

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO**

**ABORTO, BEM JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ANELISE TESSARO**

**PORTO ALEGRE**

**2006**

**ANELISE TESSARO**

**ABORTO, BEM JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do curso de Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

PORTO ALEGRE  
2006

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T338a Tessaro, Anelise  
Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais / Anelise  
Tessaro. – Porto Alegre, 2006.  
127 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –  
Faculdade de Direito, PUCRS.  
Orientação: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de  
Souza.

1. Direito Penal. 2. Aborto (Direito). 3. Reprodução  
Humana – Aspectos Legais. 4. Descriminalização.  
I. Título.

**CDD 341.55621**

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

**TERMO DE APROVAÇÃO****ANELISE TESSARO****ABORTO, BEM JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Porto Alegre, 21 de dezembro de 2006.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Presidente: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza**

---

**Prof. Dr. César Roberto Bitencourt**

---

**Prof. Dr. Miguel Abib Adad (FFFCMPA/CEJBF)**

*À meus pais, por tudo;  
com amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Mara e Nelcir, o meu eterno agradecimento pelo apoio incondicional;

À minha família, em especial, minha irmã, Annye Cristiny e cunhado, Victor Carlson, pelo constante estímulo na redação deste trabalho;

À Prof. Dra. Ruth C. Gauer, coordenadora do Programa de Mestrado em Ciências Criminais, que com sua exigência e busca pela excelência do programa, instigou-me a buscar e apreciar novas áreas de conhecimento;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, que com suas sugestões e otimismo, estimulou-me a trabalhar com autonomia e ultrapassar os obstáculos que se apresentaram no decorrer deste trabalho;

Às amigas Luciana Hammes, Kelli Karloh, Grasiela Garret, Patrícia Pires, Viviane Cunha, Clarissa Coutinho e Maria Gabriela Picarelli, pelo incentivo constante, lembrando-me o verdadeiro significado da amizade,

À equipe da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, em especial, Caren e Patrícia, pelo auxílio incontinente,

Aos colegas de mestrado, em especial, Laura Swiderek, Mari Oni Andres e Gustavo Noronha de Ávila, com quem muito aprendi nesta jornada.

*A tolerância é o preço que temos de pagar por nossa aventura de liberdade. Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forçarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou por prudência.*

*Ronald Dworkin*

## RESUMO

Este trabalho identifica-se com a linha de pesquisa política criminal, Estado e limitação do poder punitivo, uma vez que objetiva restringir a incidência do direito penal, descriminalizando o aborto durante os três primeiros meses de gestação. Partindo do pressuposto que o direito à vida não possui caráter absoluto e axiológico superior aos demais direitos fundamentais, e considerando ser o princípio da dignidade humana o vetor de interpretação na otimização destes direitos, legitima-se a realização do aborto, desde que fundamentado num sistema que combine prazo e indicações. Desse modo, a conduta não seria punível durante as doze primeiras semanas de gestação, sendo que, após esse período, a licitude do aborto estaria condicionada a presença das causas específicas de justificação, ou melhor, indicações.

Palavras-chave: Aborto. Direito à vida. Bem jurídico-penal. Direitos reprodutivos. Descriminalização.



## **ABSTRACT**

This work identifies with the research line criminal politics, State and limitation of the punitive power, because it aims at restricting the incidence of the criminal law, legalizing the abortion during the first three months of gestation. Assuming that the right to the life does not possess an absolute character and its not the highest value among the other human rights, and considering that the principle of human dignity should be the path of interpretation of these rights, the abortion should be legalized as long as based on a system that combines deadline and recomendations. In that way, the conduct wouldn't be punished during the first twelve weeks of pregnancy. After this, the legality of the abortion would be conditional to the presence of specific recommendation.

**Key-words:** Abortion. Right to the life. Criminal Goods. Reproductive Rights. Legalization.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>p. 10</b>
<b>CAPÍTULO 01 ABORTO E INÍCIO DA VIDA HUMANA</b>	
1.1 Principais teorias sobre o início da vida humana	p. 13
1.1.1 Perspectiva concepcional	p. 14
1.1.2 Perspectiva biológico-evolutiva	p. 17
1.1.3 Perspectiva relacional	p. 20
1.2 Algumas questões sobre o debate religioso	p. 26
1.3 Tutela jurídica da vida humana dependente	p. 31
<b>CAPÍTULO 02 ABORTO LEGAL E CRIMINOSO</b>	
2.1 Referência histórica	p. 40
2.2 O aborto e suas classificações	p. 46
2.3 As causas de justificação previstas na legislação brasileira	p. 48
2.4 O aborto na legislação comparada	p. 56
<b>CAPÍTULO 03 ABORTO E BEM JURÍDICO-PENAL</b>	
3.1 Evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal	p. 62
3.2 Conceito e função do bem jurídico-penal	p. 68
3.3 Titularidade do bem jurídico-penal na interrupção voluntária da gravidez	p. 75
<b>CAPÍTULO 04 ABORTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
4.1 Direitos fundamentais em conflito e regras de harmonização	p. 85
4.2 Sistema de prazo e indicações como alternativa para descriminalizar o aborto	p.100
4.3 Análise do substitutivo do projeto de Lei nº 1.135/91, que estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez e assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde	p.110
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>p.115</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>p.121</b>
<b>ANEXO - Substitutivo do Projeto de Lei nº 1.135/91</b>	

## INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, objetivou-se realizar um estudo sobre os diversos aspectos que permeiam o debate sobre a interrupção voluntária da gravidez. Percebe-se, atualmente, que o aborto é responsável por 13% das mortes maternas no mundo, representando no Brasil a terceira causa de morte materna. Destarte, por integrar o grupo de países que possuem uma legislação restritiva ao aborto e que na sua totalidade representam 40% dos países do mundo, estimativas sugerem a realização de 238.000 à 1.008.000 abortos<sup>1</sup>, no período de 1999 à 2002. Em escala mundial, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, a legislação punitiva não impede que sejam realizados anualmente entre 42 e 50 milhões de abortos, metade deles ilegais e de risco.

Dentre os principais problemas decorrentes do aborto clandestino e inseguro, destacam-se a perfuração de útero, hemorragia e infecção (septicemia), que podem acarretar diferentes graus de lesão à saúde, seqüelas e morte. Nesse sentido, urge uma adequação da lei penal à situação social apresentada, permitindo que o problema da interrupção da gravidez, incluindo-se a gestação de feto com malformação grave e incurável, seja tratado pela mulher de forma consciente e esclarecida, sendo conferido à ela o direito ao livre exercício da maternidade, optando entre interromper ou levar a termo a gravidez.

Por conseguinte, estes dados revelam que a punição do aborto não impede que as mulheres o realizem. A manutenção da sua criminalização significa fechar os olhos à realidade, à discriminação, ao sofrimento e violação dos direitos fundamentais destas mulheres. Note-se que as conseqüências desastrosas dos

---

<sup>1</sup> Rede Feminista de Saúde, 2005, p.03.

abortos clandestinos deságuam no sistema público de saúde e já representam gastos significativos, os quais poderiam ser menores, na hipótese da legalização deste procedimento, se realizado por profissional habilitado e em ambiente hospitalar adequado.

Do ponto de vista de sua estrutura, a presente dissertação está composta de quatro capítulos.

No capítulo primeiro estão elencadas as principais teorias sobre o início da vida humana, abordando-se as perspectivas concepcional, biológico-evolutiva e, por fim, relacional. Ao lado disso, apresentam-se algumas questões suscitadas pelo aborto no debate religioso, finalizando o capítulo com a indicação dos meios de tutela jurídica do nascituro.

Por sua vez, o capítulo segundo entra na discussão sobre o aborto legal e criminoso. Além de fazer uma breve referência do tratamento conferido ao aborto no decorrer da história, indicam-se as principais classificações deste procedimento, bem como as causas de justificação previstas na legislação brasileira em vigor. Por fim, faz-se uma breve alusão à regulamentação do aborto na legislação estrangeira.

No capítulo terceiro, ao seu turno, a questão do aborto é enfrentada sob o prisma do bem jurídico-penal ofendido. Após ser traçada uma breve evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal, discorre-se sobre o conceito e função legitimadora que exerce no Direito Penal. Nesse contexto, o capítulo encerra abordando o tema da titularidade do bem jurídico-penal na interrupção voluntária da gravidez.

Por derradeiro, o capítulo quarto acrescenta o debate constitucional ao trabalho, tratando especificamente do tema aborto e direitos fundamentais. No tópico inicial estão elencados os direitos fundamentais em conflito na manutenção de uma gestação não desejada, ao mesmo tempo que traz à colação a principal teoria constitucional para harmonização dos direitos fundamentais em oposição. Destarte, com fundamento nos argumentos criminais e constitucionais levantados no decorrer deste trabalho, propõe-se no tópico seguinte um sistema combinando prazo e

indicações como alternativa para descriminalizar o aborto. Finalmente, procede-se à análise do substitutivo do projeto de Lei nº 1.135/91, que estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez e assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Em suma, justifica-se a escolha do tema por se tratar de uma questão social e de saúde pública, a qual afeta muitas mulheres em idade fértil, implicando em graves lesões aos seus direitos fundamentais, mormente os direitos à liberdade, autonomia, igualdade, saúde e dignidade. Destarte, na medida em que pretende demonstrar a licitude da descriminalização do aborto durante os três primeiros meses de gestação, o presente trabalho identifica-se com a linha de pesquisa política criminal, Estado e limitação do poder punitivo. Assim, é a partir destes enfoques que se espera estar colaborando para o desenvolvimento das pesquisas sobre este tema, servindo a mesma de subsídio para uma reforma na legislação penal, por meio de argumentos jurídico-constitucionais que viabilizem a descriminalização do aborto segundo o modelo de prazo e indicações, nos termos a seguir referidos.

## **CAPÍTULO 1 ABORTO E INÍCIO DA VIDA HUMANA**

### **1.1 Principais teorias sobre o início da vida humana**

Os novos recursos de diagnóstico pré-natal e o advento das técnicas de reprodução assistida trouxeram novo fôlego para as discussões sobre o momento em que se deve considerar existente a vida humana, inclusive no que se refere a sua proteção jurídico-penal. Isso porque, no que concerne ao diagnóstico pré-natal, atualmente é possível conhecer detalhadamente as etapas do desenvolvimento embrionário e fetal, inclusive com a detecção de anomalias que comprometam sua viabilidade extra-uterina. No tocante as técnicas de reprodução assistida, a sua principal contribuição para a discussão é o fato de ter desvinculado a fecundação da gestação, porquanto aquela pode ser realizada em laboratório e o embrião permanecer criopreservado por tempo indeterminado, até que seja implantado no organismo materno.

Nesse contexto, surgem muitos questionamentos de ordem biológica, os quais tampouco a ciência possui resposta satisfatória. Seria a vida um processo puramente biológico? Já existe um novo ser humano no zigoto? O embrião não implantado, produzido em laboratório, possui vida? Ou a vida humana tem seu início com a atividade cerebral? Ou, ao invés disso, afastando-se dos critérios puramente biológicos, a vida humana só seria reconhecível quando a mulher, por ato de vontade, confere ao embrião a qualidade de pessoa?

Até o momento, não existe consenso na ciência, filosofia ou religião, sobre qual o momento em que se inicia a vida. Destacam-se algumas posições majoritárias, tais como a fecundação, nidação ou o início da atividade cerebral, entretanto, todas elas são passíveis de questionamentos, traduzindo-se, não raras

vezes, num debate apaixonado baseado mais num ato de fé do que na razão. Em verdade, conforme afirma Romeo Casabona, “tratam-se mais de critérios valorativos do que resultado de comprovações biológicas; ou, dito de outra forma, são valorações da realidade biológica que são extrapoladas e transformadas em categorias ontológicas.”<sup>2</sup>

Entretanto, como observa Franco, para que “não se permaneça numa perplexidade imobilista, torna-se imprescindível que se separem, no processo de gravidez, algumas das mais significativas etapas de desenvolvimento biológico graduadas como início da atividade humana, submetendo-as a uma perspectiva crítica.”<sup>3</sup> Ademais, nesta análise “não se pode perder de vista o conceito de vida humana, não-biológico, mas cultural e ético, estabelecido a partir do compromisso relacional que a mulher estabelece para com o filho.”<sup>4</sup> Estas devem ser as premissas para um debate qualificado sobre o tema, sem a pretensão de conduzir a um consenso.

Vale assinalar que, em se tratando de um conceito essencialmente moral, de fato não existe possibilidade de acordo ou consenso, mas apenas de tolerância recíproca. Ferrajoli assevera que, neste caso, essa tolerância consiste em “reconhecer a ambas as concepções o caráter de legítimas posições morais, nenhuma das quais é desqualificável como ‘imoral’ só porque não compartilhada.” Para tanto, “isto equivale a não brandir contra nenhuma delas o Código Penal, como gostam de fazer, pretendendo impor a todos a sua moral, os defensores da punição do aborto.”<sup>5</sup>

Com este propósito, nos tópicos seguintes, destacam-se as principais teorias sobre o início da vida humana.

### **1.1.1 Perspectiva concepcional**

Os adeptos desta teoria acreditam que a vida humana é um processo instantâneo, a qual se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo

---

<sup>2</sup> Romeo Casabona, 1994, p.148.

<sup>3</sup> Franco, 2006, p.27.

<sup>4</sup> Franco, *idem, ibidem*.

<sup>5</sup> Ferrajoli, 2003, p.17.

espermatozóide, dando origem a uma realidade genética autônoma e diversa, qual seja, o zigoto. Esta perspectiva possui como principal argumento a potencialidade, ou seja, o fato do zigoto (ovo) trazer consigo a “capacidade de realizar seu destino humano”<sup>6</sup>, que se desenvolverá em fases sucessivas. Segundo este entendimento, “não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo.”<sup>7</sup>

De outro lado, outro argumento corrente entre os que defendem ser a fecundação o marco inicial da pessoa humana, é que o zigoto está vivo e possui patrimônio genético próprio da espécie humana. Sendo assim, por via de consequência, “o óvulo, fecundado pelo espermatozóide, seria, sob tal ângulo, uma pessoa.”<sup>8</sup>

Entretanto, não faltam críticas a este posicionamento. De acordo com Singer e Kushe, citados por Minahim, “ao se considerar a potência como motivo para uma tutela jurídica do jovem embrião, também os gametas mereceriam a mesma proteção, porque têm essa mesma potencialidade.”<sup>9</sup>

Da mesma forma, com relação a presença do código genético humano, isso não é uma particularidade exclusiva do zigoto, uma vez que qualquer célula do ser humano contém o patrimônio genético completo e individualizado de seu portador, sem que isso torne tal célula valiosa por si mesma. Ou seja, a única coisa que o argumento do código genético pode demonstrar é apenas a capacidade do embrião para ser pessoa no futuro. E sob esse ângulo, o zigoto não possui toda a informação genética para desencadear a embriogênese e vir a se tornar um ser humano, visto que seu potencial de capacidade informativa é adquirido com o tempo por interação de outras moléculas e sobretudo, com o intercâmbio de informações com a própria mãe.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Minahim, 2005, p.86.

