

ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA VISÃO JURÍDICO PENAL¹

ABORTION IN BRAZILIAN LEGISLATION: A CRIMINAL LEGAL VIEW

Marcos Vinícius Amorim Nery²
Karina Donizete Martins³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da prática do aborto sob uma visão jurídico penal, atendendo ao objetivo geral voltado para uma abordagem crítica dos posicionamentos religiosos, jurídicos e do tratamento que o problema recebe do poder público. Foi realizada revisão de literatura através do método indutivo. Há uma preocupação constante com os resultados recentes de pesquisas brasileiras sobre complicações após aborto, que indicam um crescente aumento no número desses eventos, além de registrarem uma alta incidência dos mesmos entre adolescentes. Trata-se de tema polêmico que traz uma discussão sobre o direito individual, quando somos indagados se o aborto é ou não um direito da mulher, o debate jurídico na doutrina penal, aspectos desumanos da falência do Estado frente aos graves problemas educacional e hospitalar, além dos dogmas religiosos, entre outros. O trabalho versará sobre os pontos mais relevantes do aborto, sua evolução histórica, aspectos jurídicos penais, morais e religiosos que cercam o tema, de maneira sempre atual e polêmica, bem como suscitará a opinião dos diversos autores sobre a necessidade de uma atualização na Lei Brasileira que rege o instituto em tela.

Palavras-chave: Aborto; Visão Jurídico Penal; Legislação.

Data de aprovação: 26 nov. 2021.

INTRODUÇÃO

O Aborto no Brasil é um tema de grande complexidade, pois o que é o aborto em si?

A palavra aborto vem do latim *abortus*, que, por sua vez, deriva do termo *aborior*. Este conceito é usado para fazer referência ao oposto de *orior*, isto é, o contrário de nascer. Como tal, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Ano 2021.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Redenção-PA, novembro de 2021. Email: araguaianery@gmail.com.

³ Docente do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Redenção-PA, novembro de 2021. Email: karina.martins@fesar.edu.br.

gestação ainda não tenha chegado às vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro.

A questão do aborto revela-se polêmica e complexa, pois ao contrapor os direitos da gestante aos do feto, necessariamente traz à discussão os aspectos sociais, políticos, religiosos, éticos e jurídicos que se mostram inerentes ao tema. Excetuando-se os primórdios da sociedade, a vida humana sempre mereceu a tutela jurídica, por tratar-se do único bem maior que o ser humano possui e do qual derivam todos os demais.

Ao pesquisar sobre o aborto, percebe-se que a maior parte da literatura e dos textos doutrinários que tratam do assunto posiciona-se fortemente na defesa dos direitos do feto e, portanto, contrários à prática do aborto, colocando o interesse da mulher gestante em plano secundário. Este trabalho monográfico, ao procurar refletir sobre o direito da mulher em dispor de seu corpo de forma consciente, não pretende desconsiderar o direito do feto à vida, e muito menos, esgotar a discussão de tão polêmico tema, mas sim tentar demonstrar, sob outro ponto de vista, o direito da mulher de decidir, de forma voluntária e livre de condenações, sobre o momento adequado de assumir a responsabilidade da reprodução.

Objetiva-se compreender a prática do aborto sob uma visão histórica e jurídico penal, voltado para uma abordagem crítica dos posicionamentos religiosos, jurídicos e do tratamento que o problema recebe do poder público. De forma específica, objetiva-se analisar o porquê muitas mulheres recorrem ao aborto; a Legalidade do aborto no Brasil; o aborto ilegal e suas consequências.

Assim questiona-se: O que é o aborto em si? Qual a importância que devemos dar ao aborto, instituto em questão? O que diz a legislação penal pátria a respeito do aborto?

O aborto é um tema de certa forma muito polêmico, pois estamos tratando de uma vida dentro de uma pessoa, uma dádiva considerando até mesmo um presente de Deus, analisando os preceitos bíblicos, que não deve ficar de fora do nosso tema, pois nossa Constituição diz em

seu preâmbulo, “promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”¹, ou seja, como pode uma pessoa querer tirar a vida de outra?

