opiniões e julgados sobre a prática abortiva, já que esta época não era isenta das práticas de interrupção da gestação. Nessa ótica, Ana Miranda²⁹ relata o seguinte:

[...] Era comum ver-se, andando pelo frio da barra, moças com o ventre crescido buscando livrarem-se do achaque com uma velha aborteira. Ele costumava levar algumas dessas para jogarem fetos ou até crianças natimortas no mar [...]

Como ilustra a referida autora, em sua versão das obras do poeta satírico Gregório de Matos e Guerra, o abortamento voluntário, nos registros históricos do Brasil, é prática que remonta aos idos do Brasil Colônia³⁰. Com efeito, registra-se que a primeira legislação sobre o aborto que vigorou no ordenamento jurídico brasileiro foi o *Código Criminal Do Império Do Brazil*³¹ de 1830, que continha nos seguintes artigos a conduta punida na época:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.
 Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
 Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
 Penas - dobradas.
 Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
 Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
 Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
 Penas - dobradas.

Conforme preconiza os artigos supramencionados, apenas o ato de fazer abortar uma mulher estava tipificado; sendo assim, a mulher não era responsabilizada penalmente, mesmo que tivesse solicitado a realização do procedimento. Logo, a atipicidade em relação à figura do auto aborto para Matthieu Castelbajac³² é:

[...] claramente um critério liberal - a fronteira do público e do privado - que separa, neste dispositivo, o aborto criminoso do aborto lícito. Por um lado, a presença de terceiros, em torno da mulher grávida, cria uma cena pública na qual o Estado deve intervir. Por outro lado, a mulher que procura

²⁹ MIRANDA, Ana. BOCA DO INFERNO. 3.ed. São Paulo: Companhia das letras, 1989. p. 58.

³⁰ ANDRADE, Laís Amaral Rezende de. **Aborto, o delito e a pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/983/aborto-o-delito-e-a-pena> >. Acesso em: 3 mai. 2011.

³¹ BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. 1830. **Lex**, arts. 199-200.

³² CASTELBAJAC, 2010.

um aborto a si mesma se encontra numa esfera privada. Aquela mulher não tem que dar conta à polícia das obrigações que, na mesma época, podem lhe impor a moral religiosa e a honra familiar para com o ser concebido no seu seio [...]

Mas em sentido contrário, Laís Amaral Rezende afirma que a impunidade do aborto não seria, à época, um avanço na legislação, como podemos verificar na sua argumentação:

[...] Era a sociedade do Brasil Império avançada? de forma alguma, apenas a prática do aborto integrava os costumes, o cotidiano das pessoas, onde importava punir aquele que atentasse contra a necessidade de crescimento de uma população nacional [...]³³

Com efeito, sendo um respeito aos ideais liberais ou mesmo uma prática admitida pelos costumes da época, o fato era que esses dispositivos legais acabavam por respeitar direitos meta-temporais, os quais se consagrariam décadas depois, como o da dignidade da pessoa humana e autonomia reprodutiva da mulher. Logo, durante o período em que vigorou o Código Criminal de 1830, a lei estava coadunando com a realidade social e cultural daquele período, o que não ocorre atualmente. Posteriormente, o Código Penal da República, de 1890, *No Título X – Dos Crimes Contra A Segurança De Pessoa e Vida*, revogando a legislação até aquela época vigente, ampliou a imputabilidade nos crimes de aborto, prevendo a punição para a mulher que praticasse em si mesma; além disso, atenuantes foram estabelecidas, no caso de ter sido praticada a interrupção da gestação, voluntariamente, para "ocultar a desonra própria"; de igual modo, introduziu, também a noção de aborto legal ou necessário, aquele praticado para salvar a gestante de morte inevitável.

Em 1940 é elaborado um novo Código Penal que vigora até os dias atuais, sendo que ainda continua o texto legal referente às práticas abortivas; no entanto há uma alteração limitando-se a atualizar o vocabulário jurídico (por exemplo, insere a frase “não se pune o aborto” no lugar da fórmula “aborto legal”) quanto à propriedade terminológica do vocábulo.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

³³ ANDRADE, 2000.

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 debil 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;

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.³⁴

Nesse contexto ressalta-se que a jurisprudência e a doutrina ainda não são pacíficas quanto à classificação da natureza jurídica referente ao Aborto Necessário, inciso I do artigo supramencionada, também conhecido como aborto terapêutico; e ao Aborto Humanitário, constante no inciso II; todos esses permitidos no nosso ordenamento jurídico. Realmente, grande parte da doutrina concorda que o aborto necessário é causa de exclusão de ilicitude correspondente ao estado de necessidade³⁵, diante da ocorrência de conflito entre dois bens juridicamente protegidos, em que um deve perecer para que outro subsista, decidiu a norma jurídica proteger a vida da gestante em detrimento do feto. Porém, a grande divergência ocorre na determinação da natureza jurídica do aborto humanitário, aquele permitido em decorrência do estupro sofrido pela mulher, tendo em vista que para alguns doutrinadores é hipótese especial de exclusão da ilicitude, qual seja o exercício regular de um direito, conforme esclarece Luis Flávio Gomes³⁶:

[...] Para a teoria da tipicidade conglobante, encabeçada por Eugenio Raul Zaffaroni, o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. É dizer, a tipicidade de um determinado fato há de ser avaliada de maneira global, o que leva necessariamente à análise de todo o ordenamento jurídico. Logo, se o ordenamento proíbe o estupro, por óbvio não poderia forçar sua vítima a aceitar o resultado desta prática, pelo quê, a interrupção da gravidez nesta hipótese não poderia ser proibida, e por este motivo, o abortamento humanitário é atípico [...]

³⁴ BRASIL. Leis, etc. **Decreto-Lei nº 2848, Lex.** de 7 de dezembro de 1940. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso Direito Penal:** parte especial/ volume II: introdução à teoria geral parte especial: crimes contra a pessoa. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 252-253.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Aborto humanitário ou sentimental.**

Exclusão da tipicidade. Disponível em; < http://lfq.com.br/artigo/20101101190633126_blog-do-lfq-quotdata-veniaquot-aborto-humanitario-ou-sentimental-exclusao-da-tipicidade.html > Acesso em: 12 mai. 2011.

