



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CAMPUS III

CENTRO DE HUMANIDADES

CURSO DE DIREITO

CLÁUDIA SILVA FONSECA

**ABORTO: O IMPACTO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO
CONTEXTO SOCIAL**

GUARABIRA

2017

CLÁUDIA SILVA FONSECA

**ABORTO: O IMPACTO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO
CONTEXTO SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
da Universidade Estadual da Paraíba,
Campus III, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientadora: Prof.^a Me. Maria Sônia de
Medeiros Santos de Assis

GUARABIRA

2017

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F676a Fonseca, Cláudia Silva

Aborto: [manuscrito] : o impacto das decisões jurisprudenciais no ordenamento jurídico-penal e suas implicações no contexto social / Cláudia Silva Fonseca. - 2017.

41 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.

"Orientação: Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis, Departamento de".

1. Aborto. 2. Legislação Penal. 3. Direito à vida. I. Título.

21. ed. CDD 347

CLÁUDIA SILVA FONSECA

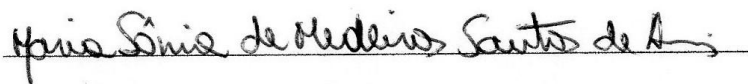
**ABORTO: O IMPACTO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO
CONTEXTO SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
da Universidade Estadual da Paraíba,
Campus III, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Aprovada em: 11/04/2017.

BANCA EXAMINADORA



Prof^ª Me. Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof^ª Me. Kilma Máisa de Lima Gondim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Bruno César Azevedo Isidro
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu esposo e a minha querida filha,
pela paciência, compreensão e incentivo
para continuar, **DEDICO.**

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela oportunidade de viver e evoluir, pois quanto aos homens eu poderia ter sido apenas um zigoto sem proteção. A Ele toda a minha gratidão!

Aos meus pais, por toda a dedicação, carinho e apoio, principalmente nos momentos mais difíceis. A vocês, todo o meu amor!

Aos meus irmãos por todo o apoio e auxílio nos momentos de dificuldades. A vocês, todo o meu carinho!

Aos professores do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, Campus III, pelos ensinamentos e pela construção do conhecimento jurídico obtidos a cada dia no cotidiano de sala de aula.

À professora Maria Sônia, pela parcimônia nos momentos de orientações, correções e sugestões no transcorrer deste trabalho, tornando o meu empenho ainda maior. A você, toda a minha estima e consideração!

Aos meus colegas da turma 2012.1, pela acolhida, receptividade, carinho e amizade no decorrer de todos esses anos.

À todos que estiveram direta ou indiretamente envolvidos durante esta trajetória de curso! Meu muito obrigada!

“Matar não é tão grave como impedir que alguém nasça, tirar a sua única oportunidade de ser. O aborto é o mais horrendo e abjeto dos crimes. Nada mais terrível do que não ter nascido!”

Fernando Sabino

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	09
2.DEFINIÇÃO.....	11
3.ESPÉCIES DE ABORTO.....	11
4.EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
5.O CRIME DE ABORTO E A LEGISLAÇÃO PENAL.....	15
5.1. Aborto Criminoso.....	15
5.2. Aborto Legal.....	18
5.3. O aborto e a Lei das Contravenções Penais.....	20
6.DEFINIÇÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA E A TUTELA DA LEI PENAL.....	20
7.CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO JURÍDICO-PENAL E SOCIAL.....	22
7.1.Casos de anencefalia e decisões do STF.....	23
7.2. Decisão do STF sobre a permissão do aborto até o terceiro mês da gestação e outros casos.....	28
8. O DIREITO AO ABORTO VERSUS O DIREITO À VIDA.....	32
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35

ABORTO: O IMPACTO DAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTEXTO SOCIAL

Cláudia Silva Fonseca¹

RESUMO

O tema central deste trabalho é o aborto e o seu tratamento no Código Penal brasileiro. A pesquisa em questão objetiva retratar o impacto que as decisões jurisprudenciais têm acarretado em nosso ordenamento jurídico-penal e suas consequentes implicações no contexto social. Embora a lei penal vise coibir a prática da conduta criminosa do aborto, as jurisprudências atuais têm se mostrado favorável à sua legalização, trazendo como consequência diversos questionamentos e debates em torno da vida humana. No Estado Democrático de Direito, a pessoa humana deve ser protegida pelo Estado desde o primeiro momento de sua existência, levando-se em conta a permissão da prática abortiva apenas nos casos de extrema necessidade em que a ciência comprove a impossibilidade da vida humana. No entanto, algumas correntes defendem a manutenção ou revogação da conduta criminosa do aborto no Código Penal Brasileiro. Para isso, faz-se necessário ressaltar o direito à vida como fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico, sendo ele essencial para a continuidade da espécie humana.

Palavras-chave: aborto. Legislação penal. Direito à vida.

1. INTRODUÇÃO

A temática sobre o aborto é hoje uma das mais discutidas no âmbito jurídico-penal, uma vez que envolve uma série de valores e princípios defendidos pela sociedade atual.

O crime de aborto está previsto em nosso Código Penal Brasileiro em seus artigos 124 ao 127 que explicita as condutas típicas da prática criminosa. Enquanto que o art. 128 enfatiza ainda as causas de exclusão de ilicitude, demonstrando as hipóteses em que o aborto é legalmente permitido.

Do ponto de vista médico-legal o aborto é a interrupção voluntária da gravidez que resulta com a morte do produto da concepção. Embora esta definição não seja

¹ Aluna de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus III
Email: Claudia-sf@hotmail.com

suficiente para discutir em que momento se inicia a vida é perfeitamente possível compreendermos que quando se destrói um feto ou embrião, comete-se um crime.

Esta temática vem sendo discutida ao longo dos anos e recentemente volta à tona com as atuais decisões jurisprudenciais da Suprema Corte, pois a cada instante suscitam-se diversos questionamentos e discussões sobre a revogação ou manutenção do crime de aborto no Código Penal.

Existem, hodiernamente, duas correntes que se posicionam de formas distintas a respeito deste tema: uma defende a legalização da prática abortiva alegando que a mulher deve dispor sobre o seu próprio corpo e que o Estado não deve intervir nesta decisão e a outra que se posiciona contra o aborto defendendo a vida como elemento substancial do ordenamento jurídico.

Essa dualidade de pensamentos tem suscitado o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a (des)criminalização do aborto, mediante os diversos pedidos e demandas judiciais. Essas decisões acabam ferindo, muitas vezes, o princípio da separação dos poderes, princípio este que autoriza apenas o legislativo a se pronunciar sobre tais questões.

Nesse viés, o trabalho em questão busca analisar o impacto que essas decisões têm acarretado no ordenamento jurídico-penal e conseqüentemente no contexto social, uma vez que as sanções previstas no Código Penal objetivam tutelar um direito indisponível que é a vida, quer seja ela intrauterina ou extrauterina. Todavia, sua ineficácia vem se tornando explícita à medida que novas decisões surgem no âmbito jurisprudencial alegando que a conduta do aborto fere os princípios fundamentais dos direitos da mulher.

Abordar este tema é, no mínimo, uma tarefa muito delicada, pois de um lado está à proibição da conduta pelo manto penal e do outro as problemáticas que envolvem a saúde da mulher frente aos inúmeros casos de morte provocado por abortos clandestinos.

Diante desse entendimento, foram elencadas algumas considerações sobre as atuais jurisprudências que envolvem a temática em questão. Baseados na interpretação da lei, costumes e jurisprudências procurou-se definir o início da vida para melhor compreensão de onde se principia, de fato, essa tutela por parte do ordenamento jurídico-penal, suscitando assim alguns questionamentos sobre o direito ao aborto versus o direito à vida.

2. DEFINIÇÃO

A palavra aborto por si só traz certa ambiguidade e confusão, chegando a gerar inúmeras polêmicas a cerca do seu teor conceitual, já que a própria semântica da palavra acende um debate vigoroso na atualidade, pois se apresenta carregada de tabus e preconceitos em nossa linguagem cotidiana.

Etimologicamente, a palavra aborto vem do latim (*abortus*) e significa privação do nascimento, qual seja a interrupção precoce de uma gravidez causada pela remoção ou expulsão do embrião ou feto, causando-lhe a morte, o que faz cessar toda a atividade biológica da gestação.