É um tema muito polêmico mesmo, porque se for analisar dessa forma, seria, sim, tirar uma vida, mas analisando por outro lado, um casal, onde sua esposa é estuprada e deste estupro ela venha gerar um feto, onde a criança não seria uma situação boa para a família, seria um trauma para toda a sua vida ao ver aquela criança, que infelizmente, o feto que está dentro da mãe, não teria culpa nenhuma pelo crime ocorrido em si.

Como se pode perceber, o fato acima exposto é uma situação criteriosa para que seja um motivo plausível para o aborto e ao mesmo tempo complicado, pois entra em conflito com a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Busca-se demonstrar mais exemplos para analisar os prós e contras do aborto, condições em que são aceitáveis e as não-aceitáveis.

METODOLOGIA

A elaboração deste trabalho seguiu o método indutivo de pesquisa já que parte da análise de princípios, normas e da observação dos fatos objetivando alcançar um fundamento comum e uma explicação única ao tema.

Ademais, o presente trabalho lastrou-se num referencial bibliográfico específico, expresso em livros, artigos, revistas, revisão de textos capturados na internet, procurando extrair dos mesmos novos enfoques que levem a uma reflexão objetiva sobre a prática do aborto, discutindo a necessidade de uma atualização na lei brasileira, visando a legalização, numa perspectiva de justiça social e na consolidação do processo democrático.

DEFINIÇÕES E CONCEITO DO ABORTO

A denominação aborto vem do latim “aboriri” e significa “separar do lugar adequado”. Métodos abortivos datam do século XXVIII a.C, tendo sido descoberto na China. “Esta prática

foi empregada e condenada pelos antigos hindus que o assimilavam ao homicídio e ao infanticídio, ao mesmo tempo em que declaravam impura a mulher que provocava auto-aborto”².

Aristóteles chegou a esclarecer que o marco central para se praticar o aborto seria até o momento em que o feto não possuísse vida nem tão pouca animação, ou seja, fosse inanimado. Particularmente, “a lei das cidades de Atenas e Tebas punia aqueles que provocassem o aborto pelo fato de estarem praticando violência contra mulher grávida, condicionando a esta situação, o não consentimento da gestante”³.

Sabemos que o Direito Canônico define aborto como sendo a "*ejectio foetus humani immaturi ex utero matris*" (expulsar do seio materno o feto humano imaturo). No antigo Direito Romano o aborto não era punido, já que o embrião era considerado como *mulieris portio vel viscerum*⁴.

Sempre presente em toda a história dos Homens, o aborto vem se apresentando como uma das práticas que apresenta a maior diversidade em seu tratamento. “Em certas épocas e países não é punido, revestindo-se de assunto de carácter estritamente familiar. Noutras épocas e em outros povos, é duramente castigado, às vezes até com a pena de morte”⁵.

Sabe-se que na Grécia Antiga o aborto era muito frequente, sobretudo entre as meretrizes. Em Roma, a prática também era comum, visto que a mulher tinha liberdade de dispor livremente de seu corpo. A exagerada depravação dos costumes, todavia, fez com que Sétimo Severo (aproximadamente no ano 200 d.C) cominasse pena capital à mulher casada que praticasse o feticídio, entendendo-se esta prática como uma ofensa ao direito do marido à prole esperada. Ressalte-se que a mulher *nubile iuris sui* podia livremente abortar⁵.

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois

reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre concepção e o início do parto (conceitos estes definidos no crime de infanticídio), pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio⁶.

Precedentes Históricos

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas⁴ e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio⁴.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela. O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante. Finalmente, o Código Penal de 1941 tipificou as figuras do aborto provocado (CP art. 124, a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP art. 125, o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP art. 126, o aborto é realizado por terceiro com o

consentimento da gestante)⁶.

Bem Juridicamente Protegido e Objeto

O delito de aborto encontra-se no Capítulo I do Título I do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo com a sua própria situação topográfica, “o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento”⁷.

O bem jurídico atingido pela ação do aborto é a vida humana. A ação abortiva terá relevância penal se atingir o nascituro (embrião ou feto) com vida, havendo a interrupção por ação humana, da gestação intra-uterina, constitui-se crime⁸.