Já para uma outra parcela da doutrina, o fato seria típico, ilícito, no entanto não seria culpável, haja vista a inexigibilidade de conduta diversa da gestante que fora estuprada, como podemos constatar nas lições de Rogério Greco³⁷:

Entendemos, com a devida *venia* das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Em síntese, compreendemos que a partir do conceito de tipicidade conglobante, adotado pelo nosso ordenamento jurídico, o entendimento defendido por Luis Flávio Gomes, da atipicidade da conduta do aborto necessário, aparenta ser o mais coerente. Ademais, a doutrina destaca também quem poderá realizar a interrupção da gestação, ou seja, caso o aborto terapêutico (artigo 128, I do Código Penal), seja praticado por enfermeiro ou farmacêutico, por exemplo, não será aplicado o artigo 128 propriamente dito, mas sim, o artigo 24 do Código Penal, o estado de necessidade de terceiro, como causa excludente de ilicitude. Nos casos de aborto necessário, dispensa-se o consentimento da gestante, como também autorização judicial³⁸.

Na hipótese do aborto humanitário, entende parte da doutrina que necessário se faz a presença do médico, pois caso seja praticado por um enfermeiro, há o crime, por não se caracterizar estado de necessidade, não podendo ser praticado em favor de terceiro.

Outrossim, à luz da Constituição Federal promulgada em 1988, o tema do aborto não foi expressamente consagrado, não significando, isto, todavia uma irrelevância jurídica. De fato, a laicidade do Estado brasileiro, consagrado no artigo 5º, VI, da Carta Magna³⁹, a dignidade da pessoa humana - princípio este entendido

³⁷ GRECO, Rogério, 2009. p. 255.

³⁸Trecho da decisão proferida Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros :[...]O Brasil mantém no seu sistema jurídico um enorme arsenal de dispositivos legais e constitucionais protetivos dos direitos das mulheres mas, na perversa lógica paradoxal da ideologia patriarcal, pouco faz para que seja efetivada e concretizada a garantia material desses direitos[...]Além disso, o Brasil assumiu um compromisso internacional de garantir às mulheres que optam pelo abortamento não criminoso todas as condições para a sua prática de forma segura. Nesse sentido, na conferência de Beijing, o Brasil também assumiu o compromisso de fazer a revisão de toda a legislação que contivesse medidas punitivas contra o abortamento ou que pudesse acarretar qualquer restrição à sua prática (Nações Unidas, 1996, parágrafo 106) [...]. BRASIL. TRF2 - Processo nº 200751010179864/RJ – Relator: Des. Federal Frederico Gueiros – 6ª Turma – j. em 01.10.2009 – DJ. 08.10.2009, p.366. Disponível em: < <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 27 mai. 2011.

³⁹“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

por muitos constitucionalistas, como o único princípio absoluto existente no ordenamento jurídico - e o direito à vida, da mãe e do feto, estão expressos no texto constitucional de 1988. Logo, acreditamos que uma análise mais ponderada desses princípios incorreria em uma flexibilização, mais coerente e verossímil com a nossa realidade social, das leis atuais sobre o aborto.

Assim, considerando ser o Brasil um Estado laico democrático, logo isso demonstra que a legislação e a própria sociedade não estão vinculadas a nenhuma concepção religiosa, nem a princípios metafísicos defendidos por quaisquer grupos sociais. Sem dúvida, a liberdade como característica primordial do Estado Democrático de Direito deve ser respeitada, tanto para aqueles seguidores de dogmas religiosos, como para o cidadão não simpatizante desses ideais, para que ambos tenham no Estado e no Direito a prerrogativa de sua vontade acatada. Nesse sentido é o entendimento de Daniel Sarmiento⁴⁰:

[...] Portanto, é imperativo, não só sob o prisma ético, como também sob perspectiva jurídico-constitucional, que os atos estatais, como as leis, medidas administrativas e decisões judiciais, baseiem-se em argumentos que possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirana da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia [...]

Com relação à vida protegida em sede Constitucional, seria ilógico e incoerente defender que a vida intra-uterina é isenta de proteção, pois o mérito a ser analisado é a ponderação dada à vida do feto em detrimento da vida e da saúde da gestante. Nessa perspectiva, lembramos que a análise do início da vida⁴¹ deve ser analisado do ponto de vista científico, jurídico, porém isento de quaisquer preceitos dogmáticos. No próprio Código Penal, que possui plena consonância com os preceitos constitucionais, quando se define a pena do crime de homicídio e a do aborto, averigua-se a diferente valoração que se faz entre a vida intra-uterina e a vida absolutamente independente. Enquanto o homicídio, capitulado no artigo 121,

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. BRASIL. Leis, etc. **Constituição Da República Federativa Do Brasil** De 1988. 13.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁰ SARMENTO, 2005. p.28.

⁴¹ “apenas após o início da atividade organizada do córtex cerebral, entre a 25ª e a 32ª semana de gestação, é que o feto começa a pensar e ter consciência, algo presente tanto num bebê recém-nascido quanto num adulto, embora em graus diferentes. Portanto, é nesse momento que, para alguns, deve ser atribuída a personalidade, com base no início da consciência” . SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p.67

tem pena de 6 a 20 anos de reclusão, o aborto tem pena definida no artigo 124, de 1 a 3 anos de detenção.

Em suma, é imprescindível a harmonização⁴², como pressuposto de um Estado de Direito, dos princípios da autonomia reprodutiva, da saúde da mulher e da própria dignidade da pessoa humana. Nessa ótica o Prof. Alexandre de Moraes⁴³, enfatiza que a explanação da importância do princípio da dignidade da pessoa humana reflete o respeito e a dimensão que deve ser extraído desse princípio, realidade que se encaixa em uma política descriminalizante do aborto:

[...] A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos [...]

Portanto, analisar os princípios constitucionais ignorando a realidade da saúde da mulher e desconsiderando seus direitos reprodutivos, é negar dignidade a sua existência, é usar o direito como forma de injustiça social, haja vista que, considerando a legislação atual, é a condição financeira o fator determinante do futuro dessas mulheres.

Com o advento das revoluções feministas em meados do século XX, ocorreram, ao redor do mundo, diversas mudanças na legislação concernente a interrupção da gestação. Mas, reconhecemos que as leis que norteiam o aborto

⁴² Como vida humana, e como projeto de pessoa, merece já o nascituro a proteção do ordenamento e da Constituição. Não, porém, o mesmo grau de proteção que se confere à pessoa. Neste sentido, colha-se a lição de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo [...] Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa [...]. É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina”. Constituição da República Portuguesa Anotada. 2ª ed., vol I., Coimbra: Almedina, 1985, p. 175 apud SARMENTO, 2005. p.32.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.p. 16.

induzido têm abrangência variável, desde aquelas que proíbem sem nenhuma exceção, até aquelas que consideram um direito da mulher grávida. Saliente-se que, em alguns países, onde estão efetivamente presentes os embates jurídicos sobre o tema do aborto, suas legislações apresentam-se de maneira a tentar solucionar os problemas enfrentados pela sociedade.