Do ponto de vista médico, o aborto se dá com a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a semanas, ou quando o feto pesa até 500 gramas ou mede até 16,5 cm. Comumente, confunde-se muito o termo aborto de abortamento, uma vez que existe uma semelhança entre ambas, embora sejam distintas no que diz respeito à grafia da palavra. O termo aborto transmite a ideia de privação do nascimento, ou seja, a interrupção voluntária da gravidez, na qual gera a morte do produto da concepção, enquanto que abortamento é a ação cujo resultado é o aborto.

Muito embora exista uma corrente que defende que o termo abortamento seria o mais adequado e cientificamente mais correto de se utilizar, a maioria dos doutrinadores opinou pelo termo aborto por ser este mais difundido em nosso ordenamento jurídico-penal.

3. ESPÉCIES DE ABORTO

O aborto pode ocorrer de forma natural ou espontânea, ou seja, quando acontece em decorrência de problemas de saúde da gestante ou quando ocorre devido a traumas, quedas, atropelamentos, sustos etc., podendo também ser provocado, mediante a utilização de aparatos técnicos ou medicinais que possam gerar a expulsão ou remoção do feto. Neste caso, o mesmo passa a ser considerado pela nossa legislação como aborto criminoso o qual pode acontecer com ou sem o consentimento da gestante.

Nesse contexto, a doutrina o divide em diversas espécies, tais como:

- ✓ **Natural ou espontâneo** – ocorre quando o organismo da mulher elimina o feto por questões patológicas. Neste caso, não há crime.

- ✓ **Acidental** – ocorre quando a interrupção da gestação é provocada por traumatismos, através de quedas, choques etc. Não se configura crime por ausência do dolo.
- ✓ **Criminoso** – ocorre quando a interrupção é induzida de forma dolosa. Esta conduta está tipificada em nosso Código Penal nos arts. 124 a 127.
- ✓ **Legal ou permitido** – quando ocorre de forma voluntária e aceita por lei. Neste caso, não se caracteriza crime por expressa previsão legal.
- ✓ **Eugênico ou eugenésico** – ocorre a interrupção da gravidez para evitar o nascimento da criança com graves anomalias genéticas. Ainda discute-se sobre a possibilidade de ser considerado crime ou não.
- ✓ **Econômico ou social** – ocorre quando a gestante mata o feto ou embrião para não agravar a situação de miserabilidade enfrentada pela mãe ou pela família. Este caso, não foi, ainda, recepcionado pelo direito penal brasileiro.

O aborto espontâneo ocorre involuntariamente se subdividindo em iminente e inevitável; o primeiro é uma ameaça de aborto, onde a mulher apresenta um leve sangramento seguido de dores nas costas e cólicas menstruais, enquanto que o segundo ocorre quando se tem a dilatação do útero para a expulsão do conteúdo seguido de fortes dores e hemorragias.

A causa mais comum de um abortamento espontâneo são as anomalias cromossômicas do feto/embrião, no entanto, outras causas como: doenças vasculares, diabetes, problemas hormonais, infecções, anomalias uterinas e outras podem também ser responsáveis pelo problema.

Já o aborto induzido, popularmente conhecido como aborto provocado, é causado deliberadamente por razões médicas admitidas pela lei ou clandestinamente por pessoas leigas, podendo acontecer quer seja pela ingestão de medicamentos ou por meios de métodos mecânicos, o que constitui crime.

Existem diversas substâncias que quando ingeridas causam o aborto, algumas são tóxicas, inorgânicas, como o chumbo, cobre, arsênio, antimônio, ferro, fósforo e vários ácidos e sais. Algumas plantas também possuem poder abortivo, como o absinto, espirradeira, alecrim, arruda, dentre outras.

No que concerne à saúde da mulher, os riscos envolvidos no aborto induzido têm muito a ver com o procedimento realizado, no entanto é importante mencionar que este

procedimento é sempre de alto risco, pois expõe não só a saúde da gestante como também a do ser que está sendo gerado em seu ventre.

Infelizmente muitas mulheres morrem por complicações em abortos realizados em clínicas clandestinas, com pessoas despreparadas, sem nenhum conhecimento médico e em situações precárias de higiene.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora tenha sido uma prática comum de todos os tempos, o aborto sempre foi visto com “maus olhos” e incriminado por muitas legislações, mesmo, em épocas remotas, sendo considerado um assunto de caráter exclusivamente da família.

Há mais de quatro mil anos, todos os códigos jurídicos já condenavam o aborto. Todavia, através da história, essa temática já passou por extremos no que diz respeito à repressão, sendo liberado ou punido, castigado ou abolido, e, em alguns casos, castigos seguidos de mortes.

O Código de Hamurabi (2235-2242 a.C) já apresentava disposições repressivas sobre o aborto, no entanto, sua principal preocupação era punir aqueles praticados por terceiros.

O livro de Êxodo da Lei Hebraica 1000 a.C, já previa que se qualquer homem durante uma briga espancasse uma mulher grávida e fosse causa de que ocorresse o aborto, mas ficando ela com a vida, o culpado seria punido conforme o que lhe impusesse seu marido e o arbítrio social. No entanto, se ela morresse daria vida por vida. Neste caso, o condenado seria aquele que provocou o aborto com violência, sujeitando-se assim ao prejuízo econômico que foi feito ao marido da vítima.

No Direito Romano, o aborto não era reputado como crime, pois o feto era considerado como parte integrante do corpo da mulher, podendo ela dispor arbitrariamente dele. Só havia punição se o aborto causasse a morte da mulher ou atingisse a sua saúde, nesse caso era tratado como crime contra a mulher.

Na Grécia antiga, Hipócrates, Sólon e Ligurco também condenavam o aborto, porém, contrário a este pensamento, Aristóteles preconizava o aborto como um método eficaz de reduzir os nascimentos e estabilizar as populações das cidades gregas, ou seja, uma forma de controlar o excesso populacional, enquanto Platão prescrevia o aborto as mulheres com mais de 40 anos, também, como contenção do aumento populacional e por motivos eugênicos.

Há pouquíssimas referências sobre o aborto na Bíblia Sagrada. No Novo Testamento não há alusão alguma, apenas uma única no Velho Testamento, no capítulo 21 e versículos 22 a 25 do livro do Êxodo:

Se os homens brigarem e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida e ela abortar sem maiores danos, estes serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido que pagarão diante do juiz. Mas, se houver danos urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, queimadura por queimadura, golpe por golpe.

Para quase todas as religiões, o aborto é considerado uma conduta inadequada e criminosa, pois se enfatiza o aborto como a morte de um ser humano, por isso algumas a tratam com extremo rigor, outras como infração de pequeno potencial ofensivo, muito embora o antigo direito canônico fizesse distinção entre feto animado (com alma) e feto inanimado (sem alma), conforme defendia o filósofo Aristóteles que o feto masculino só passava a ter alma quarenta dias após a concepção e o feminino oitenta dias depois dela. Foi apenas em 1869 que o catolicismo aboliu esta distinção.

Enquanto isso os protestantes, liderados por Lutero e Calvino, discordavam completamente desta teoria da alma, passando assim, a partir do século XIX a tolerar o aborto mais do que os católicos, afirmando terem uma visão mais liberal da Bíblia.

Os muçulmanos também condenaram o aborto, em seu alcorão está explícito que o não nascido não poderia ser morto, pois “Deus é quem dá a vida e a morte”.

No Brasil, o tema aborto já era tratado no Código Criminal do Império (1860) no capítulo dos crimes contra a segurança das pessoas e da vida, nos artigos 199 e 200. Neste caso, não havia pena prevista para os casos de morte nem se referiam ao aborto necessário.

A matéria passou a ser tratada de maneira mais ampla e aprofundada no Código Penal Republicano (1890) aonde mostrava-se uma preocupação em dar efetiva proteção a gestante, abrandando-se a pena quando a vítima fosse apenas o feto, previa-se a redução da pena para as mulheres que praticassem o auto-aborto visando ocultar desonra própria.

Atualmente, a conduta de aborto esta tipificada pelo Código Penal Brasileiro de 1940 entre os artigos 124 e 127 onde trata-se de um crime contra a vida.

5. O CRIME DE ABORTO E A LEGISLAÇÃO PENAL

Sabe-se que o crime de aborto é tratado em nosso Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Título I, Capítulo I, em sua parte especial, nos Crimes contra a vida, nos artigos 124 ao 128 que trata, respectivamente, do auto aborto, aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, aborto provocado por terceiros com o consentimento da gestante, da forma qualificada, do aborto necessário e do aborto sentimental.

Neste Código, não se encontra a definição de aborto, uma vez que o que interessa ao Direito Penal é a criminalização do ato, já que são as condutas ilegais que colocam em risco bens jurídicos que foram definidos pela sociedade como valiosos e que, por isso, merecem proteção pelas vias do Direito Penal.