No caso de auto-aborto, o feto ou embrião é o titular do único bem jurídico protegido pela norma legal. Já nos casos de aborto praticado por terceiro, o bem jurídico atingido é a pessoa humana, a gestante, sua integridade física ou psíquica, como valor juridicamente protegível. Assim, sendo o bem jurídico que se busca proteger é a vida e o aborto contra o bem jurídico pela vida intra uterina⁹.

O objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto, razão pela qual o aborto poderá ser considerado ovular (se cometido até os dois primeiros meses da gravidez), embrionário (praticado no terceiro ou quarto mês de gravidez) e por último, fetal (quando o produto da concepção já atingiu os cinco meses de vida intra-uterina e daí em diante)¹⁰.

Pena, Ação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Ao crime de auto-aborto, ou mesmo na hipótese da gestante consentir que nela seja realizado o aborto (art. 124 do CP), foi cominada uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Nos casos de aborto provocado por terceiro, para aqueles que o realizam sem o consentimento da gestante a pena será de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos; se o delito é

cometido com o consentimento da gestante, a pena será de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos¹⁰.

A ação penal, para a modalidade do aborto, é de iniciativa pública incondicionada em casos graves e seguida de morte, onde o Ministério Público inicia a ação penal, ou instaure e solicite o inquérito policial¹¹.

A suspensão condicional do processo e a transação penal foram criadas pela Lei n. 9.099/1995, institutos despenalizadores, evitando as penas privativas de liberdade de curta duração. A suspensão condicional do processo previsto no art. 89, é um instituto de natureza mista que suspende a ação penal, sem instrução, interrogatórios, depoimentos, sentença, etc.¹².

Da Natureza Jurídica

No auto-aborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É a preservação da vida humana intra-uterina. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante. Na hipótese de embriões mantidos fora do útero, em laboratório, há um vácuo na legislação. Sua limitação não configura aborto, uma vez que não se trata de vida intra-uterina (o feto está fora do útero), e o Direito Penal não admite analogia em norma incriminadora, nem homicídio, pois o embrião não pode ser considerado pessoa humana⁶.

Como também não se trata de coisa, não se pode falar em crime de dano, razão pela qual o fato é atípico.

Causas de Aumento de Pena

Por uma impropriedade técnica, a rubrica constante do art. 127 do Código Penal anuncia: forma qualificada. Na verdade, percebe-se que no mencionado artigo não existem

qualificadoras, mas sim causas especiais de aumento de pena, ou majorantes, conforme se verifica na redação, que diz:

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 morte¹⁰.

Ainda merece destaque, na redação contida no art. 127 do Código Penal, o fato de que somente terá aplicação a majorante nas hipóteses de aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Como “a autolesão não é punível, à gestante que, realizando o auto-aborto vier a causar em si mesma lesão corporal de natureza grave, não se aplicará a causa de aumento de pena”¹⁰.

As causas para o aumento de pena no delito de aborto ocorre se a gestante sofre lesão corporal de natureza grave como consequência dos meios empregados para provocá-lo, sendo assim aumentada a pena em um terço e duplicada se a gestante sobreviver¹¹.

Tipos e Espécies de Aborto

Podem ocorrer determinadas situações de aborto legal no ordenamento jurídico brasileiro, quando há risco de vida da gestante ou quando a gravidez for fruto de estupro. O Código Penal dispõe em seu artigo 128:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
 Aborto necessário
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal¹³.

O art. 128 do CP ainda prevê duas modalidades de aborto que pode ocorrer com a autorização da lei: “a) aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo) e b) aborto sentimental, humanitário ou ético”¹⁰.

Aborto criminoso é “o ato que ocorre de forma intencional (provocado), com ou sem consentimento da gestante”. “O crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo,

gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo”⁷.

Espécies de Aborto Criminoso Provocado Pela Gestante ou com seu Consentimento

O art. 124 tipifica duas condutas: com a primeira, ela mesma provoca o abortamento; com a segunda, consente que terceiro lho provoque. Trata-se, nas duas modalidades, de crime de mão própria, isto é, que somente a gestante pode realizar⁷.