Logo, diante do que foi exposto e buscando compatibilizar a legislação pátria com as que vigoram em outros países, necessário se faz uma breve análise das questões do aborto no *Direito Comparado*, a fim de possibilitar o surgimento de leis justas e adequadas para a realidade social brasileira.

Nos Estados Unidos a Constituição não trata diretamente sobre o tema do aborto, sendo a Suprema Corte que assume indispensável papel na tarefa de atualizar a realidade social e econômica aos comandos constitucionais. Com efeito, o caso mais famoso e o propulsor da autorização legal do aborto é o caso *Roe v. Wade*⁴⁴. No julgamento deste importante caso, o Pretório Excelso norteamericano estabeleceu que as mulheres tinham o direito ao aborto, como consequência do direito à privacidade protegido pela Emenda nº 14 à Constituição norte-americana. A decisão declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual do Texas, por 7 votos a 2⁴⁵, conferindo as mulheres uma total autonomia para interromper a gravidez durante o 1º trimestre de gestação. Admitiu-se, ainda, a existência de alguns critérios de limitação aos abortos praticados nos 2º e 3º trimestres de gestação. No que se relaciona ao terceiro e último trimestre de gestação, o Estado pode proibir o aborto, exceto para preservar a vida ou a saúde da mãe. Por fim, merece destacar-se o

⁴⁴ **Suprema Corte dos Estados Unidos.** APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html> Acesso em 10 de maio de 2011.

⁴⁵ Da decisão, redigida pelo Juiz Harry Blackmun, na decisão *Roe v. Wade*, vale reproduzir o seguinte trecho: “O direito de privacidade [...] é amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. A restrição que o Estado imporia sobre a gestante ao negar-lhe esta escolha é manifesta. Danos específicos e diretos, medicamente diagnosticáveis até no início da gestação, podem estar envolvidos. A maternidade ou a prole adicional podem impor à mulher uma vida ou futuro infeliz. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental podem ser penalizadas pelo cuidado com o filho. Há também a angústia, para todos os envolvidos, associada à criança indesejada e também o problema de trazer uma criança para uma família inapta, psicologicamente ou por qualquer outra razão, para criá-la. Em outros casos, como no presente, a dificuldade adicional e o estigma permanente da maternidade fora do casamento podem estar envolvidos [...] O Estado pode corretamente defender interesses importantes na salvaguarda da saúde, na manutenção de padrões médicos e na proteção da vida potencial. Em algum ponto da gravidez, estes interesses tornam-se suficientemente fortes para sustentar a regulação dos fatores que governam a decisão sobre o aborto [...] Nós assim concluímos que o direito de privacidade inclui a decisão sobre o aborto, mas que este direito não é incondicionado e deve ser sopesado em face daqueles importantes interesses estatais.”. SARMENTO, Daniel. 2005, p.12.

pronunciamento da decisão da Corte segundo o qual “[...] forced motherhood is sex inequality [...]”, ou seja, “maternidade forçada é discriminação sexual”⁴⁶. Tal decisão ainda hoje⁴⁷, 38 anos depois, é lembrada nos Estados Unidos, sendo que os movimentos sociais organizados, como o *Pro-Life* (contra o aborto) e *Pro-Choice* (a favor), manifestam-se, anualmente, desde a prolação da sentença de *Roe V. Wales*, em frente à Suprema Corte. Em suma, mesmo tendo sido a decisão expressa na jurisprudência americana, o caso não foi pacificamente encerrado, visto que alguns juristas defendem que o tema não poderia ser decidido pela Suprema Corte, pois o próprio legislador não se pronunciou sobre o tema. O fato é que a decisão prolatada em 1973, proferida como forma de respeito à intimidade da mulher, ainda hoje vigora nos Estados Unidos.

Na Alemanha, entre 1974 a 1995, as leis relacionadas à interrupção da gestação apresentaram significativas mudanças. Em 1975, em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, no julgamento de uma ação abstrata de constitucionalidade que versava sobre a descriminalização do aborto, o Tribunal, reconheceu por maioria, a inconstitucionalidade da lei questionada. Desta forma, em 1976 foi alterada a legislação para que se conformasse com a decisão da Corte Constitucional. A nova norma proibia e criminalizava o aborto, em regra, mas contemplava diversas exceções ligadas não só ao risco à saúde e à vida da mãe, mas também a casos de patologias fetais, violação e incesto e razões sociais e econômicas⁴⁸. Após a unificação da Alemanha, necessário se fez o surgimento de uma nova legislação concernente ao tema, tendo em vista que na Alemanha

⁴⁶ JORGE, Manoel; NETO, Silva. **A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade**. 2010. Disponível em < <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/46.a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade.html>> Acesso em: 10 mai. 2011.

⁴⁷ De acordo com a matéria da EFE de 22/01/2011, o presidente dos EUA, Barack Obama, reiterou neste sábado seu compromisso para proteger os direitos reprodutivos da mulher, ao comemorar o 38º aniversário da sentença do Supremo Tribunal que legalizou o aborto no país. Há exatamente 38 anos a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu sua polêmica decisão no caso conhecido como “*Roe v. Wade*”, na qual reafirmou o direito das pessoas à vida particular, incluindo a opção do aborto. - “protege a saúde e a liberdade reprodutiva das mulheres, e afirma um princípio fundamental: que o Governo não deve se envolver em assuntos familiares privados” “Estou comprometido a proteger este direito constitucional” enfatizou Obama Na próxima segunda-feira, grupos a favor e contra o aborto medirão forças em manifestações em frente ao Supremo Tribunal, no que se transformou em um ritual anual desde a sentença de 1973. **Estados Unidos: 38 anos após “*Roe v. Wade*”, Obama reitera compromisso por direito das mulheres ao aborto**. Rede Aborto em Debate. 24 janeiro 2011. Disponível em <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=1966#>> Acesso em: 10 mai. 2011.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2005, p.12.