<sup>7</sup> Minahim, *idem, ibidem*.

<sup>8</sup> Franco, *op.cit.*, p.29.

<sup>9</sup> Singer; Kushe *apud* Minahim, *idem, ibidem*.

<sup>10</sup> Romeo Casabona, 1994, p.149.



Outrossim, o embrião pode se dividir em dois ou mais embriões (gêmeos monozigóticos) até sua implantação na parede uterina, colocando em xeque esta teoria, uma vez que não é admissível que uma vida humana se divida em outras vidas igualmente humanas. Isso sem levar em consideração o fato da grande probabilidade deste embrião não passar de um amontoado de células, não conseguindo sequer alcançar a parede uterina. Estudos sobre o desenvolvimento embrionário revelam que 50% dos óvulos fecundados são abortados espontaneamente, antes da sua implantação na parede uterina, o que demonstra a instabilidade do embrião e o caráter seletivo destes abortos, uma vez que comprovado que grande parte desses embriões eram portadores de graves patologias cromossômicas ou congênitas.<sup>11</sup>

Em outras palavras, afirmar que na simples união dos gametas reside a potencialidade para o novo ser ignora o fato de grande parte dos zigotos estão destinados ao fracasso, porquanto o diagnóstico da gravidez é sempre retroativo. Não há como saber se houve uma concepção frutífera no momento da fecundação, só podendo “ser reconhecido *a posteriori* quando se detecta os sinais de uma gravidez viável, de modo que o começo concepcional da vida somente ocorre por inferência *post factum* e é, sempre, um começo virtual.”<sup>12</sup>

Ao lado disso, sob o argumento de que o ente potencial não tem valor em si, porquanto alberga a promessa de vir a ser valioso, Kottow faz um comparativo entre a idéia de potencialidade e a arte, concluindo que referido argumento “não tem solidez a menos que seja contextualizada, pois um pigmento, uma porção de argila ou um bloco de mármore podem chegar a ser uma obra de arte única, mas isso não converte esses materiais em arte potencial”, concluindo que tanto o zigoto como esses materiais possuem “valor porque potencialmente podem chegar a ser algo valioso, mas esse valor potencial não possui o mesmo status axiológico que aquilo que eventualmente será.”<sup>13</sup>

De fato, defender que a vida se inicia com a concepção equivale a um ato

---

<sup>11</sup> Gafo Fernández *apud* Romeo Casabona, *op.cit.*, p.150.

<sup>12</sup> Kottow, 2001, p.27.

<sup>13</sup> Kottow, *op.cit.*, p.28.

de fé, que não possui amparo no conhecimento científico atual. Isso porque “a vida não começa num momento determinado, por assim dizer mágico, pois, em verdade, é um processo contínuo que provém da noite dos tempos e se dirige para o futuro.”<sup>14</sup>

### 1.1.2 Perspectiva biológico-evolutiva

A segunda teoria sobre o início da vida defende que esta se inicia com o aparecimento de sinais morfológicos do embrião ou a partir de um momento determinado do processo de gestação. Desse modo, foram propostos os seguintes critérios para o início da vida humana: nidação/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extra-uterina, nascimento e, por fim, a aquisição de capacidade racional na infância.<sup>15</sup>

A nidação ocorre no décimo quarto dia após a fecundação, com a implantação do embrião na parede uterina. Este é o momento em que o embrião se individualiza. Segundo Lacadena, referido por Romeo Casabona, o momento da individualização confere categoria biológica ao indivíduo, o qual requer unicidade (ser único, visto que até a nidação existe a possibilidade de se formar gêmeos monozigóticos) e unidade (realidade positiva que se distingue de qualquer outra).<sup>16</sup> Da mesma forma, “com a nidação, a formação celular também ‘adquire transcendência, ou seja, entra em contato com outro indivíduo da espécie, estabelecendo com o mesmo – sua mãe – uma relação de alteridade’.”<sup>17</sup>

Contudo, não se pode concluir que, em razão de se tratar de um organismo dotado de unidade e unicidade, este já exista possua vida humana. Isso porque a nidação é um estágio obrigatório e não suficiente *de per si* no processo biológico para o desenvolvimento humano. Logo, os que assim pensam, “confundem vida humana com o processo biológico animal e vêem, em qualquer fenômeno biológico, a própria vida humana.”<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Franco, *op.cit.*, p.28.

<sup>15</sup> Kottow, *op.cit.*, p.31.

<sup>16</sup> Romeo Casabona, *op.cit.*, p.149

<sup>17</sup> Martinez, S. M. *apud* Franco, *op.cit.*, p.40.

<sup>18</sup> Garcia-Velasco, J. L. *apud* Franco, *op.cit.* p.41.

Do mesmo modo, entender que a formação do tubo neural corresponde ao marco inicial da vida humana reproduz a mesma falácia. De acordo com Minahim, conferir humanidade ao embrião a partir da formação do tubo neural é questionado pelos humanistas, os quais indagam o motivo da escolha deste limite para definir a existência do ser humano. Qual a razão da escolha, ao invés de outro critério, como no “décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos celulares que resultam na placa neural?”<sup>19</sup> Acredita-se que a definição do décimo quinto dia, ou seja, quando ocorre a formação do tubo neural, é devido a adoção do critério morfológico, uma vez que “a partir do décimo quinto dia, associa-se, àquele fenômeno do canal primitivo, um primeiro esboçamento dos principais órgãos. O embrião inicia, então, sua trajetória para tornar-se feto, assemelhando-se a um bebê.” Dessa forma, “o embrião só integraria a espécie humana a partir do momento em que seu aspecto estrutural apresentasse caracteres morfológicos e anatômicos de seu fenótipo.”<sup>20</sup> Entretanto, a definição da individualidade humana com base em critérios morfológicos representa um recurso ultrapassado, visto que são ignorados quaisquer conceitos da genética moderna.

Por fim, outro momento que é destacado dentre os que defendem a humanização a partir de uma perspectiva biológico evolutiva, é o início da atividade cerebral. Segundo esta teoria, no terceiro mês de gravidez, com a constituição dos hemisférios cerebrais, já é possível fazer a distinção entre um organismo vivo humano dos demais primatas. O início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, seria o sinal distintivo do puramente animal, sendo a partir deste momento considerado um processo biológico que pode vir a se tornar uma vida humana independente.<sup>21</sup>

Destarte, a atividade elétrica do encéfalo, ao estabelecer os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa, provoca uma mudança qualitativa no processo puramente biológico da vida. Assim, o registro desses sinais revelaria o aparecimento da pessoa.

---

<sup>19</sup> Minahim, 2005, p.84.

<sup>20</sup> Minahim, *idem*, *ibidem*.

<sup>21</sup> Garcia-Velasco, J. L. *apud* Franco, 2006, p.42.

Neste contexto, fazendo um paralelo com o critério de morte, fala-se em 'pólos do fluir vital', ou seja, de um lado, o despertar cerebral e, de outro, o silêncio cerebral. Se o momento de cessação da atividade cortical superior marca o findar da vida humana, "não parece haver razão suficiente para não adotar igual posicionamento para considerar que, embora em formação, a vida humana já começou.' Deste modo, em sentido inverso, o início da atividade cerebral teria o significado do principiar da 'humanidade' de um ser vivo".<sup>22</sup>

Entretanto, a questão toma novos rumos se colocada em xeque a validade do critério da morte cerebral, adotando-se, em substituição, o critério da morte neo-cortical. Isso porque, neste caso, privilegiam-se outros aspectos da vida (v.g. relacionais) como expressão da identidade da pessoa, em detrimento do fator estritamente biológico. Assim, a vida humana somente deve ser objeto de proteção se ela contém, ao menos, 'potencialidade para as relações humanas', ou seja, a partir do momento em que "o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho, o que, efetivamente, tem condições de ocorrer até doze semanas (três meses) desde a fecundação."<sup>23</sup>

Criticando a tese defendida pelos adeptos da perspectiva biológico-evolutiva, Kottow afirma que aqui se comete a mesma falácia naturalista presente na visão concepcional, porquanto se vale de dados empíricos para fundamentar valorações éticas. "É evidente que se existem tantos critérios possíveis, nenhum deles possui mais solidez conceitual que outro e não poderá ser usado para estabelecer diferenças de status moral entre antes e depois da etapa do desenvolvimento escolhida."<sup>24</sup>

Em conclusão, a postura evolutiva não sincroniza o começo da vida humana com o da pessoa, mas ao determinar que a personalidade aparece durante o desenvolvimento do ser humano, cai na falácia de enfatizar uma diferença de status moral entre ser humano e pessoa. Ao lado disso, ao atribuir status moral de

---

<sup>22</sup> Franco, 2006, p.42.

<sup>23</sup> Franco, 2006, p.43.

<sup>24</sup> Kottow, 2001, p.31.

acordo com determinada etapa de desenvolvimento por ela escolhida arbitrariamente, a perspectiva evolutiva não se preocupa em trazer argumentos convincentes para afirmar que a aparição da crista neural seja um sinal mais valioso de humanidade que algum outro aspecto do desenvolvimento embrionário ou fetal, e “sobretudo, não justifica conceder as pessoas um valor moral superior que os seres humanos de racionalidade deficiente.”<sup>25</sup>

### 1.1.3 Perspectiva relacional

Desvincular o desenvolvimento biológico do embrião, seja a partir da sua concepção como por meio da eleição de determinada etapa no processo evolutivo é a premissa básica para estabelecer um conceito de começo da vida humana, tendo em vista que os achados científicos demonstram ser a mesma um processo biológico no sentido de vir a ser, agregando-se ao embrião/feto saltos qualitativos a cada etapa biológica desenvolvida.

Bem por isso, para escapar dessa situação de difícil deslinde, cuja tônica do discurso são os argumentos carregados de fortes convicções morais, necessário é que se aparte tanto a visão estritamente concepcional, bem como àquela postura baseada na eleição de etapas no desenvolvimento embrionário, de modo que assim se alcance um conceito de começo de vida fundamentado em premissas mais amplas e que não esteja vinculado à interpretação moral de critérios puramente biológicos, como os acima mencionados.

Ademais, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, cujo caráter laico constitui um de seus principais pilares, de forma que não deve estar subordinado a nenhuma religião, é inadmissível que posturas morais ou religiosas figurem como norte de suas ações e políticas públicas. Não é lícito ao Estado impor obediência a uma fé religiosa que não corresponda àquela escolhida pelo cidadão. “Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que ‘favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais’.” De fato, transpor esse muro significa “mesclar

---

<sup>25</sup> Kottow, 2001, p.32.

dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes”<sup>26</sup>.

A conseqüência do ora referido é que a definição de vida humana não reside nem no zigoto e muito menos pode ser reconhecida na escolha isolada de determinada etapa do desenvolvimento embrionário. Afirma-se, desse modo, que o início da vida humana somente ocorre com o estabelecimento do vínculo relacional entre mãe e filho, quando a gravidez passa “a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro.”<sup>27</sup>

Com este propósito, a perspectiva relacional coloca a mulher como figura determinante no seu processo reprodutivo, retirando-o do âmbito puramente biológico. Nesse sentido, afirmando que a aceitação do início de uma vida humana não deve ser um feito biológico radicado exclusivamente no zigoto, Kottow acrescenta que a mulher deve também constituir uma “potencialidade necessária para a gestação do ser humano”, sem que dependa da presença deste zigoto, e sim da “aceitação da mulher em assumir a potencialidade de ser mãe.”<sup>28</sup>

Essa teoria é avalizada pelos dados sociológicos, os quais demonstram o elevado número de abortos realizados mundialmente, somando-se os procedimentos realizados em países cuja prática é legalizada com os abortos clandestinos, no caso de países cuja prática é ilegal. Tanto num caso, como noutro, a mulher está exercendo seu papel no processo reprodutivo, assumindo ou não a potencialidade de ser mãe, gestando o novo ser, ou procurando a interrupção da gestação, caso desista.

Segundo Kottow, para a perspectiva relacional, com o fim de conferir vida humana ao embrião, a relação que se origina a partir da aceitação da mulher como mãe pressupõe duas condições: a consciência da mulher de estar grávida e

---

<sup>26</sup>Franco, 2006, p.46.

<sup>27</sup> Maturana *apud* Kottow, 2001, p. 34.

<sup>28</sup> Kottow, 2001, p.33.

posteriormente, a aceitação dessa condição. Afirma o autor que uma mulher, ao solicitar exames para verificar se está grávida, ou dar início aos exames pré-natais, para investigar a saúde e características do embrião, “não o faz para antecipar alegremente seu estado reprodutivo, mas sim para ter elementos de juízo que a levarão a decidir sobre a conduta a seguir.” Agindo assim, “a mulher busca o diagnóstico biológico e qualitativo da gestação para logo tomar a decisão caso assuma o status existencial de mãe em potencial.”<sup>29</sup>

Em outras palavras, essa teoria pretende afirmar a reprodução humana como escolha, de forma que a continuidade de uma gravidez não signifique um fato puramente biológico, respeitando a autonomia da mulher - mãe em potencial - ao mesmo tempo que garante idêntico respeito ao compromisso ético assumido numa relação mãe/filho. Assumir a maternidade deve ser um ato decisivo, muito além de um simples evento natural, de contingência, inconsciente, inquestionado e eventualmente indesejado. Em síntese, deve representar a gestação amorosa de uma nova pessoa.<sup>30</sup>

Se a diferença entre o homem e as demais espécies reside na sua consciência de si próprio, racionalidade, liberdade, responsabilidade, capacidade de expressar sentimentos e palavras, representa um contra-senso considerar o processo reprodutivo como um ato puramente biológico. Conferir esse tratamento às mulheres, retirando-lhes por completo o poder de escolha ante a continuidade ou não de uma gestação, significa desqualificá-las enquanto espécie do gênero humano, porquanto a reprodução, nesse caso, deixa de ser um ato racional. Em outras palavras, equivale ao tratamento dispensado aos animais, uma vez que se torna inquestionável o dever da mulher levar adiante a gestação de um novo ser.