Como qualquer crime de mão própria, admite a participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o auto-aborto como a consentir que terceiro lho provoque. Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como co-autor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do art. 126⁷.

A conduta típica, com efeito, no auto-aborto, consiste em provocar o aborto em si mesma, isto é, interromper a sua própria gestação; mas a gestante pode praticar o mesmo crime por meio de outra conduta, qual seja, a de consentir que outrem lhe provoque o aborto. Nesta segunda figura, consentir no aborto exigem-se dois elementos: “a) consentimento da gestante; b) execução do aborto por terceiro”⁷.

A mulher que consente no aborto incidirá nas mesmas penas do auto-aborto, isto é, como se tivesse provocado o aborto em si mesma, nos termos do art. 124 do CP. A mulher que consente no próprio aborto e, na sequência, auxilia decisivamente nas manobras abortivas pratica um só crime, pois provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado⁷.

A segunda figura do art. 124 – consentir que lhe provoquem o aborto – encerra dois crimes: um para a gestante que consente (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126). Em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentindo não se aplica o disposto no caput do art. 29 do CP. “Quem provocar aborto

com consentimento da gestante não será co-autor do crime capitulado no art. 124, a despeito do preceito do art. 29 do CP, mas responderá pelo delito previsto no art. 126¹³.

O desvalor do consentimento da gestante é menor que o desvalor da ação abortiva do terceiro que, concretamente, age. Consentir merece determinado grau de censura, ao passo que executar a conduta consentida, definida como crime de aborto, recebe uma censurabilidade bem mais elevada, pois implica a comissão do aborto criminalizado: a conduta da primeira assemelha-se à conivência, embora não possa ser adjetivada de omissiva, enquanto a do segundo é comissiva⁷.

Convém destacar que o aborto consentido (art. 124, par. 2) e o aborto consensual (art. 126) são crimes de concurso necessário, pois exigem a participação de duas pessoas: a gestante e o terceiro realizador do aborto, e a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto⁷.

Classificação Doutrinária

Trata-se de crime de mão própria (no auto aborto e no consentido), que somente a gestante pode praticar; crime comum, de dano, material, instantâneo e doloso⁷.

Crime Impossível

Haverá crime impossível quando a mãe, supondo-a viva, pratica o fato com a criança já morta. Não existirá crime, igualmente, quando a criança nasce morta e a mãe, com auxílio de alguém, procura desfazer-se do cadáver abandonando-o em lugar ermo. “Crime próprio, de dano, material, comissivo ou omissivo, instantâneo, doloso”⁷.

Estaremos diante de crime impossível quando o meio empregado para a provocação do aborto foi absolutamente inidôneo, ou seja, que não tenha a potencialidade para causar a morte como no caso de ingerir medicamentos. Não há previsão da modalidade culposa. “Se

eventualmente decorrer a morte, proveniente de culpa, o agente deverá ser punido por homicídio culposo”⁷.

Questões Especiais

Benzedeiras (crenças populares, rezas, despachos e similares) não são idôneas para provocar o aborto e caracterizam crime impossível por absoluta ineficácia do meio (art. 17 do CP). Só há crime quando o aborto é provocado: se for espontâneo, não existe crime. Se os peritos não podem afirmar, por exemplo, que o aborto foi provocado, não há certeza da existência de crime, e sem tal certeza, não se pode falar em aborto criminoso⁷.

O núcleo dos tipos é o verbo provocar, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como “em si mesma”, “sem o consentimento da gestante” e “com consentimento da gestante”, determinarão a espécie de aborto, além da particular figura “consentir”, que complementa o crime próprio ao lado do auto-aborto. Haverá crime impossível quando a mãe pratica o fato e o feto já está morto⁷.