O Código deixa claro a punição do aborto praticado tanto pela gestante quanto por terceiros, com ou sem o consentimento da mesma, tendo em vista que do artigo 124 ao 127 do Código Penal, somente existe um único bem tutelado: o direito à vida, do qual o feto é o titular.

Há ainda duas hipóteses permissivas que são consideradas como exceção pelo ordenamento jurídico-penal e que estão previstas no artigo 128, nestes casos que citaremos mais adiante o procedimento pode ser realizado por um médico sem a aplicação da sanção penal.

5.1. Aborto Criminoso

A legislação penal dispõe dos seguintes dispositivos referentes ao aborto criminoso:

Art 124 – *provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:*
Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos

Quando o aborto é provocado pela gestante ou com seu consentimento a conduta incriminadora prevista no art. 124 é a da gestante que pratica o auto-aborto ou que conscientemente consente que tal ato seja praticado, provocando a morte do nascituro, trata-se, portanto, de um crime de mão própria, pois se exige uma condição especial: estar grávida.

Neste caso, o bem jurídico protegido é a vida intrauterina, mesmo que muitos doutrinadores afirmem que neste estágio não existe a pessoa propriamente dita, mas ainda em desenvolvimento, a nossa Constituição Federal assegura a este ser ainda em formação o mais alto grau de proteção, defendendo suas potencialidades desde o momento da concepção.

Sendo assim, o sujeito ativo é a própria mulher gestante enquanto que o sujeito passivo é o embrião ou feto ainda em fase de desenvolvimento no útero materno. O núcleo da conduta típica é “provocar aborto”, logo qualquer conduta dolosa, realizada pela gestante para por fim a gravidez submete-se ao tipo incriminador.

O código também prevê aborto provocado sem o consentimento da gestante, conforme se observa no artigo abaixo:

***Art 125** – provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.*

No caso do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, é considerado conforme afirma Fernando Capez (2005, p.119), a forma mais gravosa de aborto, a que merece maior reprovabilidade por parte do ordenamento jurídico. Desta feita, a ausência do consentimento da vítima é elementar do tipo penal previsto no art. 125 do CP.

A ausência do consentimento da gestante pode dividir-se em duas correntes: a falta de consentimento real (quando a gestante não manifesta a sua vontade porque está diante de uma fraude, grave ameaça ou violência real) ou a falta de consentimento presumido (quando a sua manifestação de vontade para efeitos jurídicos é considerada nula, devido a sua condição especial: ser gestante menor de 14 anos ou ser gestante alienada ou débil mental).

Neste caso, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo pode ser tanto o nascituro quanto a gestante que foi submetida a fazer algo contra a sua vontade. O objeto jurídico protegido pela lei penal é a vida do feto e a integridade física e a liberdade da gestante, o elemento subjetivo é o dolo, uma vez que houve a vontade livre e consciente de provocar o aborto na gestante, gerando assim a morte do nascituro.

Ainda há situações em que o aborto é provocado por terceiros com o consentimento da gestante, conforme se observa no dispositivo abaixo.

Art 126 – *provocar aborto com o consentimento da gestante:*
Pena- reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo Único: *Aplica-se a pena nos artigos anterior se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.*

Esse tipo penal incriminador previsto no artigo 126 revela a possibilidade na qual a gestante se une há terceiros para livre e conscientemente realizarem manobras visando interromper a gestação.

Trata-se de um crime plurissubjetivo ou de concurso necessário, todavia, a teoria monista adotada pelo Código Penal Brasileiro defende que cada um dos sujeitos ativos responda por delitos autônomos. O sujeito ativo é a própria gestante e qualquer outra pessoa enquanto que o sujeito passivo é o feto ou embrião ainda em desenvolvimento. Sendo a vida intrauterina o bem jurídico protegido pelo tipo penal. Este crime é, portanto, doloso não existindo a modalidade culposa.

Diante dessas situações, o aborto é considerado um ato ilegal pelo nosso ordenamento jurídico, por isso sua conduta acarreta punições. Todavia, essas penas podem ser aumentadas de um terço caso haja lesão corporal de natureza grave, podendo ser duplicadas se houver morte, conforme reitera o artigo abaixo.

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-los, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas, se por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.*

Sendo assim, o aborto é um crime doloso, não admite a forma culposa, pois o agente tem a intenção de interromper a gestação provocando a morte do feto, ou seja, ele assume o risco de produzir tal resultado. Todavia, é atípica a conduta da gestante ou terceiro que por negligência, imprudência ou imperícia acabe provocando um aborto.

Este artigo prevê hipóteses de crimes qualificados pelo resultado, demonstrando assim sua natureza preterdolosa, para isso é necessário a prova da gravidez. Como se trata de um crime doloso contra a vida é julgado pela sociedade, através do Tribunal do Júri.

5.2 . Aborto legal

O ordenamento jurídico-penal traz, ainda, em seu esboço duas causas especiais de exclusão de ilicitude, as quais tiveram o seu nascedouro na Constituição Federal, uma vez que esta tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nesse viés, o dispositivo 128 do Código Penal prevê duas hipóteses permissivas: o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez por estupro, mas comumente conhecido como aborto sentimental.

Embora o aborto praticado nessas circunstâncias constitua fato típico, não se configura crime pelo fato de serem hipóteses previstas em nossa legislação penal, precisamente no artigo citado abaixo.

Art 128 – Não se pune o aborto

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.

Observa-se, neste caso, que independentemente da modalidade seja ele sentimental ou terapêutico, essa excluyente só é aplicável quando o procedimento é realizado por um médico, ou seja, outro indivíduo que o fizer estará cometendo um crime.

Esse procedimento leva em consideração a própria saúde da mulher, uma vez que será praticado por um profissional habilitado que, com segurança, interromperá a gravidez sem prejudicar a integridade física da gestante.

Quanto ao aborto necessário ou terapêutico, é preciso estar atentos a dois requisitos básicos presentes no texto jurídico: que a vida da gestante precisa estar em perigo devido à gravidez e que não exista outro meio de salvar sua vida, ou seja, essas justificativas têm como principal causa o estado de necessidade. Diante disso, o ordenamento busca proteger os dois bens, qual seja a vida do feto e a vida da mãe. Neste sentido, abre-se mão de uma para se proteger a outra. Neste caso,

A lei penal, portanto, escolheu a vida da gestante ao invés da vida do feto. Quando estamos diante do confronto de bens protegidos pela lei penal, estamos também, como regra, diante da situação de estado de necessidade, desde que presentes todos os seus requisitos, elencados no art. 24 do Código Penal. (GRECO, 2011, pág. 236)

Neste contexto, a lei fundamenta-se no princípio da dignidade humana o qual busca proteger não só a vida do feto, mas da mãe, já que sua vida está em risco eminente de morte por causa da gestação. Assim sendo, não há em que se falar de autorização judicial para a prática do aborto, pois o médico está legalmente autorizado a tal.

Já o aborto humanitário, também conhecido como sentimental, ético ou piedoso, se justifica pela própria natureza do fato, pois a mulher que sofreu a violência tem direito à proteção estatal e, por isso, ela pode decidir pelo aborto, essa permissão é consentida mediante três requisitos: ser praticado por médico, consentimento da gestante ou do seu representante legal e a gravidez dá-se mediante a prática de estupro. Para tanto, MASSON (2016, pág. 99) reitera que,

É imprescindível o consentimento válido da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz, pois somente ela tem conhecimento da dimensão da rejeição que possui contra o feto.

O ato de “provocar aborto” diante desta situação se torna um ato antijurídico, tendo em vista que seria muito desumano obrigar uma mulher a continuar abrigando em seu ventre um ser que foi fruto de uma situação vexatória e desonrosa, o que a causaria uma triste recordação dolorosa da violência sofrida. Por isso,

Em nome da dignidade da pessoa humana, no caso da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente”. (NUCCI, 2008, pág. 620)

O Estado não pode impor a mulher de abrigar em seu ventre um filho que é resultado de um coito vaginal de extrema violência, em virtude dos danos psicológicos que isso poderá lhe acarretar.

Mesmo assim para que se configure a hipótese de aborto humanitário e/ou necessário é preciso que a gestação tenha sido decorrida de estupro e que seja em concordância da vítima ou de seu representante legal.

A lei não exige nenhuma forma de autorização judicial, processos ou sentença condenatória para o autor, ficando assim a interrupção a critério do médico que agirá mediante a comprovação idônea do atentado sexual.