Ao lado disso, para a mulher, a experiência da gestação é muito forte e nova nos aspectos vincular e biológico. Não podemos separar estes momentos, o pré e o pós-natal, sem gerar profundas perturbações. Daí a importância, segundo

---

<sup>29</sup> Kottow, 2001, p.33.

<sup>30</sup> Kottow, *idem, ibidem*. Nesse sentido, Maria José Rosado-Nunes (2006 b, p.01/02) afirma que “trazer à vida um novo ser deve ser um ato plenamente humano, isto é, pensado, refletido. (...) A gravidez humana é uma experiência *sui generis*. Supõe reciprocidade, recriação de desejos e não apenas a satisfação de necessidades, sociais ou biológicas.”

Pessini, do que se entende por vida humana: “a vida da espécie humana tem sua característica mais marcante no relacionamento, na sua vida humanizada e socializada.”<sup>31</sup>

Destarte, nesse momento não há o enfrentamento entre uma vida humana na etapa inicial com uma mulher que pode destruí-la ou albergá-la, e sim, o encontro de vidas que se revelam em potencialidades parciais: de uma forma embriogenética incipiente, de uma mulher que decide ser mãe, e de circunstâncias que facilitam ou dificultam a gestação. “O plenamente potencial deste momento é a possibilidade de estabelecer a relação mãe/filho.” Entretanto, apesar de ser uma potencialidade possível, deve ser confirmada, atualizada. É esse o momento que se estabelece o vínculo que solicita a mãe assumir o projeto existencial da vida humana em fase embrionária. “Dito de outro modo, incorpora a vida humana dependente ao próprio projeto de vida. Esta assunção se traduz no que os interesses da vida dependente adquiram idêntico valor aos interesses próprios da mãe.”<sup>32</sup>

Assim, “o processo incipiente e incerto da vida se converte em um estado de vida humana no momento que é incorporado a um projeto de vida e continua sendo até sua conversão na forma específica, individual e racional do ser que é a condição de pessoa.” Por um viés filosófico, Kottow lembra que, guardadas as devidas especificidades, a assunção e o reconhecimento do começo da vida humana assemelha-se “ao encontro que, segundo descreve Levinás, inicia a interlocução ética; só que a mãe não olha o rosto do outro, como ocorre no encontro levinasiano, mas sim sente e decide assumir a existência de um outro em potencial que é seu filho.”<sup>33</sup>

No mesmo sentido, Ferrajoli defende que a procriação não é só um fato biológico, mas também, um ato moral de vontade. Segundo este autor, “é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que cria a pessoa.” Para tanto, o nascimento da pessoa é antecipado para antes do parto, desde que esteja claro que essa pessoa “está de certa forma ligada ao ato com o qual a mulher

---

<sup>31</sup> Pessini; Barchifontaine, 1997, p.264.

<sup>32</sup> Kottow, 2001, p.33/34.

<sup>33</sup> Kottow, 2001, p.34.



se encara e se deseja como mãe e encara e deseja o feto como 'nascido'." Acrescenta que "segundo este ponto de vista moral, a procriação é realmente um ato criativo, como o *fiat lux*: fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e vontade. Com ela, a mãe não dá só o corpo, mas também forma de pessoa o nascituro, pensando-o como filho." Dito de outra forma, "se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa. A sua qualidade de 'pessoa' é, em suma, decidida pela mãe, ou seja pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal."<sup>34</sup>

Para reforçar este entendimento, com fundamento em estudos psicanalíticos, Pessini recorda que a falta de amor e troca de palavras com a criança, não obstante ser ela bem cuidada e nutrida, traz problemas no seu desenvolvimento psíquico. "Mais ainda, estudos recentes parecem mostrar que, desde o útero materno, trocas relacionais existem entre o feto e a mãe e mesmo com o pai. Assim, durante nove meses, o ser em gestação é modelado pelas trocas biológicas e relacionais que existem entre ele e a mãe."<sup>35</sup> Ademais, durante os primeiros anos de vida, estes cuidados e o ambiente afetivo serão decisivos para a formação e o equilíbrio da personalidade da pessoa.

Kottow assevera que esse conceito relacional do início da vida humana não dista muito do adotado em alguns países que despenalizaram a interrupção voluntária da gravidez. Isso porque, como condição para a realização desse procedimento, faz-se necessária uma prévia assessoria de esclarecimento e convencimento para que, então, a mulher decida informadamente se assume a gravidez ou insiste na decisão de abortar.<sup>36</sup>

A crítica sobre esta perspectiva que define o começo da vida humana a partir do compromisso relacional mãe/filho reside no fato de não estar fixado, no tempo, o momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o

---

<sup>34</sup> Ferrajoli, 2003, p.16.

<sup>35</sup> Pessini; Barchifontaine, 1997, p.264.

<sup>36</sup> Kottow, 2001, p.34.

projeto existencial do filho.<sup>37</sup> Contudo, como enfatiza Ferrajoli, à exemplo das legislações que adotaram a solução de prazo para regulamentar a interrupção voluntária da gravidez, três meses a partir da concepção bastam para que a mãe atribua ao filho a qualidade de pessoa. Não que esses três meses signifiquem algo no plano biológico, “mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa.”<sup>38</sup>

Ademais, na esteira do afirmado por Kottow, “uma vez aceita a gravidez e iniciada a relação mulher-mãe com o embrião-filho, começa também o cuidado dos interesses do filho e sua proteção por parte da mãe.” Assim, “se esta proteção pudesse ser arbitrariamente revogada, não seria legítima proteção porque um aborto procurado posteriormente à aceitação da gravidez constitui uma decisão dificilmente escusável.” A ressalva, contudo, seria possível se “após assumir a gravidez, a mãe ou o filho sofram um processo que põe em risco sua capacidade de viver. Nesse caso, é legítimo desvincular a relação de proteção já que as circunstâncias determinaram que tal vínculo está destinado a não ser viável.”<sup>39</sup>

Em conclusão, a postura relacional não tem a menor intenção de negar as implicações morais das decisões reprodutivas. Ao contrário, ao descrever o estabelecimento do vínculo mãe/filho como um processo relacional voluntariamente assumido, esta sendo privilegiado o mais pleno valor ético que tal decisão merece, além de reconhecer que o aborto voluntário é sempre uma decisão moral e psicologicamente dolorosa, a qual ninguém assume gratuitamente, pelo que é motivada por motivos relevantes e de peso. “O que a perspectiva relacional pretende é resgatar que a aceitação de gestar um novo ser humano seja produto do desejo e de uma decisão consciente, e não ocorra por imposição de valores que os afetados talvez não compartilhem.”<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Franco, 2006, p.47.

<sup>38</sup> Ferrajoli, 2003, p.15.

<sup>39</sup> Kottow, *op. cit.*, p.35.

<sup>40</sup> Kottow, 2001, p.35.

## 1.2 Algumas questões sobre o debate religioso

Partindo do princípio de que o direito à vida é um dom recebido diretamente de Deus e que os homens são apenas administradores dela, existe um consenso entre as crenças religiosas no que diz respeito ao caráter sagrado da vida. Como consequência, proíbe-se qualquer intervenção do homem sobre ela. Seguindo esta premissa, muitas são as religiões que condenam a prática da interrupção voluntária da gravidez, ainda que o feto seja portador de anomalia que incompatibilize sua sobrevivência extra-uterina.

A Igreja Católica é a que adota a postura mais radical. Por muito tempo, nem mesmo a interrupção da gravidez praticada para salvar a vida da gestante foi vista de maneira favorável pela Igreja. Mammana assevera que o Papa Pio XII, ao proferir um discurso no Congresso das Parteias, em 20-10-51, ratificando o posicionamento da Igreja Católica de que o direito à vida é recebido imediatamente de Deus e não dos pais, declarou que “não há nenhum homem, nenhuma autoridade humana, nenhuma ciência, nenhuma indicação médica, eugênica, social, econômica, moral, que possa exhibir ou conferir um título jurídico válido para dispor, diretamente e a sabendas, de uma vida humana inocente”<sup>41</sup>. Considerou, assim, ilegítima qualquer intervenção na vida humana dependente, ainda que realizada como meio para salvar a vida da gestante.

Entretanto, nem sempre foi esse o posicionamento da Igreja Católica a respeito do aborto. Isso porque, durante quase 18 séculos não houve consenso a respeito do momento em que a alma é incorporada ao produto da gestação. Durante este período, a Igreja sustentou pontos de vistas conflitantes, ao sabor da doutrina dominante à época. De acordo com Franco, a tese sobre a animação imediata ou retardada foi objeto de controvérsias durante séculos, sendo que, só a partir de 1869, com a Encíclica *Apostolicae Sedis* do Papa Pio IX, “é que se eliminou a referência a fetos inanimados, trazendo como consequência a sanção canônica da excomunhão para o indivíduo que cometa qualquer interrupção da gravidez, inclusive nos primeiros estágios da gestação.” Finaliza o autor, aproveitando a

---

<sup>41</sup> Mammana, 1969, p.486.

oportunidade para rechaçar as atuais críticas da Igreja sobre o relativismo moderno<sup>42</sup>, que a adoção de pontos de vistas conflitantes na sua história deixa “à evidência que o relativismo não é apenas um procedimento atual, mas algo que está nela inserido na noite dos tempos. A intolerância e a intransigência da Igreja Católica, nessa matéria, datam, portanto, pouco menos de cento e quarenta anos.”

43

A polêmica sobre o momento em que ocorre a animação do feto, seja imediata ou retardada, perdurou por longo tempo na história da Igreja e, embora tenha prevalecido, ao final, a tese da animação imediata, segundo a qual “a união do corpo – como consequência da fecundação – com a alma – que se recebe de Deus – ocorre nesse primeiro momento”, conforme assinalado por Franco, “força é convir que a tese da animação retardada teve uma vigência cronológica superior e contou com o apoio, em diferentes épocas históricas, de pensadores religiosos como São Jerônimo, Teodoreto, Santo Agostinho e, sobretudo, São Tomás de Aquino.” Acrescenta, ainda, que este último pensador tinha uma postura “muito biológica da formação do feto: Deus introduz a alma somente quando o feto já adquiriu, gradativamente, primeiro, alma vegetativa e, depois, alma sensitiva. Apenas depois disso, em um corpo já formado, é criada a alma racional (Suma Teológica, I, 90).” Sendo assim, “o embrião só tem alma sensitiva (Suma Teológica, I,76,2 e I, 118,2). Na Suma contra os Gentios (II,89), diz-se que existe uma gradação na geração ‘por causa das formas intermediárias das quais vem dotado o feto desde o início até obter sua forma final.’” Esta é a razão pela qual no Suplemento à Suma Teológica (80,4), lê-se que: depois, no Juízo Final, quando os corpos dos mortos ressurgirem para que a nossa carne também participe da glória celeste<sup>44</sup>, dessa ‘ressurreição da

---

<sup>42</sup> Neste sentido, o Papa Bento XVI fez duras críticas ao que chama de relativismo da fé, incitando os católicos a não serem crianças na fé, que são aqueles que são “batidos pelas ondas e levados ao sabor de qualquer doutrina”. Para justificar, argumentou sobre “quantos ventos de doutrina conhecemos nestes últimos decênios, quantas correntes ideológicas, quantos modos de pensamento” Dessa forma, entende que a atitude em voga nos tempos atuais é uma “ditadura do relativismo que não reconhece nada como definitivo.” (Ratzinger *apud* Franco, 2006, p.35.)

<sup>43</sup> Franco, 2006, p.33.

<sup>44</sup> De acordo com Franco (*op.cit.*, p.36), citando Agostinho, na glória celeste os nascidos mortos, como também os em forma humanamente perfeita, os enganados da natureza, os mutilados, os concebidos sem braços ou sem olhos, poderão reviver na plenitude de sua beleza e complexidade adulta.

carne' não participarão os embriões. Neles ainda não havia sido infundida a alma racional e, portanto, não são seres humanos.<sup>45</sup>

Desse modo, a maneira inflexível com que a Igreja Católica defende e conduz os debates na atualidade, defendendo veementemente a tese da animação imediata do zigoto, não condiz com o passado de 17 séculos em que a questão do aborto, do ponto de vista religioso, era objeto de um discurso aberto, não se tratando, ainda, de uma postura fundamentalista.<sup>46</sup>

A partir do momento em que adotou a tese da animação imediata do zigoto, várias foram as encíclicas nas quais a Igreja consagrou sua posição vigorosa condenando o aborto, as quais, por sua vez, exerceram forte influência nas legislações. A título ilustrativo, temos a *Casti Conubii* (1930), de Pio XI; *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII; *Humanae Vitae* (1968), de Paulo VI, a qual condenava inclusive o aborto por razões terapêuticas e em razão de estupro. O Concílio Vaticano II, como já foi recordado, condenou o aborto com grande severidade: “A vida deve, pois, ser salvaguardada com extrema solícitude, desde o primeiro momento da concepção; o aborto e o infanticídio são crimes abomináveis”. Esta posição foi seguida e reforçada na encíclica *Evangelium Vitae* (1995), de João Paulo II, que também condenou quaisquer intervenções sobre embriões humanos.

A Igreja Católica, em princípio, condenava o aborto necessário (ou seja, a interrupção da gestação quando não há outro meio de salvar a vida da gestante), por acreditar que a morte do nascituro, sem o sacramento do batismo, implicaria na perdição daquele ser, que ficaria excluído do Reino de Deus. Porém, refez seu entendimento na Encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI., onde passou a tolerar o aborto necessário.<sup>47</sup>

No século XX, por ocasião da publicação da Encíclica *Humanae Vitae* (1968), tornou-se “intensa e pública” a discordância entre os católicos sobre as

---

<sup>45</sup> Franco, *op.cit.*, p.35/36.

<sup>46</sup> Segundo Franco (*op.cit.*, p.36), “bem mais perigoso do que uma ditadura do relativismo, é o fundamentalismo, que põe à mostra o rosto do fanatismo, isto é, a conduta de ‘quem procura a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso e ficando indiferente perante os enormes danos que a sua atuação provoca a milhões de seres humanos.’”