E para finalizar, ilustramos recortes da jurisprudência, como é a decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PEDIDO DE ABORTO. 1. A coleta do sangue para a realização do exame de DNA pode ser feita no momento da interrupção da gravidez ou no momento do parto, não se mostrando recomendável adotar procedimentos agressivos ao feto, antes do nascimento. 2. Diante do tempo de gestação, não se mostra recomendável nem indicada a interrupção da gravidez pretendida, visto que maiores seriam os prejuízos em detrimento dos benefícios, razão pela qual merece ser mantida a determinação de que seja realizado o exame pericial, mas no momento próprio. 3. Destaco que merece proteção o interesse da adolescente em ter uma vida saudável, tanto quanto o do nascituro em viver, conforme os arts. 227 da Constituição Federal e 4º da Lei 8.069/90. 4. O fato de existir e de permanecer vivo, enquanto as funções biológicas permitirem, constitui direito natural inalienável de todo o ser humano e é, em si mesmo, o ponto de partida para todos os demais direitos que o ordenamento jurídico possa conceber. Recurso desprovido¹³.

Os conflitos e os dilemas que circundam o aborto voluntário continuam a palpitar na pós-modernidade, exigindo que o debate seja amplamente pautado.

Situação Atual em Defesa do Aborto

A situação das clínicas

Segundo a Organização Mundial de Saúde¹⁴, o número de casos de gravidez não intencional ou indesejada é estimado em 87 milhões por ano em todo o planeta. Mais da metade dessas mulheres (46 milhões por ano) recorre ao aborto induzido, sendo que 18 milhões o fazem sem condições de segurança.

No Brasil, a OMS estima que 31% dos casos de gravidez terminam em abortamento (quase três em cada dez mulheres grávidas abortam). Já conforme estimativas levantadas com base em dados do SIH-SUS, todos os anos ocorrem cerca de 1,4 milhões de abortamentos espontâneos e ou inseguros, com uma taxa de 3,7 abortos para 100 mulheres de 15 a 49 anos¹³. A maioria dos casos ocorre entre a classe média, no Nordeste e no Sudeste do país e com mulheres que já tem filhos. O abortamento é a quarta causa de óbito materno no país¹⁵.

As formas de aborto (clandestino) são diversas: em clínicas clandestinas, com o uso de medicamentos (geralmente com venda proibida e comprados clandestinamente), através de supostas parteiras, com um profissional médico legalizado de confiança, ou alegando suposto estupro, entre outras formas¹⁵.

Em todo o Brasil milhares de clínicas clandestinas (ou não), praticam o aborto. O aborto é uma realidade porque é uma necessidade para muitas mulheres. É uma necessidade porque nenhum método anticoncepcional é 100% seguro e a gravidez indesejada pode acontecer. Uma pesquisa do Instituto do Coração da Universidade de São Paulo levantou um número espantoso. Entre 1995 e 2007, a curetagem depois do procedimento de aborto foi a cirurgia mais realizada pelo SUS: 3,1 milhões de registros. Outra pesquisa, conduzida pela Universidade de Brasília durante o ano de 2009, mostra que passa de cinco milhões o número de mulheres brasileiras que já abortaram¹¹.

A maioria das clínicas (clandestinas) funciona em ritmo industrial, atendendo dezenas de mulheres por dia e cobrando valores que vão desde R\$ 500 até R\$ 7.000 reais. Em sua maioria são mantidas por profissionais sem qualificação e que por funcionarem em locais disfarçados e com equipamentos sem esterilização alguma não tem condições de garantir a vida da mulher após o procedimento¹⁶.

O processo utilizado para realizar o aborto na maioria dessas clínicas de abortos ilegais é conhecido como sucção. Nesse processo após o colo do útero ser amplamente dilatado, um tubo especial é inserido seguido de uma violenta aspiração (29 vezes mais poderosa que a de um aspirador de pó comum) que suga o bebê para dentro de um recipiente. As vítimas de complicações de aborto (clandestino) acabam tendo que ser socorridas pelo sistema de saúde público, o que gera um enorme custo para o sistema de saúde como um todo. E segundo o próprio Sistema, o perfil das mulheres que já fizeram aborto clandestino e que procuraram o serviço público para tratamento (pós-aborto) é, na grande maioria de mulher jovem, pobre, católica, em união estável e já com filhos, sendo que a maioria dos abortos ocorre no Nordeste e Sudeste do Brasil¹⁷.