Diante disso, não há punibilidade para esses casos elencados porque a conduta é amplamente aceita pelo nosso próprio ordenamento jurídico, abre-se, portanto, um precedente para preservar a vida e a dignidade de um ser, neste caso, a mãe.

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe. (NUCCI, 2008, pág. 619)

Desta feita, o direito permite que se abra mão de uma vida para resguardar a outra, por isso estas excepcionalidades são tratadas sob o manto do direito penal como sendo especial.

5.3. O Aborto e a Lei das Contravenções Penais

O aborto também pode ser instigado através da venda, publicidade ou aquisição de objeto que tenha como finalidade a provocação do aborto, neste caso “anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto” não se configura como crime, mas como uma contravenção penal que está prevista no art. 20 do Decreto Lei 3.688/1941.

6. DEFINIÇÃO SOBRE O INÍCIO DA VIDA E A TUTELA DA LEI PENAL

É notório que o nosso ordenamento jurídico se preocupou em proteger tanto a vida da mãe quanto a do feto que foi gerado em seu ventre, todavia, faz-se necessário enfatizarmos em que momento e a partir de quando se dá essa proteção, ou seja, compreendermos do ponto de vista jurídico aonde se inicia a vida e a partir de quando se principia a tutela por parte da lei penal.

Partindo dessa premissa, GODINHO (2009, pág.3) traz uma referência muito importante sobre o sentido desta proteção.

Proteger a vida não significa somente o direito à vida. Se assim fosse, atendendo o que o âmbito pessoal deste direito implica a determinação de sua titularidade, apenas significaria a proteção das vidas a quem pudesse ser atribuída essa titularidade, logo, vidas nascidas. Mas significa mais. Significa proteger o bem ou valor vida humana. E este bem ou valor inclui não só a vida das pessoas vivas já nascidas, como a vida pré-natal.

Nesse contexto, o bem jurídico a se tutelado é a vida do ser humano que está em formação, independente do seu estágio, protege-se a vida intrauterina para que este ser possa se desenvolver bem e nascer.

O Código Civil de 2002, em seu art. 2º, afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Não obstante, o nosso Código Penal bem como a Constituição Federal não definem, com precisão, o momento exato em que deve se iniciar essa proteção, porém, ambas buscam, de forma igualitária, estabelecer esta tutela.

Sabe-se que, no âmbito civil, o Brasil adota a teoria natalista onde o nascituro tem apenas uma mera expectativa de direito, mas que sua personalidade jurídica só se inicia através do nascimento com vida.

No âmbito Penal, essa proteção se dá no momento em que se reconhece o embrião como uma pessoa viva. Existem, portanto, duas correntes de cunho jurídico que reconhecem o início da proteção à vida: uma defende que a vida se inicia no momento da concepção e a outra após a nidação, momento em que ocorre a fixação do óvulo fecundado na parede do útero materno. Para MASSON (2016, pág. 83),

É com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquela em que se inicia o processo de parto, pois a partir de então o crime será de homicídio ou infanticídio.

Do ponto de vista biológico, a concepção já estabelece um direito à proteção, pois subentende-se que é através deste processo que inicia-se a existência de uma vida humana individual, já que o processo de formação é um ato contínuo. Todavia, GRECO (2011, pág. 224) explica que,

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.

Percebe-se com isso, que a vida é o que estabelece o termo inicial para a proteção da vida, sem ela não haverá a possibilidade de tutela por parte do ordenamento jurídico-penal.

7. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO JURIDICO-PENAL E SOCIAL

É perceptível que os progressos científicos avançam muito mais rápido do que as ciências jurídicas, causando com isso grande impacto nas normas e, conseqüentemente, na sociedade que fica a mercê de uma solução plausível para os problemas sociais. A questão do aborto é hoje um dos temas mais polêmicos porque acaba por envolver questões de cunho social, religioso, econômico e jurídico.

É necessário, portanto, atentarmos para dois viés, pois de um lado existem as correntes pró-aborto alegando e exigindo os direitos que a mulher deve ter sobre o seu próprio corpo, enquanto que do outro existe um ordenamento que sugere uma proteção à vida intrauterina ao mesmo tempo em que impõe uma sanção mediante práticas criminosas de aborto.

Em consequência disso, a descriminalização do aborto tem sido um assunto extremamente polêmico e vem sendo discutido frequentemente por nossos representantes políticos, religiosos, sociólogos, juristas, dentre outros, uma vez que mesmo o aborto estando tipificado em nosso ordenamento jurídico-penal como conduta criminosa, sua eficácia é ainda duvidosa, pois esses fatos continuam a se repetir com muita frequência.

Isso ocorre porque as jurisprudências atuais afrouxam cada vez mais essa proteção à vida intrauterina, permitindo aos poucos a deliberação do aborto. Por esse motivo, faz-se necessário analisarmos algumas decisões que vêm modificando este olhar mais atento para um bem que é juridicamente tutelado e que, frequentemente, vem sendo questionado.

Como já vimos anteriormente, o direito brasileiro não contempla oficialmente uma regra permissiva para o aborto nos casos em que restam comprovados deformidades físicas ou psíquicas, não havendo para isso uma autorização explícita do aborto eugênico, entretanto, algumas decisões têm se consolidado no âmbito jurisprudencial, mediante casos de incompatibilidade de vida extrauterina.

Mesmo assim, o Direito Penal se preocupa e insiste, portanto, em proteger a vida em qualquer de suas circunstâncias, é o que afirma HUNGRIA (1953, pág. 37).

É suficiente a vida. Não importa o grau de capacidade de viver. Igualmente não importam para a existência do crime, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou valor social da vítima. Varão ou mulher, ariano ou judeu, parisiense ou zulu, brâmane ou pária, santo ou bandido, homem de gênio ou idiota, todos representam vidas humanas.

É mister enfatizar que em todos os âmbitos jurídicos, quer seja ele penal, civil ou constitucional, a vida é sempre o maior fundamento a ser resguardado, no entanto, não podemos ignorar o fato de nosso Código Penal ter sido escrito há tanto tempo, tornando-se, muitas das vezes, obsoleto em relação às mudanças ocorridas em nossa sociedade atual. Neste sentido, algumas implicações têm surgido para contestar a existência e (in) eficácia do nosso ordenamento jurídico-penal no que diz respeito à criminalização do aborto em certas situações.

Consideremos, portanto, alguns posicionamentos e decisões que trazem à tona novas discussões no âmbito jurídico.

7.1. Casos de anencefalia e decisão do STF

Segundo MASSON (2016, pág. 101), anencefalia é a malformação rara do tubo neural acontecida entre a 16ª e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de um defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Diante dessa definição, o Conselho Federal de Medicina (CFM) considera um anencéfalo como natimorto cerebral. Há pouco tempo, o Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 54) decidiu através de uma interpretação, em consonância com a Constituição, a possibilidade de aborto dos fetos anencefálicos sob o prisma de ter sido cientificamente provado a impossibilidade de vida extrauterina do feto.

Assim sendo, o STF não permitiu o aborto, mas sim a antecipação do parto em razão da anencefalia, fundamentando sua decisão no princípio da dignidade humana para que a mãe fosse poupada da postergação do sofrimento, uma vez que um feto anencéfalo não apresenta sequer a probabilidade de sobrevivência. Contudo, a gestante não está obrigada a retirar o feto, mas caso o desejo não será punida por isto.

No julgamento da ADPF 54/DF, ajuizada pelo CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 11 de abril de 2012, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incs I e II, do Código Penal. Desta forma, a Corte reconheceu o direito da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia, previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. (MASSON, 2016, pág. 103)

Essa prerrogativa se dá porque restou comprovado que o anencéfalo é considerado um natimorto cerebral, o que lhe impede de se tornar pessoa. Por esse motivo, sua conduta não é típica nem permite sanção por parte do Código Penal, uma vez que não existe possibilidade de sobrevivência do feto. É o que demonstra a decisão abaixo.