<sup>47</sup> Hungria, 1942, p.234. No mesmo sentido: Nogueira, 1995, p.44.

questões relativas à sexualidade e à procriação. Rosado-Nunes refere que diversos foram os episcopados, acompanhados de teólogos católicos, que reagiram aos ensinamentos do Papa Paulo VI. Ainda que não esteja diretamente ligada ao aborto, essa divergência revela “um elemento central do pensamento católico: o recurso à própria consciência, em questões de moral. Tal recurso, parte da mais lídima tradição religiosa cristã, é fundamental quando se discute a possibilidade de mulheres católicas decidirem pela interrupção de uma gravidez.”<sup>48</sup>

À título ilustrativo, Rosado-Nunes reproduz trecho do documento emitido nesta ocasião, por bispos belgas no qual está consignado que a doutrina tradicional da Igreja remete à “consciência devidamente esclarecida segundo o conjunto de critérios que se expõem na *Gaudium et Spes* (n.50, §2; n.51, §3)”, de forma que entendem que a decisão sobre “a oportunidade de uma nova transmissão da vida pertence, em última instância, aos esposos, que devem decidir sobre a questão, na presença de Deus.”<sup>49</sup>

No mesmo sentido, porém mais enfática, é a Carta Pastoral dos bispos nórdicos, datada de outubro de 1968, a qual destaca que “quando uma pessoa, por razões sérias e bem ponderadas, não se convence pelos argumentos da encíclica (*Humanae Vitae*), tem o direito de adotar uma opinião distinta daquela apresentada em um documento não infalível.” Assevera, ainda, que ninguém deve ser considerado mau católico pela única razão de discordar. Concluindo que “ninguém, nem mesmo a Igreja, pode dispensar do dever de seguir a própria consciência.”<sup>50</sup>

De outra parte, abordando um tema correlato, especificamente sobre o uso de meios contraceptivos - o que nos dias atuais permanece condenado pela Igreja católica - muitos sacerdotes individualmente e vários episcopados, dentre eles, Áustria, Bélgica e França, “orientaram seus fiéis no sentido de que se considerassem livres para seguir sua consciência, pois não se tratava de dogma de fé.”<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Rosado-Nunes, 2006 b, p.25.

<sup>49</sup> Rosado-Nunes, 2006 b., p.26.

<sup>50</sup> Rosado-Nunes, *idem, ibidem*.

<sup>51</sup> Rosado-Nunes, 2006 b., p.29.

Outrossim, no tocante a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, a Igreja Católica, por meio de Cartas Pastorais de Bispos, também mantém seu posicionamento contrário a esta prática, declarando que “a situação atual dos conhecimentos ainda não permite certeza absoluta no diagnóstico de deformidades”.

Antônio Vigário, criticando o Movimento Pró-Vida (organização formada por membros da Igreja Católica que condenam o aborto), declara que ao invocar-se a titularidade divina sobre a vida, defende-se para o feto direitos que não são assegurados para a gestante, a saber: o direito à vida, liberdade e dignidade. Ainda, relaciona a moral sexual católica como causa do aborto, uma vez que considera o sexo altamente censurável ou pecado, levando muita gente a decidir pelo aborto ao ser confrontado perante uma gravidez não desejada. Conclui, dessa forma, que “a Igreja Católica é cúmplice do fundamentalismo desse Movimento Pró-Vida na medida em que ele é um mero reflexo da sua rígida e desajustada moral sexual. Poucos são os católicos que se refletem na moral sexual oficialmente defendida pela Igreja .”<sup>52</sup>

Por sua vez, a Doutrina Espirita, só admite o aborto necessário. Allan Kardec, o codificador do Espiritismo, explica que “a união da alma com o corpo começa na concepção” e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, “ele escolhe outro corpo”. E perguntado se haveria crime em sacrificar a criança para salvar a vida da mãe, quando a vida desta estivesse em perigo, ele responde: “é preferível sacrificar o ser que não existe ao ser que já existe.”<sup>53</sup>

No que diz respeito a interrupção da gravidez por malformação fetal, o espiritismo já assentou parecer contrário a esta prática. Eliseu F. Mota Jr. ensina que a malformação do feto, para o espiritismo, está ligada a “débitos pregressos da entidade reencarnante, com o prévio conhecimento dos pais no período da erradicidade, ou mesmo durante o sono. Se o aborto eugênico for consagrado, será impossível a esses espíritos endividados o acerto de suas contas com a lei divina ou

---

<sup>52</sup> Vigário, A. *apud* Ribeiro, 2000, p.85.

<sup>53</sup> Nogueira, 1995, p.20.

natural.”<sup>54</sup>

De outra parte, o Judaísmo apresenta uma postura mais flexível no que diz respeito à questão do aborto. Isso porque, além de possuir concepções teológicas diferentes em relação à alma e ao ‘pecado original’, os judeus acreditam que o nascimento que confere o status de ser humano, somente se tornando pessoa um mês após o nascimento. Ademais, como observam Schor e Alvarenga, “o fato de não existir uma autoridade máxima ditando todas as regras de conduta faz com que os judeus possam ter liberdade sobre sua própria consciência.”<sup>55</sup>

Por seu turno, entre os credos protestantes verifica-se uma postura mais flexível que a adotada pela Igreja Católica, embora jamais encare o aborto como método de controle de natalidade. Referindo-se a interrupção da gravidez por indicação médica, pastores batistas, metodistas, presbiterianos, episcopais, luteranos e unitários, reportando-se a inquérito norte americano em que se pronunciaram, “afirmam que a posição protestante é muito menos rígida que a católica, pois dá maior importância a vida materna, além de afirmar que o problema do aborto deva ser examinado e resolvido entre médico e paciente”.<sup>56</sup>

Dessa forma, verifica-se que apesar do posicionamento radical da doutrina católica, seguida de forma mais tênue pelos judeus e espíritas, existem outras religiões nas quais prevalece o entendimento de que há casos em que o princípio da inviolabilidade da vida humana deve ser ponderado face a outros valores, como a vida da mãe. Também, considerando-se a baixa qualidade de vida de uma criança portadora de uma determinada anomalia grave, e principalmente, quando as chances de sobrevivência extra-uterina forem remotas ou nulas, sobrepõe-se o valor da dignidade humana ao da santidade. Para estes credos, a divindade está em reconhecer que a vida humana possui um valor especial que a distingue dos demais seres vivos.

### **1.3 Tutela jurídica da vida humana dependente**

---

<sup>54</sup> Mota Jr., 1995, p.65.

<sup>55</sup> Schor; Alvarenga, 2006.

<sup>56</sup> Papaleo, 1993, p.81.



Não há como discutir o direito à legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. Até o momento, os argumentos trazidos ao trabalho possuem respaldo nas principais correntes biológicas e antropológicas sobre o início da vida humana. Entretanto, para instrumentalizar a discussão sobre a legitimidade da opção pela interrupção da gravidez, torna-se imprescindível verificar a partir de quando e até que ponto a vida intra-uterina recebe proteção do ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, vale assinalar que por constituir-se num Estado Democrático de Direito, as políticas públicas e decisões devem ser laicas, visando sempre a resguardar os direitos e garantias fundamentais. Desse modo, por estar institucionalmente separado de qualquer igreja ou crença, o Estado deve assegurar a cada indivíduo ou cidadão a liberdade religiosa, o que importa, em última análise, no direito a não ser submetido a decisões embasadas em princípios religiosos, filosóficos ou ideológicos de qualquer espécie.<sup>57</sup> Portanto, deve ser o tema analisado com fundamento em argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica, afastando quaisquer dogmas de fé, de forma que em nada acrescenta ao debate saber, por exemplo, o suposto momento em que ocorre a incorporação da “alma” no feto.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana intra-uterina é protegida com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Não é necessário tecer grandes argumentos para comprovar o ora referido, para tanto, basta observar os artigos 121 (matar alguém – pena de 6 a 20 anos de reclusão) e 124 (praticar aborto – pena de 1 a 3 anos de detenção), ambos do Código Penal, para concluir que o tratamento é diverso para os delitos cometidos em face do homem já nascido e àqueles contra o nascituro. Deste modo, não há como colocarmos no mesmo patamar os direitos da mãe e do embrião/feto.

---

<sup>57</sup> No mesmo sentido, Ribeiro (2000, p.86) afirma que “num Estado Democrático de Direito, respeitador e guardião das liberdades e dos direitos fundamentais, e institucionalmente separado de qualquer igreja, todos são, ou têm o dever de serem laicos. Laicos no sentido de preservar a separação entre o que é valor pessoal e o efetivo exercício do Direito, em relação ao direito do outro. Traduzindo, isto significa não deixar que o domínio dos direitos e da comunidade política seja colonizado pelas ortodoxias religiosas hegemônicas.”

Sarmiento refere que a noção quanto à diferença entre o valor da vida intra-uterina e de um ser já nascido é “fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto.” Para tanto, justifica seu entendimento trazendo o exemplo do aborto espontâneo, que, no seu sentir, “por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento.” Ao lado disso, aliando fundamentos científicos para embasar seu argumento, acrescenta que até a formação do córtex cerebral (o que ocorre no segundo trimestre de gestação) o feto não apresenta “capacidade mínima para a racionalidade”, sendo que antes de alcançar este estágio, “o nascituro não é capaz de qualquer tipo de sentimento ou pensamento”<sup>58</sup>, fato este que, segundo o autor, justifica a diferença na valoração entre a vida humana dependente e o ser já nascido. Para ele, essas são as razões para afirmar que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa.

Muito embora o aborto integre o rol de tipos compreendidos entre os crimes contra a vida, faz-se necessário “que se trace uma linha demarcatória bem visível entre ele e o homicídio. Não há confundir os dois bens jurídicos tutelados. De um lado, a vida humana intra-uterina. De outro, a vida humana fora do ventre materno.” Conforme acima referido, essas diferenças encontram ressonância na extrema diversidade do *quantum* punitivo cominado para uma e outra dessas figuras criminosas e, ainda, no fato de que o aborto não admite a modalidade culposa.”<sup>59</sup>

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal, a partir da concepção. Comungam este entendimento, capitaneado por Nelson Hungria, os penalistas Aníbal Bruno, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli, Paulo José da Costa Junior e Álvaro

---

<sup>58</sup> Sarmiento, 2006, p.146.

<sup>59</sup> Franco, 2006, p.47.

Mayrink da Costa .<sup>60</sup>

Noutro sentido, é a doutrina de Fragoso, para quem “a lei não especifica o que se deva entender por aborto, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação.” Desse modo, somente se trata de aborto a interrupção do processo fisiológico da gravidez no período compreendido a partir da implantação do ovo no útero materno até o início do parto. No mesmo diapasão, Prado afirma que “o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno.” Além dos autores ora referidos, compartilham este entendimento os penalistas Rogério Greco e Celso Delmanto.<sup>61</sup>

Outrossim, Franco relembra que por ocasião do Relatório elaborado pela Primeira Subcomissão para a feitura do Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal, restou consignado que “a vida é ‘um acontecer gradual e segmentado, um processo biológico dinâmico que representa a soma de períodos relativos’ e que somente ‘a partir do despertar cerebral, surge na sua inteireza a pessoa humana, como titular do direito individual à vida e merecedora, portanto, de tutela constitucional penal.”<sup>62</sup>

A par disso, como resultado verifica-se que no direito penal brasileiro o conceito de aborto não é unívoco, de forma que não se traduz num “círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere”. Diferentemente, “trata-se de tipo que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição, não apenas jurídica, que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada.” Dessa forma, na noção de aborto, existem “espaços que demandam preenchimento” e para essa tarefa, “a

---

<sup>60</sup> Nesse sentido, Hungria (*apud* Franco, *op.cit.*, p.48) asseverou que “o código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.”

<sup>61</sup> Franco, *op.cit.*, p.50.

<sup>62</sup> Franco, 2006, p.50.

doutrina brasileira trouxe à baila os posicionamentos referentes à visão concepcional e à perspectiva biológico-evolutiva”. De acordo com Franco, “o único posicionamento até agora não incluído refere-se ao do compromisso relacional mãe/filho.”<sup>63</sup>

Ao seu turno, o Código Civil brasileiro enuncia, no seu artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direito do nascituro.”<sup>64</sup> Comentando este artigo, Venosa explica que “o fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.”<sup>65</sup>

Do ponto de vista constitucional, a Constituição Federal garante a todos o direito à vida, não fazendo qualquer menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção. Aliás, convém destacar que a proposta do então Deputado Meira Filho, para que fosse expressamente referida a proteção da vida desde a sua concepção, foi rejeitada pela Assembléia Nacional Constituinte.<sup>66</sup>

Em que pese não haver na Constituição menção ao momento em que se inicia sua proteção, em razão de se tratar de vida humana, e assim, um projeto de pessoa, merece o nascituro a proteção constitucional, porém não com o mesmo grau conferido à pessoa. Neste particular, Canotilho e Moreira afirmam que “enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa.” Entretanto, ressalvam que o regime de proteção dessa vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, “não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente).” Acrescentam que “a proteção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento”, e, por fim, “os meios de proteção do

---

<sup>63</sup> Franco, 2006., p.51.

<sup>64</sup> Lei n.º 10.406/02, art. 2º.

<sup>65</sup> Venosa, 2002. p.160

<sup>66</sup> Lorea, 2006, p.174.

direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de proteção da vida intra-uterina.”<sup>67</sup>

No mesmo sentido, destacando que em sede de interpretação de normas constitucionais deve-se preferir àquela que confira maior eficiência aos direitos fundamentais, Franco assinala que, não obstante o texto constitucional nada dizer a respeito do não nascido, “tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a tutelar de forma que não sofra violação.” A Constituição ao declarar a inviolabilidade do direito à vida e sua titularidade universal, torna evidente “que o conceito de vida, para que possa ser compreendido na sua plenitude, abarca não somente a vida independente, mas também a vida humana em formação.” E mais, ao caracterizar a vida humana dependente como bem jurídico constitucional, vincula-se também “ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se exige do Estado o dever de respeitar a vida humana, e, nessa circunstância, uma vida em formação representará, num momento determinado do processo de gestação, um valor merecedor de tutela.”<sup>68</sup> Restaria, assim, caracterizada a proteção constitucional da vida em formação.

Ao seu turno, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como ‘Pacto de São José da Costa Rica’, aprovada pelo Congresso Nacional em 26/05/92, por meio da edição do decreto legislativo n.27, no seu art. 4º, inciso I, enuncia que “toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Contudo, uma breve leitura deste dispositivo pode induzir ao falso entendimento de que a vida humana deve ser juridicamente tutelada a partir da fecundação, o que se revela numa interpretação equivocada. Isso porque, de acordo

---

<sup>67</sup> Canotilho; Moreira *apud* Sarmiento, 2006, p.146. Em sentido contrário, Vives Antón (*apud* Franco, 2006, p.23-24) destaca que “o nascituro não é, pelo menos por si mesmo e de modo direto, um bem jurídico constitucional. E isto porque a Constituição proclama o direito à vida em relação às pessoas, condição que juridicamente só se alcança com o nascimento. E o mesmo ocorre com a proclamação da dignidade das pessoas. Por conseguinte, o nascituro não é pessoa a partir da ótica do ordenamento jurídico e a proclamação do direito à vida e da dignidade, não o atinge diretamente. Poderá argüir-se a necessidade de outorgar proteção jurídico-penal ao nascituro e isso ninguém põe em dúvida. Mas, desde logo, técnica e valorativamente falando, não é um direito constitucional. Pode e deve entender-se como um interesse ou bem jurídico, com certa relevância constitucional enquanto reflexo dos direitos à vida e à dignidade.”