A falência e omissão do Estado

Ao evidenciar a magnitude do fenômeno no Brasil e a diversidade das mulheres que recorrem a um aborto, a pesquisa explicita a ineficácia da restritiva legislação brasileira atualmente em vigor.

A falência do Estado em oferecer às mulheres uma política conseqüente, de modo a enfrentar esta situação, é mais uma vez demonstrada. A criminalização não evita o procedimento, reitera desigualdades sociais, levando uma parcela importante de mulheres a práticas inseguras¹⁸.

O aborto é uma questão de saúde pública. Mas sendo legalizado ou não, o aborto no século XIX tornou-se uma prática muito vulgar. As crises econômicas contribuem grandemente para a diminuição da natalidade. O governo não investe em planejamento familiar, não existem

campanhas para tal assunto, e os médicos, graças a uma tendência capitalista, induzem as mulheres a usarem um método anticoncepcional, e estes ao falharem são substituídos pelo aborto¹⁸.

Quando o Estado não oferece a possibilidade (legal) de a mulher abortar, conseqüentemente está induzindo-a ao aborto clandestino, uma vez que esta mulher não quer ou não pode ter a criança. Impõe ainda, o ônus por mortes de mulheres que procuram o aborto clandestino, pelos maus-tratos de crianças, por crimes cometidos por indivíduos frustrados que deveriam ter sido abortados, pela perda da liberdade da população ao se sentir coibida por elementos rejeitados e não abortados¹⁹.

A proposta de uma política em saúde pública que vise intervir no angustiante número de óbitos por abortos clandestinos deve, antes de tudo, comportar uma educação para a sexualidade humana, medidas preventivas e uma adequada política de planejamento familiar, além do tratamento humanizado que toda mulher grávida e que não pode ter seu filho necessita¹⁵.

A defesa do aborto

A atual lei do aborto é ineficaz, desigualitária e criminosa. As mulheres não deixam de abortar mesmo sendo ilegal, mas sim porque os métodos contraceptivos são ineficazes, e quando estes mesmos falharem, a culpa não pode ser atribuída ao casal, e por isso a lei não pode punir a mulher em questão. A proibição do aborto incentiva a existência de milhares de clínicas clandestinas. Porém, os debates sobre a legalização do aborto não devem se restringir as discussões teológicas, morais ou éticas, mas ao exame dos aspectos jurídicos e políticos que envolvem¹⁶.

Observa-se que, mesmo o aborto sendo criminalizado, isso não impede sua prática na clandestinidade e argumenta que sua penalização se dá por influência da religião e por outros

interesses lucrativos que enfatizam a perversidade da ação. Não cabe ao Estado definir o início da vida, uma vez que nem a ciência conseguiu fazê-lo. Além disso, de acordo com a ex-desembargadora, as anomalias fetais graves, a exemplo da anencefalia, não devem ser consideradas abortos. A solução jurídica seria a inclusão de um permissivo legal sobre essa questão no Código Penal Brasileiro¹⁵.

O Procurador Regional da República do Rio de Janeiro e professor de Direito ilustra na mesma direção, em seu artigo "Legalização do aborto e Constituição", um panorama das leis sobre o aborto em várias nações, argumentando que o Brasil deveria partilhar da solução adotada por grande parte dos países europeus que legalizaram a realização do aborto voluntário no primeiro trimestre da gestação. Observa que esses mesmos países também criaram mecanismos extrapenais para evitar a banalização do aborto, a exemplo do planejamento familiar, da educação sexual e de uma rede de proteção social para as mulheres. Argumenta que não somente a Constituição, mas também a racionalidade e a moral indicam a urgência de uma reformulação das leis brasileiras no que diz respeito ao aborto²⁰.

Na continuação, o juiz gaúcho reflete sobre o direito ao aborto a partir dos argumentos de ordem pública válidos no mundo jurídico. Para tanto, recorre-se ao conteúdo de conferências internacionais, como a Conferência Mundial sobre Populações e Desenvolvimento (Cairo, 1994) e a IV Conferência Mundial da Mulher (Beijing, 1995), e também a decisões de organismos internacionais de solução de conflitos, demonstrando a necessidade de uma mudança urgente na legislação para garantir a proteção integral dos direitos humanos das mulheres, pois, segundo o autor, “uma parcela significativa dos juristas brasileiros tem ignorado a relevância dessas conferências”²¹.