TJ-RJ - HABEAS CORPUS : HC 00051824520128190000 RJ 0005182-45.2012.8.19.0000

EMENTA: AÇÃO CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA FETAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO IMPETRADO, AO ARGUMENTO DE FALTA DE AMPARO LEGAL. CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE CABIMENTO DE HABEAS CORPUS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL. ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RESTRIÇÃO DE LEGE FERENDA. INTERPRETAÇÃO AMPLA DO CABIMENTO DO WRIT PARA SALVAGUARDAR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA NORMA INCRIMINADORA. RISCO À LIBERDADE AMBULATORIAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APONTADA ILEGALIDADE DIANTE DA DECISÃO FUNDAMENTADA DE FORMA INSUFICIENTE. PÓS-POSITIVISMO. APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS, COMO DECORRÊNCIA DA REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO (DECRETO-LEI Nº 4657/42) E DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE APRECIÇÃO DA PRETENSÃO DA REQUERENTE PELO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (PREÂMBULO, ARTIGOS 1º, INCISO III; 3º, INCISO I; 5º, CAPUT E INCISOS III E VI; 6º; 196; 226, § 7º). LIMINAR PARCIALMENTE REFERENDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF Nº 54 DETERMINANDO A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS SOBRE O TEMA. ARTIGO 5º, § 3º DA LEI Nº 9882/99. URGÊNCIA NAS DECISÕES ENVOLVENDO AUTORIZAÇÕES JUDICIAIS PARA INTERRUÇÃO DE GESTAÇÕES DE FETOS ANENCÉFALOS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. BREVE RESUMO DA ADPF Nº 54/94. CONSIDERAÇÕES TÉCNICO-CIENTÍFICAS SOBRE ANENCEFALIA. NOVA

REDAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO DE PENAL, PROPOSTA E JÁ APROVADA PELA COMISSÃO DE JURISTAS INSTITUÍDA PELO SENADO FEDERAL PARA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. DENIFICAÇÃO MÉDICA DE ANENCEFALIA. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS SOBRE O ABORTO. ABORTO NO DIREITO COMPARADO. PROJETOS DE LEI NO BRASIL. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA. PRECEDENTES DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERSIDADE DE FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DO WRIT. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EQUIPARAÇÃO DA ANENCEFALIA AO CONCEITO DE MORTE ENCEFÁLICA PARA FINS DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS (LEI Nº 9434/97). DIVERGÊNCIA DA LITERATURA MÉDICA A RESPEITO DO TEMA, EM RAZÃO DO FUNCIONAMENTO DO TRONCO CEREBRAL DO FETO ANENCÉFALO. INCOMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE VIDA ADOTADO PELO DIREITO CIVIL. INSUFICIÊNCIA DO FUNDAMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. LIÇÕES DA DOUTRINA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. CONGRUÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO. ABORTO TERAPÊUTICO E ABORTO SENTIMENTAL. PREVALÊNCIA DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA, PSÍQUICA, MORAL E SOCIAL DA GESTANTE QUE DEVE SER ESTENDIDA À HIPÓTESE DE ANENCEFALIA, PORQUE INVIÁVEL A VIDA EXTRAUTERINA. EXCULPANTES PENAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. PROIBIÇÃO DE SUBMISSÃO A TORTURA, TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

Na época em que esta decisão sobre a interrupção terapêutica do parto foi formalizada, a anencefalia era quase uma exceção, hoje mediante o estudo mais aprofundado da Medicina e da evolução tecnológica dos aparelhos utilizados em ultrassonografias é possível se detectar outras anomalias graves e patologias que também inviabilizam a vida do nascituro fora do ventre da mãe, podemos citar como exemplos: os fetos portadores de agenesia renal bilateral, holoprosencefalia em fetos ciclopes e aberrações cromossômicas graves com malformação cardíacas e cerebrais múltiplas, dentre outras síndromes que estão sendo analisadas.

Diante disso, limitarmos a questão da autorização de interrupção da gravidez apenas aos casos de anencefalia seria desumano e inadequado, pois casos analogicamente semelhantes seriam excluídos desse processo permissivo.

Observa-se que essa decisão abriu precedentes para outras solicitações de autorização de antecipação do parto.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO - INDICAÇÃO MÉDICA - FETO COM SÍNDROME DE PATAU - REQUERIMENTO DOS PAIS - DIREITO DA MULHER - APLICAÇÃO ANALÓGICA, NOS TERMOS DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO

CÓDIGO CIVIL DO ART. 128, I E II, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO PROVIDO. *Se há nos autos documentos que comprovam que se o feto sobreviver ao parto, sobreviverá por poucas horas ou poucos dias (fl. 68), a sua incolumidade não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher, que devem ser preservados em razão da exclusão da ilicitude, por aplicação do art. 128, I e II, do CP, por analogia in bonam partem. (Ap 103570/2013, DES. JURACY PERSIANI, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 11/09/2013, Publicado no DJE 17/09/2013)*

A Síndrome acima citada, também é considerada como fenótipo de malformações graves do sistema nervoso central, o que delimita, de forma vegetativa, a vida do neonato, sendo assim, algumas decisões têm sido favorável em casos dessa natureza.

É indiscutível e absolutamente lícito que a gestante juntamente com sua família possam ter autonomia de decidir sobre querer manter ou não uma gestação diante de uma patologia com tal ordem de gravidade, porém sabe-se que esta questão não é consensual, pois há quem sustente a possibilidade de vida, mesmo que limitada, desses casos narrados.

Por outro lado, algumas correntes defendem que essas decisões incentivam ainda mais a denominada “cultura da morte”, uma vez que permite-se matar um ser que com toda a limitação poderia sobreviver.

Nesse mesmo sentido, o diagnóstico da síndrome de Edwards também subsidiou pedido de antecipação terapêutica do parto, mas sua solicitação foi indeferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

TJ-RS - Apelação Crime : ACR 70055089049 RS

Ementa: APELAÇÃO. PEDIDO DE INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO. FETO PORTADOR DA SÍNDROME DE EDWARDS. LAUDO MÉDICO APONTANDO POSSIBILIDADE DE VIDA FORA DO VENTRE MATERNO. GESTAÇÃO COM 33 SEMANAS. ABORTO EUGÊNICO. INADMISSIBILIDADE.

1. *Os apelantes buscam a reforma da decisão que indeferiu pedido de autorização judicial para proceder a interrupção da gravidez, alegando que a saúde da gestante está em risco, em razão de o feto apresentar a anomalia genética chamada Síndrome de Edwards ou trissomia do cromossomo 18, a qual lhe causa múltiplas malformações que o levarão a morte antes ou logo após o parto.*
2. *Quando comprovado que o feto não terá chances de conhecer a vida fora do útero materno, a interrupção da gestação merece ser judicialmente autorizada, tal como decidido nos autos da ADPF nº 54, pelo Pleno do STF.*
3. *Contudo, na presente hipótese, não se trata de feto anencéfalo, cuja vida extra-uterina, de forma unânime, na literatura médica, é dada como inviável, mas de*

possuidor de Síndrome de Edwards. Segundo o laudo médico juntado pelos autores, há possibilidade de vida fora do ventre, ainda que por "2 a 3 meses em média".

4. Também, o referido laudo não especifica quais os riscos concretos que a gestante apresenta para legitimar a prática da interrupção da gravidez, a qual poderia ser feita independente de autorização judicial, através do chamado aborto terapêutico (art. 128, I, do CP).

5. O mero abalo psicológico dos pais, que, evidentemente, é muito grande nesses casos, não autoriza, no nosso ordenamento jurídico, a prática do aborto. Inexiste permissão legal para o aborto eugênico.

6. Ainda, a gestação já conta com 33 semanas, ou seja, por volta de 8 meses. Nesse caso, sendo a técnica médica utilizada a simulação de parto normal, é possível que a criança nasça viva, tornando incabível a autorização pleiteada.

7. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055089049, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 26/06/2013)

Esse pedido foi refutado pelo ministro mediante o entendimento de que haveria sim a possibilidade de vida extrauterina, ainda que limitada. Em virtude dos casos mencionados acima, percebe-se que se há a possibilidade de sobrevivência, não se deve haver a interrupção do direito de nascer, por mais dolorosa que seja essa situação, tendo em vista que a sua permissão iria acabar por consolidar outras formas de interpretação e abriria inúmeros precedentes para casos de anomalias mais simples ou outras deficiências.

Sob esta ótica, o ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPPF 54 proferiu voto divergente por sustentar que a decisão favorável ao aborto dos fetos anencefálos traria à tona a possibilidade de tornar lícita a interrupção da gestação em qualquer embrião.

Embora essa concepção pareça egoísta, o entendimento do STF nos casos de anencefalia foi o suficiente para que houvesse um número crescente de pedidos de exclusão de ilicitude nos casos de abortos de fetos com distintas anomalias cromossômicas, desde as mais complexas as mais simples.