<sup>68</sup> Franco, 2006, p.24.

com Franco, o Pacto de San José da Costa Rica “não estabeleceu nenhum dever de criminalização ao Poder Legislativo dos Estados conveniados, ao dispor que a vida deve ser protegida desde o momento da concepção.” Acrescenta que “a exigência dessa tutela não está adstrita, com exclusividade, ao direito penal e, portanto, à figura típica do aborto.” Isso porque é sabido que o controle repressivo só deve atuar quando os demais controles sociais formais se revelem ineficazes, porquanto se trata da *ultima ratio* do Estado. Sem dúvida, existem outros meios de proteção do momento da concepção, como uma adequada política social de inclusão dos necessitados, a criação de aconselhamento psicológico às gestantes, além da implantação de políticas públicas voltadas ao planejamento familiar que seriam alternativas à ampla proibição penal do aborto. Em razão disso, criar um estatuto jurídico próprio, em relação ao embrião ou ao feto, parece ser um procedimento recomendável nos termos do Pacto de San José da Costa Rica. No entanto, pretender a tutela penal a partir da concepção é algo que não decorre, de forma explícita, do texto do referido pacto.<sup>69</sup>

De outra parte, a redação do art. 4, inciso 1, do Pacto de San José da Costa Rica, não atribuiu um caráter absoluto ao direito à vida tomando-se a concepção como “inflexível ponto de partida da pessoa humana.” Observe-se que a expressão *em geral* não foi incluída desavisadamente no seu texto, mas, “constitui, sem nenhuma margem de dúvida, uma válvula de escape através da qual se admite que, em situações determináveis, o direito à vida não pode, nem deve ser protegido desde a fecundação.”<sup>70</sup>

Ao mesmo tempo, Sarmiento destaca que embora a proteção da vida se inicia no momento da concepção, “a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, a ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante.” Essa é a razão para a adoção da expressão “em geral”, no texto do artigo em discussão, ato que “revela

---

<sup>69</sup> Franco, 2006, p.38.

<sup>70</sup> Franco, *op.cit.*, p.39.

com nitidez que as partes celebrantes do tratado não quiseram conferir à vida intra-uterina uma proteção absoluta.”<sup>71</sup>

Em outras palavras, o uso da expressão “em geral” evidencia que a proteção à vida intra-uterina deve ser concebida como um princípio e não como regra. Ou seja, na esteira de Alexy, “a proteção ao nascituro constitui um “mandado de otimização” em favor de um interesse constitucionalmente relevante – a vida embrionária -, sujeito, contudo, a ponderações com outros princípios constitucionais, e que pode ceder diante deles em determinadas circunstâncias.” Segundo o mesmo autor, este entendimento é reforçado pela interpretação sistemática da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, a qual “consagra em seu bojo uma série de outros direitos, titularizados também pelas gestantes, que podem entrar em colisão com a proteção à vida embrionária”. Em conclusão, “a atribuição de um peso absoluto à proteção da vida do nascituro implicaria, necessariamente, na lesão a estes direitos, razão pela qual torna-se essencial a sua relativização.”<sup>72</sup>

Sob outra perspectiva, especificamente questionando-se a validade do art. 4º, I, do Pacto de San José da Costa Rica frente aos demais Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos (notadamente, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – 1979 - e a Convenção de Belém do Pará, elaborada no âmbito da OEA – 1994), somando-se a isso a tutela constitucional do direito a saúde, privacidade, autonomia reprodutiva e igualdade de gênero, não há como “conferir peso absoluto à proteção à vida embrionária, sob pena de criar-se uma contradição insanável na ordem jurídica.”<sup>73</sup>

Em síntese, a posição intermediária que reconhece a tutela constitucional da vida intra-uterina, mas atribui a ela uma proteção menos intensa do que a concedida à vida extra-uterina é a que tem prevalecido amplamente no mundo. Para Sarmiento, “as posições radicais, que equiparam esta tutela à conferida à vida de

---

<sup>71</sup> Sarmiento, 2006, p.148.

<sup>72</sup> Sarmiento, 2006, p.149. Nomeadamente, com relação aos direitos em colisão, o autor cita o respeito da integridade física, psíquica e moral (art. 5º, 1), a liberdade e segurança pessoais (art. 7º, 1), a proteção à vida privada (art. 11, 2), dentre outros.

<sup>73</sup> Sarmiento, 2006, p.150.

peças nascidas, ou que negam qualquer proteção jurídica ao nascituro, já não seduzem quase ninguém.”<sup>74</sup>

De todo o exposto, é possível concluir que a ordem jurídica nacional protege a vida intra-uterina, entretanto, de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Outrossim, em situações particulares, é lícito que esta proteção ceda mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida dependente. Ademais, por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal fator ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

---

<sup>74</sup> Sarmiento, *op.cit.*, p.147.



## CAPÍTULO 2 ABORTO LEGAL E CRIMINOSO<sup>75</sup>

### 2.1 Referência histórica

Desde a Antigüidade, têm-se notícias de políticas relacionadas ao aborto ou ao abandono de recém-nascidos portadores de anomalias físicas. Não se tinha propriamente um aborto eugênico, pois tais atitudes eram tomadas logo após o nascimento, mas o escopo que norteava tais ações por parte do Estado assemelhava-se a esta indicação.

Na Grécia Antiga, a prática do aborto era difundida em todas as camadas sociais, não obstante o juramento de Hipócrates que vedava a administração de qualquer substância abortiva (*a nenhuma mulher darei substância abortiva*). Cumpre destacar que esta restrição era dirigida aos médicos, para quem praticar aborto representava um dos crimes mais graves a que estavam sujeitos. Pierangeli recorda que Aristóteles se mostrou contrário ao aborto, mas no livro sétimo de sua Política admitiu sua prática quando o número de cidadãos se tornava excessivo, desde que a mulher tivesse sido emprenhada por fato delituoso e houvesse autorização judicial,

---

<sup>75</sup> No rigor etimológico, aborto significa o produto da concepção morto ou expelido e abortamento, o ato de abortar. Entretanto, essas palavras vêm sendo utilizadas pela doutrina, sem distinção, de forma que neste trabalho privilegiar-se-á a nomenclatura aborto.

posicionamento este que foi seguido por Platão.<sup>76</sup> De outra parte, no tocante aos nascidos com alguma deformidade física, a recomendação era para que fossem abandonados no alto de uma montanha logo após o nascimento. Na opinião de Platão e Aristóteles, a morte dos bebês deformados deveria ser imposta pelo Estado. Licurgo e Sólon compartilhavam do mesmo entendimento. Segundo Hungria “acreditavam que era melhor por fim a uma vida que começara inauspiciosamente do que tentar prolongá-la, com todos os problemas que ela poderia acarretar.”<sup>77</sup> Platão, ao seu turno, adotando uma postura mais radical, aconselhava o aborto para toda mulher que concebesse após os 40 anos. Na República, declara que estabelecerá “uma medicina e uma jurisprudência que se limitem ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma famosa; e pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, deixá-los morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível.”<sup>78</sup>

Contudo em Esparta, sob o pretexto de que o povo deveria contar com maior número de atletas e de guerreiros para a glória e segurança do Estado, a prática do aborto era proibida. Entretanto, o tratamento era outro se a criança viesse a apresentar alguma malformação. Motivados pelo forte espírito bélico presente na mentalidade daquele povo, onde o interesse da coletividade se sobrepunha aos laços familiares (*salus populi, suprema lex*), era vexatório para família possuir um filho que não pudesse servir ao Estado, principalmente, nas guerras. Conforme Nogueira, estas crianças eram consideradas carga inútil para os seus familiares, como também para o Estado, que era dispensado de manter uma criança que não lhe fosse útil. Dessa forma, por serem considerados imprestáveis à comunidade, era prática comum e até mesmo obrigatória, a precipitação de recém-nascidos malformados do alto do Monte Tajeito.<sup>79</sup>

Por seu turno, no antigo direito romano o feto era considerado parte das vísceras da mulher, ou seja, *mulieris pars vel viscerum*. Pierangeli destaca que, embora a prática do aborto fosse considerada uma grave imoralidade entre os romanos, sendo permitido tão-somente ao marido em relação à sua mulher, sua

---

<sup>76</sup> Pierangeli, 2005, p.108

<sup>77</sup> Hungria, 1942, p.233. No mesmo sentido: Pierangeli, *op.cit.*, p. 108; Prado, 2005, p. 103.

<sup>78</sup> Platão *apud* Nogueira, 1995, p.43.

<sup>79</sup> Nogueira, *idem, ibidem*.

incriminação não ocorreu tanto na República, como também nos primeiros tempos do Império. Nessa época, por considerarem o feto como parte do corpo da gestante, reconhecia-se à mulher o direito de dispor livremente do próprio corpo (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*), de forma que o aborto ficava impune, salvo quando violasse a vontade do marido. Segundo o mesmo autor, na Roma Antiga o aborto era considerado “um fato de pouca significação e um delito de escasso relevo, cujo cometimento afetava mais os interesses individuais do que os sociais, ou seja, protegiam-se a saúde e a integridade física da gestante e não a vida do feto.”<sup>80</sup>

Entretanto, durante o reinado do imperador Septimus Severus (193 – 211 d.C), o aborto deixou de ser considerado uma lesão à saúde e a integridade física da gestante, passando a ser considerado lesão ao direito de paternidade, sob a justificativa de frustração das expectativas paternas quanto a sua descendência. Assim, o aborto próprio ou consentido seria punível somente quando a gestante fosse casada, e sem a finalidade de proteger o feto, e sim o direito que possuía o marido à sua descendência. Pierangeli afirma que esta concepção individualista decorre da organização social e econômica dos romanos, de seu direito em geral e do seu sistema penal em particular. Ainda que submetido a algumas modificações, esta concepção individualista foi remetida aos práticos e às legislações medievais.<sup>81</sup> Não obstante, com relação aos nascidos sem aparência humana e sob o pretexto de não serem pessoas, eram precipitados de penhascos logo após o nascimento.<sup>82</sup>

Similarmente, entre os povos que também consideravam o auto-aborto e o aborto consentido impunes, figuram os egípcios e os hebreus, cuja interrupção da gravidez era prática corrente, na sua maioria, com a finalidade de “elidir as dores e perigos do parto, para evitar os desgostos e as obrigações da mãe no aleitamento, ou a multiplicação da prole.”<sup>83</sup> Ao lado disso, na Índia, os brahmanes tinham o costume de matar ou abandonar na selva os recém-nascidos que lhes pareciam de má índole.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Pierangeli, 2005, p.108.

<sup>81</sup> Pierangeli, 2005, p.108.

<sup>82</sup> Matielo, 1994, p.62.

<sup>83</sup> Pierangeli, *idem, ibidem*.

<sup>84</sup> Mammana, 1969, p.341.

Destarte, essa política em relação aos recém nascidos também foi adotada por outras culturas. No Brasil, segundo Mammana, “os índios não só matavam as crianças recém-nascidas com sinais de doença ou que tivessem algum defeito físico, mas também os gêmeos, os ilegítimos e os adultos portadores de moléstias incuráveis”<sup>85</sup>

No entanto, sob a influência do Cristianismo, as práticas relacionadas ao aborto e abandono dos recém-nascidos malformados foram desaparecendo, sendo substituídas por um sentimento de sacralidade e intangibilidade da vida. Prado assinala que a legislação sobre o aborto, no antigo direito romano, foi reformulada pelos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, equiparando sua prática ao homicídio.<sup>86</sup>

Consolidou-se o entendimento de que a vida iniciava-se no momento da concepção, e que não havia distinção entre um feto e um ser já nascido. A vida a ser tutelada era a mesma, merecendo idêntico tratamento. Portanto, foi o Cristianismo que identificou a figura do aborto ao homicídio, porquanto considerou o feto criatura de Deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito.<sup>87</sup> Não obstante, Pierangeli refere que já na Idade Média, as legislações conferiam tratamento diverso e penas diferentes, de acordo com o período gestacional em que se encontrava o feto.<sup>88</sup>

Contudo, estudos realizados nas áreas da História e Teologia revelam que a punição do aborto durante os primeiros seis séculos do cristianismo visava punir o adultério que a gestação revelaria, ao invés de resguardar a vida do feto. Segundo notícia Rosado-Nunes,

A preocupação central – da Igreja como do Estado – era a constituição do casamento monogâmico como regra para toda a sociedade. No Império, estabeleceram-se leis que desencorajavam o concubinato. O primeiro Concílio do Ocidente, realizado no século IV, antes mesmo da oficialização do cristianismo por Constantino – o Concílio de Elvira – estabeleceu penas religiosas severíssimas para

---

<sup>85</sup> Mammana, *op.cit.*, p.343.

<sup>86</sup> Prado, 2005, p.103.

<sup>87</sup> Hungria, 1942, p. 233. Sobre o assunto, veja-se também Mammana, 1969, p.343.

<sup>88</sup> Pierangeli, 2005, p.109.

as transgressões à fidelidade conjugal. As penas impostas pelo estado e pela Igreja eram mais duras para os casos de adultério do que para os de homicídio. Assim, pode-se dizer que, diante das leis religiosas, como das leis romanas, a afirmação do casamento monogâmico como única união legítima era mais importante como fundamento social do que a proteção da vida.<sup>89</sup>

Paralelamente, para efeitos de punição, importava distinguir o momento em que o feto tornava-se pessoa, visto que este seria o marco para configurar um homicídio, e, por conseguinte, pecado. Para tanto, com arrimo na doutrina aristotélica de que o feto passava a ter alma a partir de 40 ou 80 dias após a concepção, caso fosse do sexo masculino ou feminino, respectivamente, o direito canônico fazia a distinção entre feto animado e inanimado. Conforme é destacado por Fragoso, referida distinção foi repudiada por S. Basílio (374 DC), porém São Jerônimo e Santo Agostinho a mantiveram, o que também foi seguindo pelo *Decretum* de Graciano (1140) e as *Decretais* do papa Gregório IX (1234). Por sua vez, em 1588, o Papa Sixto V estipulou que as mesmas penas, canônicas e seculares, deveriam ser aplicadas para o aborto e o homicídio, qualquer que fosse a idade do feto. Entretanto, essa distinção novamente foi retomada com a *Constituição Apostólica Sedes*, em 1591, do Papa Gregório XIX, a qual atenuou as penas eclesiásticas, restringindo-as ao feto animado. Contudo, foi somente no pontifício de Pio IX (1869) que foi abolida a distinção entre feto animado e inanimado, atribuindo-se as mesmas penas em qualquer caso.<sup>90</sup>

Desse modo, constata-se que, historicamente, durante 18 séculos, não houve sequer consenso entre os cristãos acerca do momento em que o aborto seria punível, demonstrando que a delimitação do início da vida se tratava mais de um ato de fé do que uma constatação científica, conforme tratado no capítulo anterior. Todavia, no Iluminismo, embora fosse mantida a severidade das penas para o crime de aborto, afastou-se a equiparação entre sua pena e do homicídio, atenuando-se a pena da gestante, havendo inclusive a indicação do motivo de honra.