Oriental⁴⁹ a prática abortiva era permitida até as 12 semanas de gravidez, enquanto na Alemanha Ocidental a descriminalização do aborto foi declarada inconstitucional. Em 1992 com a Alemanha unificada, nova lei fora publicada, desta feita tornou-se permitida a realização da interrupção da gestação, mais uma vez, nos primeiros três meses de gravidez. Aduz Daniel Sarmiento⁵⁰:

[...] Porém, a norma dispunha que, antes de realizar a interrupção da gravidez, a gestante deveria submeter-se a um serviço de aconselhamento, que tentaria demovê-la da idéia, e aguardar um período de três dias. A principal característica da nova legislação estava no fato de que visava evitar o aborto através de mecanismos não repressivos, criando medidas de caráter educativo, de planejamento familiar, benefícios assistenciais, dentre outros, no afã de eliminar as causas materiais que levam as mulheres a procurarem a interrupção da gravidez [...]

Em 1993 a legislação foi tida, novamente, como inconstitucional. Todavia, afirmou-se que a proteção ao feto não precisava ser realizada necessariamente através dos meios repressivos do Direito Penal e poderia ser buscada através de outras medidas de caráter assistencial e administrativo.

Estabeleceu-se perante as leis alemãs em 1995, o entendimento aplicado até os dias de hoje, que aparenta ser bastante coerente. Após a decisão da gestante e do médico, aquela será submetida ao um acompanhamento psicológico, de maneira que a interrupção da gestação só ocorrerá, em um prazo mínimo de três dias após esse aconselhamento. A intervenção não deverá ser realizada pelo médico que decidiu, juntamente com a mãe - quando a gestante for menor de idade - pela interrupção da gestação. Quando a interrupção for motivada pela malformação do feto, deverá ser realizada nas primeiras 22 semanas. Já, quando for em razão do dano à saúde física ou mental da mulher, não restou estabelecido prazo.⁵¹

Na França, primeiramente entrou em vigor 1975, uma lei com vigência temporária de 5 anos, permitindo, a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico, nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegado que a gravidez lhe causa angústia (detresse), ou, a qualquer tempo, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de “doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”. Pela lei em questão, deveria a

⁴⁹ **Abortion in Germany.** Wikipédia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_Germany> Acesso em: 11 mai. 2011.

⁵⁰ SARMENTO, 2005. p.13.

⁵¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios.** Brasília, n.3 p. 96, jan/jun. 2000.

gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais. Em 1979 esta lei foi ratificada, com algumas pequenas alterações⁵². Em 2001, alterou-se a referida lei, aumentando de 10 para 12 semanas o prazo para interrupção da gestação, e tornando facultativa para, as gestantes adultas, a consulta prévia para aconselhamento e informação.

Na legislação de Portugal, com a reforma de 1997 o abortamento foi permitido quando o nascituro for acometido de doença grave ou malformação congênita, podendo ser realizado em até 24 semanas. Quando for indicado para preservar a vida ou a saúde física ou psíquica da mãe, deverá ocorrer nas 12 primeiras semanas da gravidez⁵³. Tratando-se de fetos inviáveis, que segundo Analice Tessaro são acometidos de uma anomalia é incompatível com a vida extra-uterina, a criança não viverá nem bem ou mal, vindo a falecer logo após o parto⁵⁴, a legislação lusitana autoriza sua interrupção a qualquer tempo. Vale salientar que o médico o qual indicou a interrupção, por meio de atestado prévio, não deverá conduzir a operação. Em 1998 foi realizado um referendo, tratando-se de um controle preventivo de constitucionalidade a respeito da despenalização geral do abortamento, por vontade da gestante, realizado nas primeiras 10 semanas de gestação em estabelecimento de saúde oficial. Porém, no referendo, cuja validade o Tribunal reconheceu, a proposta de legalização incondicionada do aborto no início da gestação foi derrotada (houve índice elevadíssimo de abstenção, só tendo votado 31,9% dos eleitores inscritos). Embora não se tratasse de consulta popular vinculativa, o legislador português seguiu a orientação referendária, rejeitando a mudança legislativa pretendida.⁵⁵

Por sua vez, a legislação da Espanha permite a realização do abortamento nos casos de grave risco à vida ou a saúde física ou psíquica da gestante, hipótese que poderá ser realizado a qualquer momento. A interrupção poderá ocorrer nas 12 primeiras semanas, quando a gravidez for consequência de estupro e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. A legislação espanhola exige que a interrupção seja executada por médico distinto daquele que fez o diagnóstico. Na

⁵² SARMENTO, 2005. p.8-10.

⁵³ RIBEIRO, 2000. p.99.

⁵⁴ TESSARO, 2008. p. 26.

⁵⁵ SARMENTO, 2005. p.16-17.

prática, tem prevalecido na Espanha um conceito muito abrangente de risco a saúde psíquica da mulher, o que amplia as possibilidades de aborto legal.⁵⁶

No Reino Unido – que possui regulamentação bastante liberal em busca do aborto seguro – a interrupção da gestação é permitida durante as 24 primeiras semanas, desde que motivado por razões sociais, sociomédicas, socioeconômicas ou, ainda, no caso de risco de lesões severas para a vida da gestante. Quando realizada em hospital público, não há custo para o paciente. Outrossim, se a gestante for menor de 16 anos, a intervenção deverá ser precedida pelo consentimento de dois médicos e da autorização do paciente.⁵⁷

Na Itália, onde se punia indistintamente o aborto, em 1978 foi editada uma lei que regulamentou detalhadamente a interrupção da gravidez. De acordo com o referido diploma, durante os primeiros noventa dias da gestação, a gestante poderá solicitar a realização do aborto nas hipóteses em que sua saúde física ou psíquica esteja em risco; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou nas hipóteses de má-formação fetal⁵⁸.

Enfim, ao analisarmos as posições de algumas legislações ao redor do mundo, percebemos que mesmo possuindo princípios constitucionais semelhantes aos da nossa Carta Magna, elas apresentam uma disparidade legislativa bastante acentuada no tocante a dignidade da pessoa humana da gestante. Observar-se que o Código Penal Brasileiro apresenta uma legislação inflexível e antiquada, não correspondente a realidade social do nosso país, propiciando ao invés da proteção à vida e a dignidade da pessoa humana, uma política discriminativa e insegura para mulheres.

É importante destacar que de um modo geral, há uma valoração constitucional dada à preservação da vida do nascituro, que aumenta na medida em que progride a gestação; logo, isso revela que apesar das variações nas soluções adotadas, pode-se afirmar que, em geral, o que buscam as legislações modernas neste tema é um ponto de equilíbrio entre, de um lado, os direitos humanos das gestantes, e, do outro, a proteção à vida do embrião ou feto.