Ementa: RECURSO INOMINADO. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO TERAPÊUTICO. Pedido indeferido em primeiro grau. Risco de vida para a gestante não demonstrado. Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade. RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Petição Nº 70047133657, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 01/03/2012)

Observa-se, portanto, que em alguns casos há uma justificativa lógica e razoável para que se haja uma antecipação terapêutica do parto, inclusive a mãe tem todo o

direito de decidir diante de tais casos, uma vez que o princípio da dignidade humana defendida em nossa Constituição se estende também ao feto que está sendo gerado, pois não se deseja que ele apenas nasça, mas que tenha uma vida digna, sendo capaz de amar, sentir, viver...

Em contrapartida, as decisões aqui reiteradas, embora apoiadas cientificamente, demonstram o impacto e as implicações que vem sendo geradas no âmbito jurídico e social, pois revela o medo eminente de se estender esta permissão a outros casos de natureza distinta, correndo-se o risco de permite-se impedir o nascimento até mesmo daqueles que têm alguma perspectiva de vida, como é o caso da síndrome de Down.

A síndrome de Down também é uma espécie de malformação cromossômica, todavia há uma expectativa de vida e o feto se desenvolve normalmente possibilitando a vida saudável do nascituro, assim como outras malformações que não impedem a existência e convivência da criança no mundo.

É preciso, nestes casos, a análise crítica do legislador e a fundamentação médica para se distinguir até onde a antecipação do parto não deve se configurar como crime.

7.2. Decisão do STF sobre a permissão do aborto até o terceiro mês da gestação e outros casos

Recentemente, a Primeira Turma do STF proferiu uma decisão favorável sobre o aborto até o terceiro mês de gestação. Essa decisão entrou em pauta no dia 29 de novembro de 2016 no julgamento do Habeas Corpus 124.306/2016 e acabou por acender ainda mais os debates polêmicos sobre aborto.

Esse entendimento se deu mediante o julgamento da prisão preventiva de alguns denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto em clínicas clandestinas. A maior surpresa deste fato foi quando o ministro Luís Roberto Barroso em sua decisão deixou clara a sua aprovação quanto à legalização do aborto por entender que a criminalização é incompatível com diversos direitos fundamentais da mulher.

Nesse viés, outros ministros o acompanharam nesse entendimento e acabaram por não considerar crime a prática de abortar até os três primeiros meses de gestação. Vejamos ementa do acórdão.

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal - que tipificam o crime de aborto - para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. 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 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.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

(ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. *Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso.*

É indiscutível que o voto vista do ministro Barroso trouxe à tona a questão da descriminalização do aborto no Brasil, uma vez que ele cita que o abortamento até o primeiro trimestre de gestação viola os direitos inerentes à mulher, defendendo com isso outros bens jurídicos que lhe são violados como: a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, dentre outros.

Também é sabido que a questão referente ao início da vida não é consensual e que nem mesmo a ciência médica ou jurídica chegou a um denominador comum quanto a este tema. No entanto, a defesa para que o aborto fosse permitido até o terceiro mês da gravidez foi fundamentada na concepção de que até essa fase o embrião não está totalmente desenvolvido e que seu sistema nervoso central ainda está em processo de formação, podendo com isso a mulher escolher ou não pela sua expulsão ou remoção sem que aquele ser tão pequeno sentisse a menor dor pelo fato de não estar em total desenvolvimento.

Tal medida foi muito criticada e severamente reprovada por algumas correntes que defendem o direito de viver como fundamento primordial de todo o ordenamento jurídico.

É no mínimo um disparate que a Primeira Turma da Suprema Corte, que deveria ser a guardiã da Carta Magna, desconsidere um dos mandamentos constitucionais mais elementares de um Estado Democrático de Direito, a proteção do direito à vida humana. De forma incoerente, recentemente, houve uma decisão do STF, a ADI 4983[3], que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, em que o próprio relator do citado HC 124306, o ministro Luís Roberto Barroso votou pela inconstitucionalidade da lei cearense da vaquejada, por considerar esta dotada de práticas cruéis aos animais. Como pode um mesmo jurista proteger de forma eficiente os animais, mas desvalorizar a vida humana de modo tão negligente, permitindo algo muito pior, o assassinato legalizado de seres humanos em formação uterina, sob argumento de preponderar o direito à autonomia e o reprodutivo da mulher. (GARCIA, 2017, Pág. 06)

No entanto, para alguns profissionais e estudiosos do direito, essa decisão não é vista como autorização para abortar, até porque para haver a descriminalização da conduta aborto é necessária uma discussão no Congresso Nacional para se iniciar um processo de reforma no Código Penal vigente, mas sua permissão mesmo que pronunciada por apenas uma parte dos ministros do STF pode ter valor significativo nas

decisões jurisprudenciais em todo o país. Não resta dúvida que esta decisão pode ser consolidada como orientação para que outros juízes passem a ter o mesmo entendimento.

Em contrapartida, a decisão foi vista também como evolução e progresso, uma vez que afasta toda e qualquer ideologia filosófica ou religiosa impregnada durante séculos no manto jurídico.

Nesse sentido, a decisão traz razões práticas que afastam qualquer noção principiológica e moral acerca de se o aborto deve ou não ser permitido. O Estado, afastado das determinações absolutas sobre o certo e o errado, envereda para a eficácia social da lei. (LOURENÇO, 2016, pág. 08)

É nessa dualidade de concepções, que o Supremo Tribunal Federal busca equilibrar os efeitos que essa conduta proibitiva vem acarretando na vida de muitas mulheres, principalmente as das classes menos favorecidas.

Todavia, se por um lado essas decisões buscam um equilíbrio entre as leis e os avanços sociais, por outro possibilita um desequilíbrio no próprio sistema judiciário e legislativo, uma vez que fere o princípio da separação dos poderes.

Não compete ao STF a função de legislar, tendo em vista que para se consolidar essa decisão seria necessário um amplo debate democrático no âmbito do Congresso Nacional, órgão incumbido constitucionalmente para tanto e eleito pelo povo, com a participação de diversos setores da sociedade, convocando-se audiências públicas para que pudessem ser ouvidas diversas opiniões e estudos científicos sobre o assunto.

Ora, se o Código Penal impõe uma sanção nos casos tipificados em nosso ordenamento jurídico-penal, cabe ao STF respeitar e não ir de encontro às normas já consolidadas, antes de uma reformulação do Código. Isso reduz a força da punição, uma vez que suscita uma série de questionamentos sobre a própria existência do crime e abre precedentes para deliberação do aborto.

Nesse sentido, já se encontra em pauta na Corte o tema aborto em caso de contaminação da mãe com o vírus da Zika, onde configura-se, também, a possibilidade de interrupção de gravidez em casos de contaminação com o vírus Zika. Essa discussão vai analisar a possibilidade abortiva destes fetos, com bases nas alegações que este vírus leva a gestante a desfechos adversos, com alterações neurológicas ou morte fetal. Acredita-se que a proliferação do mosquito expõe as mulheres a um risco e as leva a

uma gestação que tem como produto final uma criança que depois de nascida apresentará uma série de sequelas que exigirá cuidados e tratamentos ininterruptos.

8. O DIREITO AO ABORTO VERSUS O DIREITO À VIDA

Não é de hoje que se luta para descriminalizar o aborto, alegando-se, para isso, o direito de escolha da mulher sobre o seu próprio corpo. Desde 2005 que se discute a possibilidade de aprovação de um projeto de lei na Câmara dos deputados sob a denominação de Substitutivo do PL nº 1.135/91 o qual objetiva extinguir todos os artigos do Código Penal que definem o aborto como conduta típica e permitir a deliberação do aborto até a 12ª semana de gestação.

Hodiernamente, este assunto volta à tona e as discussões se estendem no âmbito jurídico, social, religioso, levando o Congresso Nacional bem como o Supremo Tribunal Federal (STF) a repensar certos conceitos, valores e questionamentos sobre a temática em questão. Por isso, a cada ano projetos são criados visando adaptar às leis aos princípios e necessidades do mundo atual. Entretanto, essas discussões têm gerado inúmeras repercussões na sociedade, uma vez que coloca em “cheque” um direito tão protegido pela nossa Carta Magna.

Existem hoje duas correntes que discutem sobre o tema aborto: uma que torce e defende a legalização do aborto fundamentado no princípio da dignidade humana e na liberdade que a mulher deve ter sobre o seu próprio corpo, aniquilando assim a intervenção do Estado nessa decisão e outra que defende a manutenção da conduta incriminadora no Código penal, baseado no princípio fundamental que estabelece o direito à vida como sendo a base principiológica do nosso ordenamento jurídico.