Especificamente no Brasil, a primeira referência ao aborto na legislação

---

<sup>89</sup> Rosado-Nunes, 2006, p.23.

<sup>90</sup> Fragoso, 1976, p.122.

específica ocorreu no Código Criminal do Império (1830), inserido no capítulo referente aos Crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Até este momento, a prática do aborto não era punida ainda que fosse realizada pela própria gestante, a exemplo do Código Francês de 1791. Dessa forma, o aborto seria punível apenas quando executado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Outrossim, também era sancionado o fornecimento de meios abortivos, ainda que não fosse realizado o aborto.<sup>91</sup>

Destarte, o Código Penal Republicano (1890) adotou a distinção entre aborto com e sem a expulsão do feto, cominando àquele pena mais grave. De acordo com Prado “as penas eram igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher. O auto-aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com o fim de ocultar desonra própria.”<sup>92</sup> Ao mesmo tempo, conforme sustenta Paixão, o Código Republicano foi o precursor das indicações ao aborto legal e necessário, quando não houvesse outro meio para salvar a vida da gestante.<sup>93</sup>

Atualmente, vige o Código Penal datado de 1940, o qual tipifica o delito de aborto no Título I (Dos Crimes contra a Pessoa), especificamente no capítulo I, que trata dos crimes contra a vida. Exceto quando se tratar de gestação decorrente de estupro ou nas hipóteses em que seja o recurso necessário para salvar a vida da mãe, o aborto é punível com as penas tipificadas nos artigos 124 a 127, do CP. Note-se que essa postura coloca o Brasil no grupo dos 43%<sup>94</sup> de países que possuem a legislação mais severa com relação ao aborto.

Não foram poucas as tentativas de adequar a legislação penal aos tempos contemporâneos. A iniciativa mais recente data de 06/04/2005, com a instalação pela Secretaria Especial das Políticas para as Mulheres, de uma Comissão Tripartite formada por 18 representantes dos poderes Executivo, Legislativo e Sociedade Civil, com o intuito de rever a legislação sobre o aborto no país. O resultado dos trabalhos dessa Comissão foi a elaboração de um anteprojeto

---

<sup>91</sup> Prado, 2005, p.105.

<sup>92</sup> Prado, *idem*, *ibidem*.

<sup>93</sup> Paixão, 2006, p.205.

<sup>94</sup> The World's Abortion Laws *apud* Faúndes; Barzelatto, 2004, p. 189.

de lei que propôs a descriminalização do aborto no país, cujas sugestões foram incorporadas ao PL 1.135/91, de relatoria da Deputada Jandira Feghali, o qual está aguardando parecer da Comissão de Seguridade, Saúde e Família, na Câmara dos Deputados.

## 2.2 O aborto e suas classificações

Para configuração do delito de aborto, não se faz necessária a distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto. Para o legislador penal, suficiente é a interrupção da gestação, independentemente do estágio em que se encontre.

Entretanto, o abortamento somente será punível em se tratando de uma gravidez normal. Conforme ensina Costa Jr., seguindo a esteira de outros penalistas<sup>95</sup> refere que “para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fímbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram o aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.”<sup>96</sup>

Vale assinalar que para fins de direito penal, somente interessam as figuras do aborto legal e criminoso, porquanto no aborto natural, a interrupção da gestação é espontânea, ou seja, decorre de um processo fisiológico. Por outro lado, o aborto acidental apresenta-se como consequência de um acidente (v.g. queda de cavalo), de forma que ausente condição para provocar a tutela penal.

O Código Penal contempla cinco modalidades de abortamento, quais sejam: auto-aborto (art.124, primeira parte, CP), consentido (art. 124, segunda parte), não consentido (art. 125, CP), necessário - ou terapêutico (art. 128, I, CP) e sentimental (art. 128, II, do CP).

Inicialmente, para configurar o auto-aborto, necessário é que os atos

---

<sup>95</sup> Neste sentido, dentre outros, cita-se: Nelson Hungria (1942, p. 235); Aníbal Bruno (1976, p.162); Heleno Cláudio Fragoso (1976, p.128); Damásio de Jesus (2004, p.122); Pierangeli (2005, p.112); Régis Prado (2005, p.110).

<sup>96</sup> Costa Jr., 2005, p. 388.

executórios do delito sejam realizados pela própria gestante, sem qualquer auxílio de terceiro. Constitui modalidade de crime próprio, da qual somente a gestante poderá ser autora. Não obstante, “o terceiro que contribuir para o auto-aborto, fornecendo o instrumental necessário ou auxiliando diretamente nas práticas abortivas, responderá pelo mesmo crime.”<sup>97</sup>

Por seu turno, no aborto consentido pela gestante, dois são os co-autores, ou seja, a gestante e o terceiro. Nesta modalidade imprescindível é o consentimento válido da mulher para que alguém realize o aborto. Costa Jr. (2005, p.390) lembra que a gestante não se limita a tolerar a prática abortiva, de forma que também coopera com ela. “A mulher não permanece inerte, pois exercita os movimentos necessários e se coloca em posição ginecológica.” Outrossim, merece destaque que o consentimento da mulher é parte integrante do tipo. Entretanto, em razão de não possuir disponibilidade sobre a vida do feto, torna-se inoperante. Ainda com relação ao consentimento, não precisa que seja expresso, podendo resultar até da própria conduta passiva da gestante. Contudo, deverá ser válido para conduzir a uma adequação típica mais benevolente em relação ao terceiro (at. 126, CP) e não para uma forma mais grave (art. 125). Se a gestante for menor de catorze anos, ou débil mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude, o crime a ser punido é o contido no art. 125, como se provocado sem a anuência da gestante.<sup>98</sup>

A terceira modalidade de aborto prevista na legislação brasileira corresponde à forma não consentida, prevista no art. 125, do Código Penal, cuja contrariedade da gestante poderá ser deduzida, ou até presumida, quando a ação vier a ser praticada sem que a vítima tenha dela conhecimento.

Também há previsão da forma qualificada deste delito, descrita no art.127, CP, que trata do agravamento de um terço da pena se em consequência do aborto ou dos meios empregados, a gestante vier a sofrer lesão corporal grave. A pena será duplicada se lhe sobrevier a morte. Trata-se da forma preterdolosa desse crime. Contudo, o evento mais grave (lesão ou morte) não poderá ser cogitado nem desejado pelo agente, ainda que eventualmente. Na hipótese do agente agir movido

---

<sup>97</sup> Costa Jr., 2005, p.390

<sup>98</sup> Costa Jr., *op.cit.*, p.390-391.



pelo dolo, responde em concurso material pelos crimes de aborto e lesões, ou de homicídio.

Finalmente, o legislador penal também contemplou, nos incisos do art. 128, do Código Penal, o aborto necessário (terapêutico) e o aborto sentimental (ético ou criminológico). Em verdade, estas constituem as duas causas de exclusão de antijuridicidade tipificadas no nosso ordenamento. Conforme será tratado nos tópicos seguintes, embora a legislação nacional tenha optado por um sistema restrito de indicações, existe previsão na legislação comparada para indicação econômico-social, o qual visa evitar o agravamento da situação social da família numerosa e desprovida de recursos; indicação eugenésica (quando há riscos comprovados de que o feto nasça com graves anomalias físicas ou psíquicas), além de uma interpretação menos restritiva do abortamento terapêutico (que além da vida, tutela a saúde física e mental da mãe).

### **2.3 As causas de justificação previstas na legislação brasileira**

O legislador penal definiu como crime de aborto a interrupção voluntária da gestação que implique na morte do produto da concepção, sendo irrelevante, como já dissemos, o estágio de desenvolvimento em que se encontre a gravidez.

Atualmente, verifica-se a existência de três tendências quanto a incriminação do aborto, quais sejam: uma bastante restritiva, a exemplo do Código Penal ora vigente; outra mais permissiva, “que consente o aborto num maior número de casos (prole numerosa, idade avançada da mulher, morte ou incapacidade do pai, mulher não casada, possível deformação do feto, incapacidade física ou psíquica da mulher)”; e finalmente, um terceiro grupo de leis, bastante liberais, as quais confiam à mulher a decisão de prosseguir ou não a gestação e permitem que o médico decida quanto ao aborto. Este corresponde ao critério adotado por países como o Japão, a Suécia, a Hungria e a Rússia, onde o índice de natalidade é baixo e as taxas de abortos legais são muito grandes.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Costa Jr., 2005, p.387.

Comentando as soluções legislativas com relação ao aborto, Fragoso observa que “as piores leis são as altamente restritivas, pois conduzem à realização de abortos ilegais perigosos. Tais leis não podem ser observadas nem impostas pela autoridade, levando o sistema penal ao descrédito.”<sup>100</sup> Ademais, em se tratando de uma sociedade pluralista, ofendem a consciência daqueles que não aceitam os valores invocados para justificar a punição. Ainda, na esteira do comentário de Lyra, tal política conduz às práticas clandestinas, “aumenta seus perigos, oculta seus males, desorienta a política social, desmoraliza a ameaça penal, prestigia a moral pratica que tolera e não considera desonesto o abortamento.”<sup>101</sup>

Prado assinala que embora o legislador brasileiro tenha optado pela incriminação do aborto voluntário, também adotou o sistema de indicações. Segundo esse sistema, “a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, o que justifica a criminalização inclusive do auto-aborto, do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.” Entretanto, estando presente circunstância hábil a ensejar um conflito entre a vida do embrião ou feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. “De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g. vida, saúde, liberdade, intimidade ...).”<sup>102</sup>

Neste contexto, o Código Penal de 1940, que continua em vigor nos dias atuais, adotou uma postura mais restritiva, elencando somente duas hipóteses nas quais o delito de aborto estaria afastado, isto é, as suas excludentes de antijuridicidade, *in verbis*:

Artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico:

- I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
- II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Fragoso, 1976, p.125.

<sup>101</sup> Lyra, R. *apud* Fragoso, *idem, ibidem*.

<sup>102</sup> Prado, 2005, p.118.

<sup>103</sup> Código Penal. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

Em conseqüência deste dispositivo legal, não são considerados como crime o aborto necessário ou terapêutico (aquele motivado pelo risco de vida da gestante) e o sentimental ou humanitário (aquele em que a gravidez é resultante de estupro).

Note-se que se trata de uma 'solução de compromisso', porquanto permite a realização do aborto apenas se presentes as hipóteses (indicações, exceções) preestabelecidas pela lei, e desde que se enquadrem nos requisitos ali exigidos. Assim, verifica-se que a legislação brasileira adotou tão-somente as indicações terapêutica (com restrições) e a sentimental.

A primeira das indicações corresponde ao chamado aborto necessário (art. 128, II, do CP), cujo propósito do abortamento é salvar a vida da gestante, na ausência de outro meio eficaz. Segundo o magistério de Hungria, o aborto necessário é definido como “a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante.” Dessa forma, pode ele ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). De acordo com o citado autor, a justificativa para esta indicação ocorre em razão de que durante a gravidez, devido ao “estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente”, poderá ocorrer “séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal situação. O médico assistente é o árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da penhez.”<sup>104</sup>

Esta indicação possui seu fundamento no estado de necessidade, excludente da ilicitude da conduta prevista na Parte Geral do Código Penal. Isso porque a conduta do médico visa afastar perigo atual – a morte – e se trata de um bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina: a pena do homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos (art. 121, *caput*, CP), enquanto a pena do aborto praticado por terceiro

---

<sup>104</sup> Hungria, 1942, p.271-2.

sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP). Não há, portanto, conflito entre bens iguais. Finalmente, impende destacar que o aborto necessário independe do consentimento de familiares ou da gestante, que poderia não estar em condições de prestá-lo, ou poderia sacrificar-se para salvar o filho. Basta, para tanto, a constatação do médico de que não existe outro meio para salvar a vida da gestante.<sup>105</sup>

A segunda e última indicação contemplada na legislação brasileira é o aborto sentimental, também chamado de indicação ética ou humanitária. Segundo Hungria, “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.”<sup>106</sup> Nesse caso, não obstante inexistir perigo de vida à gestante, o abortamento está autorizado em razão da gravidez resultar de estupro. À título ilustrativo, a previsão legislativa da indicação sentimental ou humanitária remonta historicamente à Primeira Guerra Mundial, quando muitas mulheres ficaram grávidas em decorrência da violência sexual praticada pelos exércitos invasores. Nesse contexto, conceber um filho nascido de um crime odioso, além de representar grande sacrifício e humilhação para mulher, aumentava os riscos de transmissão pela hereditariedade de características do autor do estupro, considerado como pessoa degenerada e anormal. Costa Jr. recorda que para dar uma solução legal ao problema, algumas codificações, como a iugoslava, a grega e a polonesa, acolheram esta indicação, exemplo este que foi seguido por países como a Suécia, Dinamarca e Islândia, autorizando legalmente o aborto. Este posicionamento foi acolhido pela doutrina, que defendeu a tese do aborto sentimental sob o argumento de que “seria desumano constranger uma mulher, que já sofreu o dano da violência carnal, a suportar também aquele da gravidez, com vistas a um ser em formação que, não tendo ainda vindo à luz, não é sujeito de qualquer direito”.<sup>107</sup>

Destarte, para realização deste procedimento, indispensável é o consentimento da gestante, ou de seu representante legal, se incapaz. Outra

---

<sup>105</sup> Prado, 2005, p.118.

<sup>106</sup> Hungria, 1942, p.273.

<sup>107</sup> Costa Jr., 2005, p.393.

condição inafastável é que o aborto seja praticado por médico, entretanto, admite-se uma relativização dessa interpretação caso a gestante encontre-se em perigo de vida (estado de necessidade).