⁵⁶ RIBEIRO, 2000. p.97-98.

⁵⁷ TESSARO, 2008. p. 41.

⁵⁸ SARMENTO, 2005. p.10-11.

4. DA LEGITIMIDADE A LEGALIDADE DOS CASOS DE ABORTO A PARTIR DE REALIDADES DE VIVÊNCIAS NO COTIDIANO BRASILEIRO

A anencefalia é uma má-formação no tubo neural em que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais, uma condição popularmente conhecida como “ausência de cérebro.”⁵⁹ Realmente, esta malformação o incapacita para a consciência e a capacidade de percepção, cognição, comunicação, afetividade e emotividade⁶⁰. Assim sendo, verifica-se anatomicamente à ausência congênita da maior parte do cérebro, crânio e couro cabeludo, ficando o tecido neural exposto, propiciando a destruição subsequente deste tecido. A existência extra-uterina de um anencéfalo é breve e precária, tendo reações exclusivamente reflexas, típicas do estado vegetativo. A morte intra-uterina ocorre em 65% dos casos, os outros 35% ocorre aproximadamente nas primeiras horas de sobrevivida. Portanto, as gestantes com fetos anencéfalos, conscientes desta triste realidade, ainda precisam recorrer ao judiciário, que já é um procedimento vexatório e torturante para as mulheres grávidas; apesar de desde a década de 1990 alvarás judiciais serem expedidos autorizando a antecipação do parto em casos de anencefalia. Contudo, no ano de 2009, quando fora publicado um artigo da Antropóloga Débora Diniz, existiam em todo Brasil 350 alvarás judiciais dessa natureza⁶¹. Tecnicamente, o aborto nos casos de Anencefalia enquadra-se no tipo de Interrupção seletiva da gestação (ISG), sendo que em geral, os casos que justificam as solicitações de ISG são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina.⁶²

Com o advento da lei 9.434/97 que dispõe sobre os transplantes de órgãos no Brasil, a morte encefálica devidamente comprovada, nos moldes que estabelece a lei, fora utilizada como critério para retiradas dos órgãos, tecidos ou partes do corpo

⁵⁹ DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. **Ensaio: Bioética**. São Paulo: Brasiliense; Brasília : Letras Livres, 2006.p.129,.

⁶⁰ LIMA, 2010 .p.76.

⁶¹ DINIZ, Debora. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, v.5, n.1, nov.2009. Disponível em: <http://seer.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/360/461> Acesso em: 13 mai. 2011.

⁶² Basicamente, pode-se reduzir as situações de aborto e quatro grandes tipos: Interrupção eugênica da gestação (IEG): são os casos de interrupção da gestação por valores racistas, sexistas, étnicos etc; Interrupção terapêutica da gestação (ITG): são os casos de aborto ocorridos em nome da saúde materna; Interrupção seletiva da gestação (ISG): são os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de má-formações fetais; e Interrupção voluntária da gestação (IVG): são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da mulher grávida ou do casal. DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. op cit., p. 116-117.

destinados a transplantes ou tratamentos. Diante do estabelecido nesta lei vejamos o que conclui a autora Analisse Tessaro⁶³:

[...] referindo-se aos casos de fetos portadores de anencefalia, acrania ou em que o encéfalo não se formou, e fazendo um paralelo com a Lei 9.437/97 (que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplantes e tratamento), conclui-se que estes fetos estão juridicamente mortos, uma vez que o conceito de morte encefálica corresponde ao diagnóstico morte. Se este dado autoriza a interrupção do emprego de recursos para o suporte de funções vegetativas e permite a retirada de órgãos e tecidos do doador, por que não autorizar a interrupção da gestação, uma vez que é a própria gestante maior interessada neste procedimento, quem suporta e garante as funções vitais do feto [...]

Nas perspectivas doutrinária e legislativa, é pertinente considerar nessa discussão a análise da definição de crime impossível estabelecida no artigo 17 do Código Penal, constatando-se que não se pune a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. Segundo Fernando Capez⁶⁴ a impropriedade do objeto se dá quando “A pessoa ou a coisa sobre que recai a conduta é absolutamente inidônea para a produção de algum resultado lesivo.” Tendo em vista a conceituação da morte encefálica, diante da ausência de atividades cerebrais do feto, nos casos de anencefalia, a interrupção de gravidez, revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não, seria um crime impossível, segundo nosso próprio ordenamento jurídico.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, desde 2004 a ADPF (Arguição de Preceito Fundamental) 54, que versa sobre a possibilidade de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos. A ação foi ajuizada em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que defende a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo. A CNTS alega ofensa à dignidade humana da mãe o fato de ela ser obrigada a carregar no ventre um feto que não sobreviverá depois do parto. Mas em decisão liminar, que suspendeu o trâmite da ADPF-54, em julho de 2008, até a realização da audiência pública para oitiva de entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito, interessa reproduzir partes relevantes da fundamentação proferida pelo Ministro relator Marco Aurélio:

⁶³ TESSARO, 2008. p. 113.

⁶⁴ Capez. Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral (arts 1º a 120) . 12. ed. De acordo com lei 11.466/2007- São Paulo: Saraiva, 2008.p.257

[...] Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal – artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública. [...] Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios invocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes – artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo[...]⁶⁵

Como podemos observar, os argumentos lógicos que embasam a descriminalização imediata da do aborto, nos casos de fetos anencéfalos, é mais do que uma questão de justiça, é uma questão de respeito à de dignidade da pessoa humana em seu sentido mais básico. Assim, obrigar a mulher a estender uma gestação fadada ao fracasso é uma posição desumana, similar a de uma tortura das mais cruéis, na medida em que, a mulher, ao invés de dedicar-se a uma outra gestação saudável e viável para ela e para o bebê, acaba por obrigá-la a trocar o berço pelo caixão⁶⁶.

A ONG brasileira, Católicas pelo Direito de Decidir⁶⁷, defensoras do direito da autonomia reprodutiva da mulher e pioneiras no Brasil na procura por uma solução

⁶⁵ BRASIL. STF. ADPF: 54-8/ DF – Rel. Min. Marco Aurélio - j. 31 de julho de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf> >. Acesso em 23 mai. 2011.