Isto posto, é possível destacar o conflito existente entre o princípio da dignidade humana da mulher gestante frente ao princípio do direito à vida e a dignidade do feto. Não se pode negar que nesta dualidade de ideias existem fortes ideologias ligadas a grupos filosóficos ou religiosos, uma vez que tanto os grupos ativistas como as religiões tentam influenciar nas decisões do Estado em relação ao aborto.

A luta pelo direito ao aborto no Brasil não é recente, muitos grupos feministas bem como outros movimentos sociais têm contestado a radicalização do Código Penal e a interferência do Estado no que diz respeito ao corpo feminino. Buscando através disso, a desvinculação da questão do aborto com as questões meramente religiosas, sob o argumento de que o Estado precisa posicionar-se de forma laica.

Nessa perspectiva, a defesa do direito ao aborto tem como argumento a questão da proteção à saúde da mulher, uma vez que as estatísticas comprovam a incidência de mortes de mulheres por abortos clandestinos. Nesse patamar, enfatiza-se a necessidade da legalização como meio de eliminar ou reduzir o índice de mortalidade de mulheres grávidas. É o que explicita BARSTED (1992, pág. 105),

A defesa do direito ao aborto teve como argumento, também, a questão da proteção à saúde da mulher. Sendo o aborto um dado da realidade, face às situações econômicas e sociais ou face a uma espécie de cultura feminina que inclui a prática do aborto na vivência do ciclo reprodutivo das mulheres, evidenciava-se a necessidade de fazer com que, através da legalização, as sequelas do aborto clandestino fossem eliminadas e a proteção à saúde da mulher fosse um valor maior do que a proteção a uma vida em potencial.

Sob esta ótica, não se pode ignorar o quanto o aborto pode causar malefícios tanto a saúde física quanto a mental da mulher, é o que podemos constatar através de fatos e dados relevantes sobre a prática em questão.

Recentemente, a Revista Superinteressante trouxe, no mês de janeiro de 2017, dados alarmantes sobre a prática abortiva, revelando que ocorrem mais de 1 milhão de abortos anualmente em nosso país, que cerca de 250 mil mulheres são internadas anualmente pelo SUS por complicações de abortos clandestinos e que os abortos inseguros são a quarta causa de morte materna no Brasil.

Nesse contexto, a corrente pró-aborto afirma que as mulheres devem ter o direito de dispor sobre o seu próprio corpo, decidindo sobre a manutenção ou não de sua gestação, sem, contudo, serem discriminadas. É baseado nesta realidade social que elas exigem uma mudança ou ampliação das leis para se alcançar igualdade e justiça nas decisões.

Já para a corrente contrária ao aborto, o direito a vida é algo indisponível e, por isso, deve ser preservada em toda a sua essência, independentemente de idade, cor ou raça. A proteção ofertada pelo nosso ordenamento jurídico nada mais é do que uma forma de salvaguardar um bem tão precioso que define o sentido de nossa própria existência. Segundo MORAIS (2002, Pág. 63 e 64),

A Constituição Federal garante 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. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal

proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Sob este prisma, a nossa Carta Magna consagrou o direito à vida como sendo primordial e essencial para continuidade da espécie humana, pois jamais haveria a perpetuação da humanidade se este fundamento não tivesse significado algum. Por esse motivo, a vida é um bem juridicamente tutelado pelo manto penal, uma vez que, através desta proteção, se estabelece o direito de nascer e de viver. Nesse aspecto, Maria Helena DINIZ defende que,

A vida é igual para todos os seres humanos. Como então se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular para consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição. Como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar na hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do aborto não seria uma incoerência do sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico de qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio seria superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar da escala de valores? A vida extrauterina teria um valor maior que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito à vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc... como se poderia falar em direitos humanos se não houver a preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer? (2006, pág. 89)

Diante do exposto, é possível perceber que a autora já previa que o direito à vida chegaria a ser um bem bastante questionado. Nesse sentido, uma boa parte da sociedade se posiciona contra o aborto, não só pela influência das ideologias religiosas, mas por enxergar a vida como algo intangível, de supremo valor.

Acredita-se que vivemos uma discrepância de valores onde seres inanimados são mais respeitados que o próprio ser humano. Proteger um animal ou uma floresta e permitir a destruição de um ser que está em formação seria um tanto contraditório.

No entanto, matar um inocente parece ser mais fácil que ajudá-lo a se desenvolver com dignidade, até porque o fato de não enxergarmos a dor sofrida pelo óvulo, feto ou embrião, no momento de sua expulsão, torna muito mais simples a sua

aceitação. Contudo, independentemente do seu tempo de existência, o ser que está em processo de formação deve ter o seu direito respeitado.

É indiscutível que o valor da vida humana não se mede pelo tamanho do seu corpo, mas pela própria relevância da sua essência, permitindo a continuidade da espécie humana, por isso a necessidade de assegurar-lhes o direito de não ter o seu processo vital interrompido. Sob esta ótica, LIMA (2011, pág. 43) afirma que,

A proteção constitucional da vida humana não se restringe à vida biológica. O ordenamento jurídico, ao tutelar a vida, impõe ao Estado o dever de proteção ampla. Importa o direito de ter assegurado o normal desenvolvimento intrauterino, de vir à luz com a vida, de estar vivo e não ser privado de viver, bem como ter a existência digna.

Nesse viés, acredita-se que conceder a permissão para destruir a vida de um ser que está em desenvolvimento, mesmo que em seu processo inicial, é promover o perpetuamento da morte de indefesos, sob o fato de que uma sociedade deve proteger à vida e não permitir que médicos a matem. Logo, para esses defensores, o aborto é um desrespeito à vida que está sendo gerada, uma subversão aos direitos humanos.

Contrariando a opinião dos grupos feministas, as pessoas que são contra o aborto alegam que a mulher não pode dispor sobre o seu próprio corpo quando dentro dela existe um ser com identidade própria, um humano em formação. Atentar contra esta vida seria o mesmo que praticar homicídio ou infanticídio.

A vida, independentemente de seu tempo, deve se protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando sua quantidade de tempo. (GRECO, 2011, pág. 223)

Sendo assim, o direito a vida é algo fundamental e inviolável, por isso deve continuar sendo protegido pelo Código Penal, uma vez que sua descriminalização não traria tantos benefícios como pregam os defensores da legalização.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É compreensível que o direito à vida opera dentro de um contexto de conflitos com outros direitos, no entanto, o seu valor se sobrepõe aos demais pelo fato de ser ele o fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico. Sem a vida não há o que se falar

em dignidade humana e não existe dignidade humana quando se atenta contra a vida, independentemente do estágio em que ela se encontra.

Não se pode negar que a gestante deve ter sua vida e saúde preservada, por esse motivo o próprio Código Penal estabelece situações em que a integridade física e psíquica da mulher seja preservada, sob o fundamento da dignidade humana, uma vez que tanto a gestante como o feto ou embrião necessita dessa tutela por parte do Estado.

É possível percebemos que os progressos científicos estão sempre a frente das ciências jurídicas e que para acompanhar esse ritmo o Supremo Tribunal Federal acaba deliberando sobre uma série de questões e interrogações impostas pela sociedade, através de demandas judiciais. No entanto, essas decisões, muitas das vezes, geram um grande impacto no âmbito social, acarretando assim a ineficácia de certas leis.

No que se refere ao aborto, podemos afirmar que estas decisões vêm surtindo efeitos colaterais, pois embora haja uma corrente feminista que luta pela sua legalização e defende a liberdade e autonomia do corpo feminino há também os que buscam incansavelmente defender a proteção do feto e o direito à vida. Neste choque de interesses, a sociedade vem desacreditando no poder judiciário como guardiões dos direitos fundamentais e essenciais para a vivência humana. Ora, se o direito à vida é um bem indisponível e protegido pelo Código Penal, não deve ser discutido e sim respeitado.

Claro, como em toda a regra existe a exceção, o aborto deve ser permitido sim nos casos elencados pelo próprio ordenamento jurídico-penal e nos casos em que reste comprovada a impossibilidade de vida extrauterina do feto. Não se trata de ser contra a dignidade da mulher gestante, mas sim salvaguardar o direito estabelecido pela nossa Carta Magna que é o direito de viver.

É indiscutível a necessidade de se estender o direito da mulher abortar mediante os casos de fetos anencéfalos ou com anomalias graves, comprovadas cientificamente sua impossibilidade de vida extrauterina. No entanto, abrir o leque de possibilidades para o abortamento até o primeiro trimestre de gestação é um tanto inconsistente, pois mesmo em seu estágio embrionário ser humano que está sendo formado já possui identidade própria desde o momento de sua fertilização, por isso é mais do que justo que essa identidade seja também legalmente reconhecida.