Na opinião de Mirabete, estas excludentes de ilicitude estão respaldadas legalmente por caracterizarem um estado de necessidade (previsto no artigo 24, do Código Penal) ou inexigibilidade de conduta diversa, o que afastaria a culpabilidade, pois a mesma não deve estar obrigada a cuidar de um filho gerado por um ato de violência. O primeiro caso corresponde ao aborto necessário (ou terapêutico) que, “no entender da doutrina, caracteriza espécie de estado de necessidade, em que se elimina a vida fetal em favor da vida da gestante. O dispositivo é necessário porque, na hipótese, é dispensada a necessidade da atualidade do perigo.” Desse modo, havendo perigo para a vida da gestante, o aborto está autorizado. No tocante a exigência de autorização da gestante, nos termos legais, dispensa-se o seu consentimento, o que é exigido na segunda indicação, porquanto “o médico, o único autorizado a realizar o aborto, pode agir em favor de terceiro, no caso a gestante.” Ao lado disso, com relação ao aborto sentimental, ou seja, quando a gravidez resulta de estupro, em verdade se trata de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a justificativa da norma permissiva reside na ausência do dever da mulher “ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, além do risco de problemas de saúde mental hereditários.”<sup>108</sup>

Especificamente com relação ao aborto sentimental, por suas peculiaridades, cabe tecer alguns comentários, principalmente face as recentes modificações na normatização administrativa do procedimento.

Em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde reeditou a norma técnica<sup>109</sup> que orienta os hospitais e médicos sobre a prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. A principal novidade deste protocolo é a dispensa da apresentação do boletim de ocorrência (BO) como condição para realização do abortamento legal.

---

<sup>108</sup> Mirabete, 1999, p. 697.

<sup>109</sup> Norma técnica sobre Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – 2005.

Embora o Código Penal exija tão-somente o consentimento da mulher para realização do aborto sentimental, referida norma causou controvérsia e insegurança entre os médicos, que acreditavam que poderiam sofrer conseqüências jurídicas se induzidos em erro pela gestante. Entretanto, em razão da legislação penal não condicionar o procedimento a qualquer espécie de autorização ou decisão judicial, a mulher que sofreu violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Este fato, inclusive, possui reflexo nos aspectos processuais deste delito, uma vez que a ação penal somente será iniciada mediante representação da vítima.

Dessa forma, caso a mulher opte por não levar o fato a conhecimento das autoridades judiciais, não lhe pode ser negado o direito ao aborto legal e seguro. Conforme assinala S. Nogueira, “o Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde.”<sup>110</sup>

Outrossim, a equipe médica não deve temer possíveis conseqüências jurídicas caso se descubra, posteriormente, que a gravidez não foi decorrente de violência sexual, porquanto a conduta destes profissionais estaria isenta de pena ante a configuração do erro de tipo (art. 20, §1º, CP). Logo, se todas as cautelas procedimentais forem cumpridas pelo serviço de saúde (consentimento da gestante e verossimilhança das alegações), na hipótese de ser descoberta a falsidade da alegação, somente a gestante responderia criminalmente.

De outra parte, silenciou a lei no tocante ao aborto por anomalia fetal grave, provavelmente porque em 1940 os conhecimentos sobre esta área da medicina eram poucos e restritos, sendo que não se pode legislar a respeito uma matéria sobre a qual não se conhece. Ainda que a vida do feto não seja considerada um bem absoluto pelo legislador penal, vez que permitiu a interrupção da gestação independentemente das suas condições de saúde, a anomalia fetal incompatível com a vida não se encontra prevista dentre o rol de excludentes de ilicitude do delito

---

<sup>110</sup> Nogueira, S., 2005, p.02.

de aborto. A razão para esta omissão legislativa é presumível: na década de 40, quando da promulgação do Código Penal, o acompanhamento da gestação e saúde fetal limitava-se ao auscultamento dos batimentos cardíacos.

Seguindo o mesmo raciocínio, P. Franco defende a tese de que se o perigo de vida para a gestante autorizava o aborto independentemente das condições do feto, não há motivos para não se admitir a interrupção da gestação diante da certeza da impossibilidade de vida extra-uterina do feto. Segundo o autor, rechaçando o argumento de que se pretenderia defender a interrupção da gravidez decorrente exclusivamente da vontade da mãe, o que se procura, ao contrário, é buscar uma interpretação da lei penal “de forma mais abrangente e atual, respeitando sempre o objetivo primeiro do legislador, que permite o aborto necessário no caso em que não haja condições de vida extra-uterina do feto, em razão de anomalias sérias, devidamente diagnosticadas.” Ademais, ressalva que não se pretende que “quaisquer anomalias ou deformidades dêem ensejo à interrupção da gravidez, liberalidade perigosa.” Em conclusão, afirma que se o legislador ordinário admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, e considerando o espírito de seu posicionamento, resta igualmente autorizada a interrupção da gravidez no caso de impossibilidade de vida do feto após o nascimento, cujo diagnóstico prévio hoje é possível. E principalmente, “se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente dos riscos de vida à mãe e das condições do feto”, com mais razão se pode defender que o legislador penal teria admitido como possível, igualmente, o aborto do feto sem possibilidade de vida autônoma. Essa seria a interpretação “mais condizente com o intuito da lei, não atenta contra o direito à vida e se reveste, creio, de ponderáveis contornos humanitários.”<sup>111</sup>

Devido ao grande avanço tecnológico dos dias atuais e a possibilidade de se diagnosticar as anomalias fetais ainda no ventre materno, existem movimentos conduzidos por médicos, feministas, juristas e organizações religiosas de vertente liberal, para que seja incluída a modalidade do chamado aborto piedoso entre os tipos permissivos legais do artigo 128, do Código Penal.

---

<sup>111</sup> P. Franco, 1993, p.02.

Sensíveis à realidade daqueles que têm o infortúnio de receber o diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida, muitos juízes têm deferido autorizações para a interrupção destas gestações baseados nos dogmas constitucionais de que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano e em atenção ao princípio da dignidade humana. Também, outro recurso utilizado é a analogia *in bonam partem*, uma vez que o legislador penal permitiu o aborto independentemente das condições físicas do feto, e o prosseguimento de uma gravidez deste tipo acarreta sérios danos a saúde mental da gestante, comparando-se com o permissivo legal do estado de necessidade.

Estimativas sugerem mais de três mil autorizações<sup>112</sup> deferidas nos mais diversos estados brasileiros, excluindo-se deste cálculo os procedimentos autorizados pela Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários do Sistema de Saúde – Pró Vida, do Distrito Federal, que desde 1999 desenvolve um trabalho com pacientes provenientes da Rede Pública de Saúde, assegurando a interrupção da gestação em ambiente hospitalar adequado, conduzida por médicos capacitados, após confirmado por equipe multidisciplinar o diagnóstico de inviabilidade extra-uterina do concepto.

No entanto, embora amparado pelas reiteradas decisões já referidas, sabe-se de casos cujas autorizações são indeferidas pela singela justificativa de não haver previsão expressa na legislação penal, negando-se vigência, assim, aos postulados de igualdade, humanidade e dignidade, acesso à justiça e direito à saúde, consagrados na Carta Constitucional de 1988. Por outro lado, representa um contra-senso esperar uma regulamentação dessa matéria numa lei datada de 1940, época em que sequer existia diagnóstico pré-natal.

Embora a regulamentação desta matéria esteja prevista no anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, o qual a contempla dentre as excludentes de ilicitude do delito de aborto, sabe-se que existem outras matérias, com maior repercussão política e no meio social, aguardando votação no Congresso

---

<sup>112</sup> Gollop, 2006, p.76.



Nacional. Da mesma forma, o substitutivo do PL 1.135/91, o qual inclui as propostas sugeridas pela Comissão Tripartite designada para revisar a legislação do aborto, assegura a interrupção voluntária da gravidez até doze semanas de gestação; até vinte semanas se a gravidez for resultante de crime contra liberdade sexual; a qualquer tempo se diagnosticada malformação incompatível com a vida ou doença grave e incurável ou na hipótese da gravidez oferecer grave risco à saúde da gestante.

É neste contexto de insegurança jurídica que a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, perante o Supremo Tribunal Federal, com a alegação de que a obrigação de levar a termo uma gestação de feto anencéfalo constitui violação a preceito fundamental, notadamente à dignidade humana e o direito à saúde. Após vencida a questão de ordem sobre a adequação do meio legal utilizado, a ação foi admitida em 27 de abril de 2005, estando atualmente aguardando a realização de audiência pública com setores da sociedade civil.<sup>113</sup>

Por conseguinte, nos termos do quadro jurídico e legislativo ora delineado, não há perspectiva para adequação da legislação penal às situações ora referidas, cabendo aos juízes e promotores, no caso concreto, fazer esta sintonia da lei com os conhecimentos tecnológicos e valores da sociedade contemporânea.

## **2.4 O aborto na legislação comparada**

Muitos países adotaram o sistema de indicações, podendo ou não estar condicionada a um prazo, qual seja, o número de semanas de gestação, para prever as hipóteses em que é lícito interromper a gravidez.

Estas indicações coincidem com recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas, dependendo das leis vigentes naquele país, que em relação ao aborto, pode ser menos ou mais restritiva, chegando a ser totalmente liberal (v.g.

---

<sup>113</sup> Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 – Questão de Ordem,- Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 20 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: 19/11/2004.

Holanda e nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte Americana já assentou o entendimento em favor do direito de opção da mulher).

Com fundamento na revisão elaborada por Henshaw (1990), que trata das leis relativas ao aborto no mundo, Gollop afirma que “as leis que norteiam o aborto induzido têm abrangência variável, desde aquelas que proíbem sem nenhuma exceção até aquelas que o consideram um direito da mulher grávida.” Nesse contexto, “cinquenta e três países com mais de 1 milhão de habitantes, correspondendo a 25% da população mundial, situam-se na categoria mais restritiva, em que o aborto é permitido somente quando a gravidez representa um risco para a vida da mãe.” Ao lado disso, analisando as legislações que autorizam o aborto por razões médicas em sentido mais amplo - a saber, quando há saúde da mãe está em perigo, não limitando ao risco de perder sua vida, e, algumas vezes, por risco genético ou por razões jurídicas como estupro ou incesto -, verifica-se sua incidência em quarenta e dois países com pelo menos 1 milhão de habitantes, compreendendo 12% da população mundial. Entretanto, nesses países “não é permitido o aborto por indicações sociais isoladamente ou a pedido unicamente da gestante.” De outra parte, a população do grupo de 14 países, com mais de um milhão de habitantes, nos quais o aborto é permitido por razões sociais ou médico-sociais, ou seja, condições sociais adversas, representa 23% da população mundial. Nesse casos, as condições sociais adversas “tanto justificam a interrupção da gestação quanto devem ser consideradas na avaliação do agravo à saúde mental da mulher. Na maioria desses países, incluindo Austrália, Finlândia, Inglaterra, Japão e Taiwan, o aborto é virtualmente permitido pela simples decisão da gestante.” E finalmente, as leis menos restritivas dizem respeito aos 23 países onde o aborto é permitido pela simples opção da gestante. É o caso de alguns dos países mais populosos do mundo – China, Rússia, países da antiga União Soviética, Estados Unidos e a metade dos países da Europa –, correspondendo a 40% da população mundial. Nos países mulçumanos, de uma maneira geral, além da África e a América Latina, contam com poucas indicações de abortos legais, excetuados apenas os casos de estupro e risco de vida materna.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Gollop, 1999, p. 56.

Importante ressaltar que, em muitos destes países, ocorre uma combinação de indicações e prazos para autorizar a interrupção voluntária da gravidez.

Constituem exemplos de países cujas legislações conferem a gestante o poder de decidir sobre a continuidade da gestação, independentemente de uma indicação, desde que realizada em determinado prazo (na sua maioria, até 12 semanas): Alemanha; Áustria; Bulgária; Dinamarca; Eslováquia; França; Estados Unidos; Holanda (até 13 semanas); Romênia; Suécia (até 18 semanas), Turquia (até 10 semanas).

Além destes países, outras legislações admitem a interrupção da gestação, porém se caracterizado o risco de vida ou da saúde mental da gestante, do feto ou lesão deste: Alemanha, África do Sul, Bélgica, Bulgária, Canadá, Dinamarca, Espanha, França (porém, condiciona a interrupção nos primeiros três meses de gestação, quando esta é motivada pelo abalo a saúde mental da mulher), Gana, Reino Unido, Grécia, Holanda, Índia, Israel, Itália, Luxemburgo, Portugal, Turquia. Contudo, na Suíça e no Peru, estas indicações são limitadas às hipóteses em que há perigo para a saúde psíquica da gestante.<sup>115</sup>

À título exemplificativo, convém destacar o procedimento adotado por alguns destes países no tocante a interrupção voluntária da gravidez.

Na Alemanha, após a decisão da mãe e do médico, a gestante será submetida a um acompanhamento psicológico, sendo que a interrupção da gestação deverá ocorrer num prazo mínimo de três dias após este aconselhamento. Esta intervenção não deverá ser realizada pelo médico que decidiu, juntamente com a mãe, pela interrupção da gravidez. Quando a interrupção for motivada pela malformação do feto, deverá ser realizada nas primeiras 22 semanas. Já, quando for em razão do dano à saúde física ou mental da mulher, não é condicionada a nenhum prazo. No entanto, apesar de ser gratuita, muitas alemãs procuram outros países para realizar esta cirurgia, pois muitos hospitais se recusam a realizá-la por

---

<sup>115</sup> Ribeiro, 2000, p.96.

motivos socio-psicológicos.<sup>116</sup>

Similarmente, com relação ao procedimento de aconselhamento psicológico, na Dinamarca a interrupção da gestação será decidida por quatro profissionais de saúde. Se a gestante for menor de 18 anos, exige-se o consentimento de seus pais para realização de tal procedimento. Quando for requerida pela mulher, o prazo para execução é de doze semanas. Os hospitais ficam obrigados a realizar a interrupção quando procurados nas 12 primeiras semanas, sendo reembolsados pelo próprio Estado. Entretanto, somente as residentes no país podem ser beneficiadas por esta intervenção médica.<sup>117</sup>

Por sua vez, a legislação da Espanha permite a realização do abortamento nos casos de grave risco à vida ou a saúde física ou psíquica da gestante, hipótese em que o procedimento poderá ser realizado a qualquer momento. Se a gravidez for decorrente de estupro, sua interrupção poderá ocorrer até as 12 primeiras semanas. Quando se presumir que o feto nascerá com grave doença física ou psíquica, esta operação deverá ocorrer dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação, mediante o consentimento expresso mais dois médicos especialistas. A legislação espanhola exige que a interrupção seja executada por médico distinto daquele que fez o diagnóstico. Na prática, tem prevalecido na Espanha um conceito muito abrangente de risco à saúde psíquica da mulher, o que amplia as possibilidades de aborto legal.<sup>118</sup>

Já na França, a primeira legislação que dispôs sobre a interrupção voluntária da gravidez data de 1975, sendo que em razão da previsão de vigência por cinco anos, foi ratificada por uma nova lei em 1979, a qual sofreu algumas modificações em 2001. Nesse sentido, durante as 12 primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, a gravidez poderá ser interrompida se lhe causar forte angústia (*detresse*), ou, a qualquer tempo, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou ainda, exista grande probabilidade de que o feto venha a sofrer, após o nascimento, de doença grave e incurável no momento do diagnóstico. A recente

---

<sup>116</sup> Ribeiro, *idem, ibidem*.