⁶⁶ Publicado no Jornal de Brasília. Brasília. 24.01.2004 Apud DINIZ; COSTA, 2006.p.129

⁶⁷ Católicas pelo Direito de Decidir é uma entidade feminista, de caráter inter-religioso, que busca justiça social e mudança de padrões culturais e religiosos vigentes em nossa sociedade, respeitando a diversidade como necessária à realização da liberdade e da justiça. Constituiu-se no Brasil em 1993, formalizando-se juridicamente em 1994, e atua em articulação com uma rede latino-americana (Católicas por El Derecho a Decidir), com Catholics for Free Choice, dos Estados Unidos, e com companheiras na Espanha. CDD/Br promove os direitos das mulheres (especialmente os sexuais e os reprodutivos) e luta pela igualdade nas relações de gênero e pela cidadania das mulheres, tanto na sociedade quanto no interior da Igreja Católica e de outras igrejas e religiões, além de divulgar o pensamento religioso progressista em favor da autonomia das mulheres, reconhecendo sua autoridade moral e sua capacidade ética de tomar decisões sobre todos os campos de suas vidas.O

equilibrada entre a religião e o aborto, aduz em reportagem a respeito do julgamento sobre a anencefalia no STF, representada pela socióloga Maria José Fontelas Rosado Nunes⁶⁸ que:

[...] Defendemos o recurso à própria consciência. (O aborto) é não só medida de compaixão, mas também a possibilidade de efetivação de um elemento básico de justiça social, atendendo as mulheres pobres para quem a autorização judicial é condição básica para a realização do procedimento", disse a socióloga. "Não escolhemos essa tragédia, mas queremos o direito de não prolongá-la", completou [...]

A última notícia emitida pela Suprema Corte brasileira, sobre a ADPF-54/2004, data do dia 04 de março do corrente ano⁶⁹, expondo que o Ministro Relator Marco Aurélio concluiu seu voto e liberou o processo para que entre na pauta de julgamentos plenários, ainda sem data prevista. Realmente, continuar sendo ilegal o aborto nos casos de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, demonstra como nossa legislação é retrógrada e incompatível com a realidade médica e jurídica da atualidade, fato que necessita de uma solução rápida e obviamente digna, qual seja a descriminalização imediata desta prática.

No ano de 2009, um processo judicial tramitou em uma das varas cíveis da Comarca de Campina Grande, versando sobre um pedido de autorização judicial para realização de aborto necessário na maternidade pública da referida cidade; registra-se que este caso concreto foi determinante para o desenvolvimento do presente trabalho.

A.M.N.⁷⁰, portadora de hipertensão arterial pulmonar (HAP)⁷¹, comprovada por laudo emitido pela cardiologista que acompanhara a gestante, como também por

público beneficiário do trabalho de CDD/Br, de forma mais ampla, é toda a sociedade brasileira, pois a religião é um elemento importante da história e da cultura do país. Isso se dá de tal maneira que até mesmo as pessoas que se declaram não religiosas têm a vida afetada, de alguma forma, pelo ideário religioso e pela interferência pública, tanto das religiões quanto das igrejas, seja pelo discurso, seja por ações políticas diretas. Entretanto, como o impacto do ideário religioso afeta mais fortemente alguns segmentos do que outros, fazemos um recorte para que nossas ações tenham possibilidade de serem mais efetivas no enfrentamento das maiores injustiças. Assim, especificamente, os segmentos que sabemos mais vulneráveis são as mulheres, os/as jovens, o GLBTT, negros/as e camadas mais pobres da população. Sendo assim, nossas ações estão preferencialmente voltadas para esses segmentos. CATÓLICAS ONLINE – PELO DIREITO DE DECIDIR. Disponível em: <<http://catolicasonline.org.br/QuemSomos.aspx>> Acesso em 23 mai. 2011.

68 Redação Terra. **Anencefalia: 'não escolhemos essa tragédia', diz católica**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI3136528-EI715_00-Anencefalia+nao+escolhemos+essa+tragedia+diz+catolica.html> . Acesso em 23 mai. 2011.

⁶⁹ VP/EH Notícias STF. **Anencefalia: ministro Marco Aurélio libera processo para julgamento**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173588>>. Acesso em: 23 mai. 2011.

⁷⁰ Por se tratar de um processo que tramitou em segredo de justiça, os nomes das partes, juízes, e promotores não serão identificados.

exames realizados na paciente, deram ensejo ao pedido de interrupção da gestação proferido pela junta médica do Instituto de Saúde Elpidio de Almeida – ISEA (maternidade pública municipal).

Conforme foi exposto, o entendimento majoritário nos tribunais brasileiros é que nos casos de aborto necessário há a dispensa de autorização judicial para realização deste. Mesmo diante deste posicionamento dominante, vejamos o que aduziu o advogado da parte A.M.N. nos autos do processo:

[...]Não obstante a Lei preveja o mencionado “aborto necessário”, não há previsto, especificamente, nenhum procedimento legal para efetivá-lo. De fato, alguns doutrinadores chegam mesmo a mencionar a desnecessidade de autorização judicial. Entretanto, data vênia dos que pensam dessa forma, **sem autorização judicial o direito da autora se transforma em letra morta, visto que, os médicos como é cediço, necessitam dessa segurança jurídica para realizar tal procedimento**, tanto é que a própria Ginecologista da autora requer expressamente a autorização judicial para realizar o aborto. A requerente tem toda sua assistência de saúde feita pelo SUS e é acompanhada por sua Ginecologista no Instituto de Saúde Elpidio de Almeida – ISEA (maternidade pública municipal), portanto o aborto aqui solicitado deve ser realizado no mesmo local no qual a paciente vem sendo acompanhada desde o início da gestação [...] ⁷²

Como vemos, o pedido de interrupção foi registrado na data de 23 de julho de 2009, em caráter de urgência na forma de tutela antecipada, juntamente com o pedido de justiça gratuita diante das dificuldades financeiras que a impetrante, seu marido e seu filho de 8 anos passavam. Em seguida, os autos foram remetidos ao Ministério Público para que este órgão emitisse parecer. No dia 28 de julho de 2009, o Promotor de Justiça diante do que fora alegado e do conjunto probatório constante nos autos, emitiu parecer favorável a realização do aborto:

⁷¹ A Hipertensão arterial pulmonar idiopática (HAPI) é uma entidade rara e predomina em mulheres jovens na relação de 5:1 se comparada aos homens. É pouco descrita na gravidez, com uma incidência de cerca de 1/500.000 por ano. A gestação está associada a mau prognóstico, devido à alta morbimortalidade materno-fetal. O diagnóstico é de grande importância, porque a prevenção da gestação ou aborto terapêutico precoce podem ser considerados em tempo hábil. Além disso, as modificações fisiológicas da gravidez são mal toleradas porque podem provocar complicações, como tromboembolismo, disfunção ventricular direita, ICD e óbito materno-fetal.