Uma abordagem estritamente jurídica do tema aborto, tendo como foco a orientação jurisprudencial sobre ele. Argumenta que a questão do aborto não recebeu a devida atenção por parte dos operadores do Direito, o que compromete a capacidade desses profissionais de

enfrentar com profundidade tal assunto²¹.

Advogada integrante da Rede Feminista em Saúde e Direitos Reprodutivos, pontua alguns avanços significativos no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos das mulheres relativos aos seus direitos sexuais e reprodutivos, tanto no plano internacional como no nacional. Em seu texto intitulado "Descriminalização do aborto: um imperativo constitucional" ressalta que as recomendações das Conferências de Cairo e de Beijing refletem alguns desses avanços quando atribuem aos Estados a obrigação de reformular o tratamento dado ao aborto como um problema de saúde pública. Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu algumas condições essenciais para a reformulação do Código Penal Brasileiro, estando entre elas a não-incorporação da proteção da vida desde a concepção. Considera que a desigualdade de direitos impõe às mulheres ônus sociais e pessoais infinitamente maiores do que aqueles impostos aos homens e questiona “como o Estado controla a vida reprodutiva dos homens” perante o controle explícito da vida reprodutiva das mulheres²².

O aborto é tema que se localiza na fronteira entre a lei e o tabu. No Brasil, a descriminalização é assunto que vem sendo discutido desde a sua criminalização, na década de 40. A sociedade contemporânea já não comporta leis tão antigas, nem discussões religiosas; trata-se, assim, da necessidade, em especial, de oferecer assistência de saúde às mulheres, educação de qualidade, renda e planejamento familiar, e qualidade de vida, realidade social nem tão difícil de ser alcançada¹⁵. O que falta, acima de tudo, talvez seja bom senso!!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abortar é o ato de interromper a gravidez antes do bebê atingir a capacidade de viver fora do organismo da mãe. São várias as formas e métodos de aborto existentes atualmente, não só no Brasil, mas em todo o mundo. No Brasil, o aborto é considerado um crime contra a vida e está previsto no Código Penal. Existem apenas duas circunstâncias nas quais o aborto é

permitido: quando a mãe corre risco de vida ou quando a mulher foi vítima de estupro.

A lei do aborto se justifica na Constituição Federal que estabelece o direito à vida desde a concepção. E também no Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe que políticas públicas devem se efetivar para permitir o nascimento.

Nossos Tribunais, na atual sistemática, têm sido chamados a autorizar a realização de aborto nas duas situações em que a legislação considera lícita tal conduta, embora apontem os doutrinadores para a desnecessidade de tal proceder judicial. Ante a não exigência do pedido judicial de autorização, caberá ao médico, usando do bom senso, avaliar se deve ou não realizar o procedimento. Sabe-se que, na prática, os médicos costumam exigir o registro da ocorrência policial, como forma de se protegerem de eventuais demandas criminais.

A lei não exige a autorização judicial para a prática do aborto sentimental (art. 128, inciso II, do Código Penal). Justificada a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente.

O desconhecimento da desnecessidade de a mulher recorrer ao Judiciário, muitas vezes acaba por tornar inviável a realização do aborto, deixando para requerer pedido de alvará em tempo em que não mais se recomenda a prática abortiva.

O aborto continua a acontecer, na clandestinidade, para as mulheres de classes menos favorecidas. O trabalho de reversão da dura realidade que nos circunda não pode ser executado por setores isolados da saúde, da justiça, da área social ou mesmo política, exigindo cada vez mais ações transdisciplinares, preferencialmente de caráter preventivo, à luz da legislação, privilegiando o desenvolvimento de mecanismos que favoreçam a dignidade da vida em detrimento da morte desassistida.