O fato de o aborto ser uma prática bastante difundida atualmente, não justifica sua legalização, uma vez que as leis têm o poder punitivo, mas também um caráter

educativo, sua mera permissão abriria um precedente para desvalorização da vida em seus múltiplos sentidos, ou seja, não é porque as pessoas matam com frequência que a conduta de homicídio deve ser descriminalizada, mas sim refutada com veemência, assim como toda e qualquer conduta que atente contra a vida de um ser humano.

Os dados alarmantes e as estatísticas sobre a prática abortiva no Brasil dizem respeito não só a questão jurídica, mas mostra uma falha do próprio sistema político-social que nosso país enfrenta, ou seja, a legalização do aborto ou a permissão dada através de algumas decisões jurisprudenciais não modificará a forma de pensar das pessoas, nem tampouco resolverá as questões de saúde pública, uma vez que nossa infraestrutura de um país subdesenvolvido não abarcará tamanha demanda que surgirá com a sua permissão.

Preocupa-se tanto em proteger a dignidade humana da mulher sob a alegação de que esta deve ter domínio sobre o seu próprio corpo que se esquecem de que o feto ou embrião embora seja biologicamente dependente da gestante, possui um DNA próprio e atentar contra a sua possibilidade de nascer seria violar um fundamento que se sobrepõe aos demais por sua tamanha valoração.

Alega-se, ainda, a possibilidade de redução no número de mortes por mulheres em clínicas clandestinas, no entanto, em relação aos problemas de saúde que o aborto provocado pode gerar na mãe, existe esse risco até mesmo quando a prática é legalizada, pois o método é invasivo e pode ter efeitos colaterais danosos à mãe, qualquer que seja a etapa da gestação.

Diante do exposto, é possível percebermos que muitas são as justificativas não plausíveis, algumas até sem fundamento jurídico, no entanto cabe-se discutir a importância dos dispositivos referenciados em nosso Código Penal para evitar a destruição de crianças indefesas e inocentes, pois o ser que aguarda ansiosamente para nascer e que está cada dia se formando no ventre da mulher não pode e nem deve ser responsabilizado por uma atitude impensada ou por uma simples decisão ou escolha.

Concordar com a destruição de fetos até o terceiro mês de vida é algo incoerente, pois se todas as mulheres decidissem fazer abortos até o terceiro mês toda vez que engravidassem, a raça humana estaria fadada à extinção. Inaceitável é compreender que essa decisão partiu justamente de quem deve resguardar os direitos fundamentais da nossa Constituição.

Não se trata simplesmente de ser contra ou a favor do aborto, uma vez que estes fatos se referem a nossa realidade brasileira, no entanto, não podemos concordar que destruindo a vida de um ser tão ingênuo e inocente resolveremos a problemática do aborto no Brasil, até porque tenho minhas dúvidas que nosso país esteja realmente preparado para lidar com questões tão delicadas como esta. Nossa estrutura educacional e física é muito diferente de países desenvolvidos onde as pessoas têm certo grau de maturidade e consciência. É preciso ter muita sensibilidade para saber que um feto é um ser vivo que tem identidade própria e que não pode ser simplesmente retirado e jogado por ai.

Por isso, em virtude dos fatos mencionados, se faz necessário repensarmos a humanidade da criança não nascida, desde os mais embrionários estágios da vida. Se posicionar a favor do aborto significa aceitar a morte de crianças inocentes. Sendo assim, a vida humana do nascituro é um direito fundamental que não pode ficar fora do manto da proteção penal, sob pena de sua absoluta ineficácia.

Nesse contexto, as decisões jurisprudenciais vêm acarretando certo impacto na sociedade, uma vez que desestabiliza o direito de nascer e conseqüentemente de viver, tornando assim todos os demais direitos ineficazes, ainda assim a reincidência da permissão para o aborto pode acarretar a banalização do direito à vida, sendo desnecessária a sua imposição ou aplicação de sanção, uma vez que o Supremo Tribunal Federal vem desconsiderando sua eficácia, abrindo, com isso, precedentes para mais autorização judicial. Todavia, a oficialização nada resolve, pelo contrário sua legalização acarretaria numa série de problemas sociais, econômicos e jurídicos.

Por ser o aborto considerado um fenômeno de ordem social, faz-se necessário a análise de políticas públicas mais consistentes, que visem atender aos grupos desassistidos, permitindo-lhes o acesso as suas necessidades mais elementares. É preciso que o Estado volte mais a atenção com os cuidados básicos referentes à saúde da mulher tanto no sentido reprodutivo quanto no sentido de orientação e conscientização sexual para assim combater a iniquidade e à injustiça. Investir em educação e saúde é muito mais proveitoso e menos dispendioso que investir milhões para reformular ou mudar leis que já existem. Apoiar tal ideia seria retroceder e não avançar.

ABSTRACT

The central theme of this work is abortion and its treatment in the Brazilian Penal Code. The research in question aims to portray the impact that jurisprudential decisions have had on our criminal legal order and its consequent implications in the social context. Although the criminal law aims to curb the practice of the criminal conduct of abortion, current jurisprudence has been favorable to its legalization, bringing as a consequence several questions and debates around human life. In the Democratic State of Law, the human person must be protected by the State from the very first moment of its existence, taking into account the permission of the abortive practice only in cases of extreme necessity in which science proves the impossibility of human life. However, some currents defend the maintenance or revocation of the criminal conduct of abortion in the Brazilian Penal Code. For this, it is necessary to emphasize the right to life as the basic foundation of the entire legal system, being essential for the continuity of the human species.

Keywords: abortion. Penal legislation. Right to life.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. **Legalização e descriminalização: 10 anos de luta feminista**. Rio de Janeiro: FESP, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal: parte especial**. V.2. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Luis Renato. **Aborto**. Disponível em: <http://www.geocities.com/juristantum2000/med3.htm>. Acesso em: 22 de março de 2017 às 13:40h.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 8 ed. Ver. Ampl. e atual. Salvador: JusPODIUM, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOCKERY, David S. **Manual Bíblico Vida Nova**. Trad. De Lucy Yamakami, Hans Udo Fuchs, Robinson Malkomes. São Paulo: Edições Vida Nova, 2001.

GARCIA, Keila Lacerda de O. M. **Comentários ao Habeas Corpus 124.306/2016: decisão da primeira turma do STF que considerou o aborto até o terceiro mês de gestação atípico**. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-habeas-corpus-1243062016-decisao-da-primeira-turma-do-stf-que-considerou-o-aborto-ate-o-terceir,57788.html>. Acesso em 12 de março de 2017 às 14:20h.

GODINHO, Inês Fernandes. **Problemas Jurídico-penais em torno da vida humana**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

GOMES, Márcia Pelissari. **O aborto perante a legislação pátria.** 2006. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1094>. Acesso em 20 de março de 2017 às 14:40h.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte especial.** Vol. II. 8 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21570407/peticao-pet-70047133657-rs-tjrs?ref=juris-tabs>. Acesso em 25 de março de 2017 às 18:20h.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal.** V.5. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal.** 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOURENÇO, Ricardo Alves Barreira. **O tamanho do Estado na questão do aborto: A decisão do HC 124.306 sobre a descriminalização do aborto.** 2016. Disponível em: <http://www.aconstituicao.com.br/2016/12/15/o-tamanho-do-estado-na-questao-do-aborto-a-decisao-do-hc-124-306-sobre-a-descriminalizacao-do-aborto/>. Acesso em 12 de março de 2017 às 13:30h.

LIMA, Carolina Alves Souza de. **Aborto e Anencefalia: Direitos fundamentais em colisão.** Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Angela C.C; COPELLI, Maria Angela G. **Repertório de Jurisprudência de direito penal e processo penal.** 4 ed. Ver. Atual. E Ampl. São Paulo: Pempier Máxima, 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial.** Vol2. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MATIELO, Fabrício Zamprona. **Aborto e Direito Penal.** Porto Alegre: Sagra, DC Luzzatto, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal. Parte especial.** V.2. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral.** V.1, 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Gilberto Gomes. **Abortamento.** Disponível em WWW.meac.uc.br/obstetricia/manual_meac/abortamento.pdf. Acesso em 10 de março de 2017 às 18:00h.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais.** Dissertação. Porto Alegre: Faculdade de Direito, PUC, 2006.