Nesta diretriz, objetivamos revisar os riscos materno-fetais, os critérios de contraindicações à gravidez e/ou de interrupção médica, evolução e manuseio durante o ciclo gravídico-puerperal nas pacientes portadoras de HAP. CALLOU, Marlene Rau de Almeida; RAMOS, Paulo Roberto Miranda. 16. Hipertensão arterial pulmonar. **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 93, n. 6, Dec. 2009 . Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2009001300016&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 24 mai. 2011.

⁷² Advogado da requerente AMN na fundamentação da petição inicial.

[...] Analisando-se o presente caso, vê-se que as duas especialistas médicas mais credenciadas para análise da situação, qual seja, a cardiológica e a ginecológica/obstetrícia (*sic*), se manifestaram, em declarações de fls. 15 e 16, no sentido da necessidade da interrupção da gravidez “devido o alto risco materno-fetal”, o que, ao nosso sentir, vem justificar o pedido, legitimando seu deferimento. Desta forma vimos nos posicionar pelo deferimento do pleito no sentido de que esse D. Juízo autorize, da forma que achar conveniente, que equipe médica especializada proceda à interrupção da gravidez [...]”⁷³

Já no dia 07 de agosto de 2009, o então juiz do feito declarou-se suspeito⁷⁴, alegando motivos pessoais tornando-se, então, impedido de julgar o caso. Logo, o julgamento foi postergado, tendo os autos sido remetidos para outro juiz. No dia 14 de agosto de 2009, a nova juíza em seu despacho determinou a realização de outros exames, quando, no entanto, os já existentes nos autos por si só já eram suficientes para comprovar o grave estado de saúde da gestante. Vejamos a mencionada decisão:

[...]Folheando os autos vejo que existem atestados médicos declarando a necessidade do aborto advindos de um cardiologista e de uma ginecologista que examinara a paciente.

No entanto, necessário se faz que os referidos laudos fossem mais circunstanciados, senão vejamos: 1- Risco da paciente afetado pela gestação; 2- CID da patologia; 3 - Prova da gestação e idade do feto; 4- E, sobretudo, o risco de vida da gestante no caso de aborto, em detrimento da enfermidade hipertensão arterial pulmonar (HAP);5-OFICIE-SE a cada um dos médicos mencionados das declarações contidas nos autos para informar novo laudo no prazo de 10 (dez) dias [...]

De fato, proferida esta última decisão judicial, os ofícios foram emitidos para os respectivos órgãos. Todavia, antes dos resultados dessas medidas desnecessárias - visto que os laudos e os exames constantes nos autos já esclareciam suficientemente os perigos da continuação desta gravidez – Lamentavelmente A.M.N. que recorrera ao judiciário para garantir o direito à vida, faleceu no dia 18 de agosto de 2009, aproximadamente um mês após a propositura da ação, deixando um filho menor e o marido desempregado que perdera o emprego diante do estado de saúde da mulher. Eis parte do parecer final emitido pela Promotora:

⁷³ Parecer emitido por membro do Ministério Público da Paraíba.

⁷⁴ O juiz deve declarar seu próprio impedimento ou suspeição no caso de ocorrência de alguma das circunstâncias previstas nos arts. 134 e 135. [...] Declarando o impedimento ou a suspeição, o juiz declina da jurisdição para aquele caso concreto, remetendo os autos ao seu juiz substituto. Nunes, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13ed. rev., ampl. e atualizada até a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, bem como pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, até a Súmula nº 409 do STJ, publicada em 24 de novembro de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.428.

Infelizmente, nada mais há que se fazer no presente feito, onde a vida da autora pode ter sido perdida em razão da morosidade e da burocracia desnecessária da justiça. Ante o exposto, opina este representante ministerial pela extinção do feito [...]

Enfim, casos como este são relativamente freqüentes no Brasil, pois a intransigência e intolerância da sociedade, bem como, a não relativização de determinados direitos para obtenção de justiça, ocasionam situações tristes e revoltantes conforme o caso anteriormente analisado. Sem dúvida o judiciário levou A.M.N. a óbito por interpretar o aborto como um tabu, como um ato absurdo e inaceitável, contrariando a própria lei que permite a realização da interrupção da gestação nestas situações. Realmente, enquanto a sociedade brasileira não aprender a respeitar o estado Laico Democrático de Direito em que o Brasil está inserido, absurdos jurídicos como estes irão continuar ocorrendo e levando consigo vidas que, impreterivelmente, poderiam ter sido salvas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste estudo, compreendemos que a descriminalização do aborto deve ser interpretada como forma de expressão da autonomia reprodutiva e da ponderação dos direitos da mulher e do nascituro, bem como garantias da liberdade e tolerância, sendo a efetivação destas a meta de todas as Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Nesse contexto, é importante destacar que em países como os Estados Unidos e Alemanha, com legislações há séculos consolidadas, ocorreram significativas evoluções legislativas para se chegar à atual conjuntura legal do aborto.

Com efeito, entendemos que o amadurecimento da concepção legislativa do aborto, que deve ser propiciado e estimulado pelos Governantes, pelo Poder Judiciário e pela própria Sociedade, poderá ser concretizado através de uma adequada estruturação das políticas de saúde pública, fornecendo métodos contraceptivos eficazes, campanhas de esclarecimento sobre o tema, entre outras ações; objetivando que a prática do aborto não seja utilizada como técnica de contracepção, e sim, seja um direito à disposição da mulher, sabendo que o Estado estará tutelando sua liberdade reprodutiva. Mas, para que tal procedimento seja possível e viável, é necessário também que sejam observados os limites temporais

estabelecidos no âmbito médico-científico, para que, enfim, seja procedida a interrupção da gestação.