Existem várias razões para a liberação do aborto tendo em vista que um país que não pode manter seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento; a ameaça penal é ineficaz

porque o aborto raramente é punido; a proibição leva a mulher a entregar-se a profissionais inescrupulosos; a mulher tem o direito de dispor de seu próprio corpo e nos casos de gestantes que mantêm sua gravidez e depois abandona seu filho em uma lata de lixo, pessoas assim não estão preparadas psicologicamente para dar vida a um ser.

Atualmente grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.
2. FERNANDES, P.S.L. **Aborto e infanticídio**. 3ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
3. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Forense, 2003. v. 7.
4. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1992.
5. SALZANO, Francisco M. **A Genética e a Lei**. São Paulo: T.A. Queiroz Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1993.
6. CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial**. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
7. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte especial São Paulo: Saraiva, 2018, v. 2.
8. LEAL, João José. **Breves anotações sobre a (ainda) incriminação do aborto**: divórcio entre o rigor da lei positiva e a prática judiciária descriminalizadora. Itajaí: UNIVALI, 2009.
9. MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. **O crime de aborto no Código Penal Português**. Algumas considerações. Coimbra, 1999.
10. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial (arts. 121 a 154 do CP). 6ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.
11. BARBOSA, Ana Beatriz. Aborto: abordagem do tipo penal e suas espécies. **Revista JusBrasil**. Publicado em 17 ago. 2015. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos/42070/aborto-abordagem-do-tipo-penal-e-suas-especies=br>. Acesso: 30 ago. 2021.
12. BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: JH Mizuno, 2006.

13. BRASIL. **Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2008.
14. OMS. Organização Mundial de Saúde. Gravidez não intencional. Publicado em 19 nov. 2009. Disponível em: <http://www.who.org.be>. Acesso: 15 ago. 2021.
15. DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental ao aborto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1641, 29 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10810>>. Acesso em: 12 ago. 2021.
16. THADEU, Sandra. Disputa eleitoral traz de volta a polêmica da legalização do aborto no Brasil. **Jornal A Tribuna**. Publicado em: 18 out 2010. Disponível em: <http://www.atribuna.com.br/noticias.asp?idnoticia=61133&idDepartamento=5&idCategoria=0>. Acesso: 22 ago. 2021.
17. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. Ciência saúde coletiva [online]. 2017, vol.22, n.2, pg. 653-660. ISSN 1413-8123. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653. Acesso: 01 nov. 2021.
18. NUNES, Maria José Rosado. **A realidade concreta do aborto**. Publicado em 28 mai 2010. Disponível em <http://www.rets.org.br/?q=node/526>. Acesso em 12 ago. 2021.
19. MEDEIROS, M.L.G. **Análise jurídica acerca da viabilidade de ampliação do sistema de aborto legal no Brasil**. Natal: UFRN, 2021. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vLdrZUuKSg0J:https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/44550/1/TCC%2520completo%2520final%2520-%2520Maria%2520Lu%25C3%25ADza%2520Galv%25C3%25A3o.docx.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br>. Acesso: 19 nov. 2021.
20. SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e constituição**. In: __ CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.), Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir - CDD, 2006. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 07 ago. 2021.
21. LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 185-201, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2021.
22. VENTURA, Miriam. Descriminalização do aborto: um imperativo constitucional. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

ABSTRACT

This study aims to analyze the practice of abortion from a criminal legal point of view, taking into account the general objective aimed at a critical approach to religious and legal positions and the treatment the problem receives from the public authorities. A literature review was performed using the inductive method. There is constant concern about the recent results of

Brazilian research on complications after abortion, which indicate a growing increase in the number of these events, in addition to recording a high incidence of them among adolescents. This is a controversial issue that brings a discussion about the individual right, when we are asked whether abortion is a woman's right or not, the legal debate in the penal doctrine, inhuman aspects of the State's bankruptcy in the face of serious educational and hospital problems, in addition to religious dogmas, among others. The work will deal with the most relevant aspects of abortion, its historical evolution, criminal, moral and religious legal aspects surrounding the topic, in an always current and controversial way, as well as raising the opinion of various authors on the need to update the Law Brazilian who governs the institute on screen.

Keywords: Abortion; Criminal Legal Vision; Legislation.