Foi também concluído pela necessidade do Poder Judiciário Brasileiro interpretar o termo aborto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tão consagrado nas últimas décadas, buscando assim solucionar os inúmeros problemas que a inflexibilidade das legislações atuais sobre o aborto acarretam na vida das brasileiras; ou seja, para que não exista a tendência de “fechar os olhos”, achando que a abstenção e a crítica infundada sobre o assunto sejam suficientes para resolver uma temática que clama por atenção. De modo que, vidas como a da A.M.N., que foi abordada neste trabalho, vidas que o próprio ordenamento jurídico protege, mas os aplicadores da lei, a quem o Estado outorgou a autonomia jurisdicional, não obedeceram prontamente, deixando-as padecer e sucumbir, por razões, um tanto quanto controversas e duvidosas, fazendo que o preconceito e a resistência ao “novo” estivessem acima do próprio direito positivado.

Por fim, após toda exposição e discussão apresentadas nesse texto, entendemos que os inúmeros casos de abortos clandestinos e de mortes evitáveis refletem um sistema intransigente e retrógrado, prejudicando a sociedade, sendo, por conseguinte, necessário e inadiável uma reflexão autocrítica da sociedade civil em geral, como também por parte das autoridades competentes envolvidas com a problemática do aborto, para que só então a venda da hipocrisia seja retirada dos nossos olhos, levando, enfim, ao esclarecimento de que o aborto no Brasil é problema de saúde pública e parte integrante da nossa realidade social.

REFERÊNCIAS

Abortion in Germany. **Wikipédia**. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_Germany> Acesso em: 11 mai. 2011.

ANDRADE, Laís Amaral Rezende de. **Aborto, o delito e a pena**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/983/aborto-o-delito-e-a-pena>>. Acesso em: 3 mai. 2011.

Anencefalia: 'não escolhemos essa tragédia', diz católica. **Redação Terra** . Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0..OI3136528-EI715.00-Anencefalia+nao+escolhemos+essa+tragedia+diz+catolica.html>> . Acesso em 23 mai. 2011.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. 1830 *Lex*, arts. 199-200.

BRASIL. Leis, etc. **Constituição Da República Federativa Do Brasil** De 1988. 13.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Leis, etc. **Decreto-Lei nº 2848, Lex**. de 7 de dezembro de 1940. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Políticas de Saúde. **Área Técnica de Saúde da Mulher. Urgências e Emergências Maternas**: guia para diagnóstico e conduta em situações de risco de morte materna. / Ministério da Saúde, Secretária de Políticas de Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher. – 2. ed., 1ª reimpressão. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). 6ª Turma especializada. Processo nº 200751010179864. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros. Rio de Janeiro. 1º de outubro de 2010. **Lex. E-DJF2R** Data:08/11/2010 - Página::366 .Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em : 27 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54-8. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Advogado: Luís Roberto Barroso e outro. Relator Ministro Marco Aurélio. Decisão, 31 de julho de 2008, Brasília **Lex.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf> >. Acesso em 23 de maio de 2011.

CALLOU, Marlene Rau de Almeida; RAMOS, Paulo Roberto Miranda. 16. Hipertensão arterial pulmonar. **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 93, n. 6, Dec. 2009 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2009001300016&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 24 mai. 2011.

CAPEZ. Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1: parte geral (arts 1º a 120) . 12. ed. De acordo com lei 11.466/2007- São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Sueli. **Ainda o aborto**. Correio Braziliense, 05 fev. 2000 apud **Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis** . op. cit., p.10.

CASTELBAJAC, Matthieu de. Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo, v. 10, n. 3, fev. 2010 . Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792010000100004&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em 03 mai. 2011.

CATÓLICAS ONLINE – PELO DIREITO DE DECIDIR. Quem somos. Disponível em: <<http://catolicasonline.org.br/QuemSomos.aspx>> Acesso em 23 mai. 2011.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Campanha da Fraternidade 2008: versão definitiva**. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/ns/modules/mastop_publish/files/files_48cfb5b072d7f.pdf>. Acesso em 20.04.2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA. 2ª ed., vol I. , Coimbra: Almedina, 1985, p. 175 apud SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Publicado em 01 Out. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=668>. Acesso em: 27 Fev. 2011.

DINIZ, Debora. Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. **Revista Bioética**, Brasília, v.5, n.1, nov.2009. Disponível em: <http://seer.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/360/461> Acesso em: 13 mai. 2011.

DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. **Ensaio**: Bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília : Letras Livres, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência Saúde Coletiva**. Vol.15, suppl.1, 2010.

Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis. Rede Feminista de Saúde. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica apud TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Aborto humanitário ou sentimental. Exclusão da tipicidade**. Disponível em; < http://fg.com.br/artigo/20101101190633126_blog-do-fg_quotdata-veniaquot-aborto-humanitario-ou-sentimental-exclusao-da-tipicidade.html > Acesso em: 12 mai. 2011.

GONÇALVES, Tamara Amoroso (Coord.); LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para a Promoção da Equidade, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso Direito Penal: parte especial/ volume II: introdução à teoria geral parte especial: crimes contra a pessoa**. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GUTTMACHER INSTITUTE. In: **Brief Fact Sheet - Facts on Induced Abortion Worldwide**. Fev. 2011. Disponível em <http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html> Acesso em 21 abr. 2011

JORGE, Manoel; NETO, Silva. **A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade**. 2010. Disponível em < <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/46.a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade.html> > Acesso em: 10 mai. 2011.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba: Juruá, 2010.p.53-54.

MIRANDA, Ana. BOCA DO INFERNO. 3.ed. São Paulo: Companhia das letras, 1989. p. 58

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995 p. 20.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 13ed. rev., ampl. e atualizada até a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, bem como pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, até a Súmula nº 409 do STJ, publicada em 24 de novembro de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção** – atualidade e complexidade da questão. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.82.

Redação Rede Aborto Em Debate. Estados Unidos: 38 anos após “Roe v. Wade”, Obama reitera compromisso por direito das mulheres ao aborto. **Rede Aborto Em Debate**. 24 janeiro 2011. Disponível em <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?p=1966#>> Acesso em: 10 mai. 2011.

Redação G1. Arcebispo excomunga médicos e parentes de menina que faz aborto. **Globo G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1028529-5598,00-ARCEBISPO+EXCOMUNGA+MEDICOS+E+PARENTES+DE+MENINA+QUE+FEZ+ABORTO.html>> Acesso em: 25 de maio de 2011.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**. Brasília, n.3 p. 96, jan/jun. 2000.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Publicado em 01 Out. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=668>. Acesso em: 27 Fev. 2011.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html>. Acesso em 10 de maio de 2011.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VP/EH. Anencefalia: ministro Marco Aurélio libera processo para julgamento. **Notícias STF**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173588>>. Acesso em: 23 mai. 2011.