<sup>117</sup> Ribeiro, 2000, p.97.

<sup>118</sup> Ribeiro, *op.cit.*, p.97-98.

alteração legislativa tornou facultativa para as gestantes adultas a consulta prévia para aconselhamento e informação. O Estado custeia 70% das despesas hospitalares, assegurando ao médico o direito à objeção de consciência.<sup>119</sup>

Da mesma forma, na Holanda a interrupção voluntária da gravidez poderá ser realizada durante as treze primeiras semanas de gestação, independentemente de uma indicação, e até a 24<sup>a</sup> semana, no caso da gestação lhe causar forte angústia. Em ambas as hipóteses um médico deverá assegurar que a decisão foi tomada livremente. Para as menores de 18 anos, exige-se a autorização dos pais, e cinco dias de carência entre a decisão e a interrupção. O Estado reembolsa totalmente os custos da operação.<sup>120</sup>

No Reino Unido, o aborto é permitido durante as 24 primeiras semanas, desde que motivado por razões sociais, sócio-médicas, sócio-econômicas ou, ainda, no caso de risco de lesões severas para a vida da gestante. Quando realizada em hospital público, não haverá custo para paciente. Outrossim, se a gestante for menor de 16 anos, a intervenção deverá ser precedida pelo consentimento de dois médicos e da autorização dos pais.

De modo semelhante, na Grécia, se a interrupção da gravidez ocorrer em virtude de razões médico-psicológicas, deverá ser executada nas 20 primeiras semanas. Se for motivada pela malformação do feto, deverá ocorrer nas primeiras 24 semanas. Exige-se o consentimento dos pais se a mãe for menor.<sup>121</sup>

Em Portugal, com a reforma do Código Penal, em 1997, o prazo para interromper a gestação, quando o nascituro padecer de grave doença ou malformação congênita, foi alterado para 24 semanas de gestação. Quando for indicada para preservar a vida ou a saúde física ou psíquica da mãe, deverá ocorrer nas 12 primeiras semanas de gravidez. Em se tratando de fetos inviáveis, este procedimento poderá ser praticado a qualquer tempo. O médico que indicar a interrupção, por meio de prévio atestado, não deverá conduzir a operação. O

---

<sup>119</sup> Sarmiento, 2006, p.120.

<sup>120</sup> Ribeiro, 2000, p.98.

<sup>121</sup> Ribeiro, *idem, ibidem*.

consentimento materno deverá ser obtido com antecedência mínima de três dias da data da intervenção. Se for menor de 16 anos, exige-se a autorização dos pais. Se for impossível obter a autorização, e a realização da interrupção for de caráter urgente, o médico decidirá, e quando possível, auxiliado por parecer de outro médico.<sup>122</sup>Cumpra-se destacar que recentemente, foi derrotada, em referendo popular, a proposta sobre a legalização da interrupção voluntária da gravidez, independentemente de indicação, durante as dez primeiras semanas. Em que pese o alto índice de abstenção (somente 31,9% dos eleitores votaram) e o fato de não se tratar de consulta popular vinculativa, o legislador português seguiu a orientação do referendo, rejeitando a mudança legislativa pretendida. Assim, atualmente ficam mantidas somente as indicações aqui especificadas.<sup>123</sup>

Por fim, na Itália, após a Corte Constitucional ter declarado em 1975 a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal italiano, o qual punia indistintamente o aborto, em 1978 foi editada uma lei que regulamentou detalhadamente a interrupção da gravidez. De acordo com o referido diploma, durante os primeiros noventa dias de gestação, a gestante poderá solicitar a realização do aborto nas hipóteses em que sua saúde física ou psíquica esteja em risco; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou nas hipóteses de má-formação fetal. Excetuando-se os casos de urgência, a legislação previu um intervalo mínimo de sete dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, de modo que seja assegurado o tempo mínimo necessário para reflexão da gestante. Por outro lado, caso a gravidez ou parto importe em grave risco de vida para a gestante, ou quando se verificarem processos patológicos ou anomalias fetais graves que impliquem em grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher, a realização do aborto poderá ocorrer a qualquer tempo.<sup>124</sup>

Dessa forma, constata-se que em muitos países a interrupção da gestação é ponto pacífico, estando legalizada e plenamente regulamentada.

---

<sup>122</sup> Ribeiro, *op.cit.*, p.99.

<sup>123</sup> Sarmiento, 2006, p.130.

<sup>124</sup> Sarmiento, *op.cit.*, p.122-123.

Como se nota, o que diferencia o procedimento de um país em relação a outro é o prazo para interromper e as indicações, que podem ser mais abrangentes, restritivas ou até totalmente liberais, privilegiando-se neste caso, como princípio fundamental, o direito de escolha da mulher em ter ou não esse filho, garantindo a estas mães o direito à vida, à saúde e integridade física e moral, direitos estes que também encontram amparo nas respectivas constituições.

### **3 ABORTO E BEM JURÍDICO-PENAL**

#### **3.1 Evolução histórica da teoria do bem jurídico-penal**

A construção da noção de bem jurídico-penal remonta ao tempo do Iluminismo, cuja idéia de estabelecer limites formais e materiais ao *ius puniendi* era reforçada pela valorização do princípio da legalidade, sendo condição necessária para a existência do crime a lesão a um direito subjetivo e a danosidade social.

Deve-se a Feuerbach a primeira tentativa de formular um conceito material de crime, transcendente e crítico em relação ao sistema vigente. Segundo o autor, crime seria a “violação de um direito subjetivo do cidadão ou do próprio Estado.” Nesse sentido, define como “princípio supremo do direito penal” o fato de que “toda a pena legalmente cominada e aplicada no Estado é a consequência jurídica duma lei fundada na necessidade de preservação dos direitos alheios e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível.”<sup>125</sup> Segundo Andrade, Feuerbach contribui para a instauração de um direito penal “assente na representação precisa da danosidade social a reprimir e prevenir.” Da mesma forma, parte da premissa que ao Estado cabe assegurar o livre exercício da liberdade de cada um, no respeito pela liberdade dos outros, de modo que não cabe a ele ser

---

<sup>125</sup> Feuerbach *apud* Andrade, 1999, p.43.

promotor da cultura e da moralidade, defendendo a autonomia do direito face à moral. Em outras palavras, “na medida em que o direito surge como força coercitiva (ao serviço da segurança pública). Feuerbach expurga-o de todo o farisaísmo”. Outrossim, uma vez que “o direito aparece como capacidade jurídica subjetiva, dispensa-o de ter de fazer a prova da dignidade moral da pessoa juridicamente capaz. Ao Estado não cabe formular juízos sobre a moral, nem erigir-se em protetor da religião.” Conseqüentemente, “a moral e a religião convertem-se em assuntos privados.”<sup>126</sup>

Contudo, foi o artigo publicado por Birnbaun que trouxe pela primeira vez o conceito de bem jurídico, dando início a um novo paradigma geral de compreensão do crime, por meio do objeto e respectiva lesão, além do conteúdo material da ilicitude. Para o autor, bem jurídico equivale ao “bem material, pertencente a um particular ou à coletividade, pela sua natureza suscetível de violação, e ao qual o Estado atribui tutela.”<sup>127</sup> Assim, ao invés de considerar o crime como violação do direito subjetivo de outrem, “a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e o objetivo de que preferentemente relevam as ‘coisas’ valoradas como bens jurídicos.”<sup>128</sup> Todavia, como refere Souza, na obra de Birnbaum não se encontra nenhuma referência precisa do significado de ‘bem’ como objeto da ofensa, razão pela qual tal compreensão foi deduzida de forma tácita. “Classificou como ‘delitos de lesão natural’ aquelas ações que afetavam *bens* dados aos homens por natureza; enquanto os chamados ‘delitos de lesão social’ teriam como resultado *bens* correlacionados ao desenvolvimento histórico-social da ‘sociedade burguesa’.”<sup>129</sup>

No entanto, é somente “sob o manto positivista” que era o referencial filosófico dominante na época da publicação do *Die Normen* de Binding, que a teoria sobre bem jurídico proposta por Birnbaum “consagra-se e adquire contornos mais precisos quanto à sua delimitação conceitual e terminológica.”<sup>130</sup> Desse modo, Binding atribui à lei a competência para definir o bem jurídico-penal e identificar as

---

<sup>126</sup> Andrade, 1999, p.44-45.

<sup>127</sup> Birnbaun *apud* Pelarin, 2002, p.55.

<sup>128</sup> Andrade, 1991, p.51.

<sup>129</sup> Souza, 2004, p.49-50.

<sup>130</sup> Souza, *op.cit.*, p.55.



formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal. Segundo o autor,

é bem jurídico tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.<sup>131</sup>

Assim, ao atribuir uma importância excessiva ao juízo do legislador na escolha dos bens jurídicos, afastou qualquer concepção pré-normativa que fundamente um conteúdo político-criminal. Ainda que se deva à Binding a afirmação terminológica da categoria do bem jurídico-penal, sua teoria é carente por defender uma concepção puramente formal do Estado de Direito, privilegiando-se “demasiadamente a autonomia e o papel do legislador”, denegando “à intervenção punitiva qualquer legitimação material, abrindo-se as portas ao alargamento incontrolável das áreas de criminalização.”<sup>132</sup>

Diferentemente do proposto por Binding, que busca os bens jurídicos a partir do direito (ou melhor, da lei), Liszt confronta o direito penal com a complexidade da própria vida e das coisas, processos e instituições que nela se movimentam. Enquanto Binding parecia crer na “plasticidade das ‘coisas’ do mundo e da vida nas mãos do direito, Liszt confiava mais na plasticidade reflexiva do direito para responder às exigências duma realidade múltipla e diferente.”<sup>133</sup> Para Liszt, “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana”, de forma que define bem jurídico como sendo o interesse juridicamente protegido. “Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.”<sup>134</sup> Desse modo, Liszt foi “o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico.” Segundo este penalista, esta noção se traduz num “*conceito limite* da abstrata lógica jurídica.”<sup>135</sup> Assim, “o conteúdo material anti-social do ilícito é independente da definição considerada pelo legislador. A norma jurídica,

---

<sup>131</sup> Binding *apud* Andrade, 1991, p.65.

<sup>132</sup> Souza, 2004, p.58.

<sup>133</sup> Andrade, 1991, p.69.

<sup>134</sup> Liszt *apud* Pelarin, 2002, p.57.

<sup>135</sup> Souza, *op.cit.*, p.60-61.

ao invés de criar o bem jurídico, o encontra.”<sup>136</sup> De outra parte, a teoria de Liszt desenvolve o importante critério político-criminal da necessidade de tutela penal. Para ele, “deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra estes delitos.”<sup>137</sup> Portanto, por meio do conceito de necessidade da pena, atualmente conhecido como princípio da subsidiariedade, Liszt reduziu o âmbito de atuação da pena, circunscrevendo-a para os casos nos quais não há outra forma de proteção suficiente dos bens jurídicos.

Pelarin identifica no positivismo o ponto de contato entre as teorias sobre o bem jurídico propostas por Binding e Liszt, seja ressaltando a lei como fonte e matriz do bem jurídico, seja priorizando os dados sociais, respectivamente. “A contribuição de Liszt para a construção de um conceito de bem jurídico vê da função ‘transistemática e crítica e, assim, limitadora e fundamentadora da intervenção penal’; em contrapartida, Binding tende a identificar o bem jurídico com as ‘condições para uma vida sã da comunidade’, mas tal como o legislador as delineou.”<sup>138</sup> Contudo, o não escalonamento dos bens fundamentais que seriam objeto da tutela penal, ou ainda, a falta de critérios dessa seleção, constitui a falha das concepções positivistas.

A publicação da obra de Honig, sob influência do clima normativista e radicalizador da interpretação legal, marca o início de uma nova etapa na doutrina sobre o bem jurídico. Para Honig o bem jurídico corresponde ao “fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve”. Assim, o objeto da tutela seria apenas o produto da reflexão especificamente jurídica, de forma que “não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições penais.”<sup>139</sup> Nesse sentido, “como o bem jurídico é resultado da reflexão especificamente jurídica, os objetos da tutela não existem enquanto tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto

---

<sup>136</sup> Liszt *apud* Souza, *op.cit.*, p.62.

<sup>137</sup> Liszt *apud* Souza, *op.cit.*, p.64.

<sup>138</sup> Pelarin, 2002, p.71.

<sup>139</sup> Andrade, 1991, p.79.

do escopo das disposições.”<sup>140</sup> Sendo assim, é a norma que diz qual o bem jurídico tutelado, não havendo “qualquer investigação anterior para se saber o que a norma quis absorver. Valoriza-se o complexo normativo, forçando a realização da lógica-jurídica.”<sup>141</sup>

Após a Segunda Guerra, com o intuito de desenvolver a conceituação material do crime visando impor limites ao poder punitivo, surgiram algumas teorias cujo foco estava na proteção de bens jurídicos com apego em construções sociológicas ou com fundamento em valores constitucionais. O retorno aos aspectos liberais retirou a moral sexual e a convicção religiosa da área de atuação do direito penal. Segundo Roxin, “evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal. O Estado tem de salvaguardar a ordem externa, mas não possui qualquer legitimidade para tutelar moralmente o particular.”<sup>142</sup> Com isso, ganhou força a tese de que o bem jurídico-penal não se situa no âmbito do sentimentalismo, subjetivismo ou concepção moral do cidadão, mas, antes disso, sua origem “vem de um objeto fenomênico mais próximo possível da realidade concreta, do mundo das coisas, aqueles (bens) que podem, de forma efetiva, serem atingidos pela conduta humana.”<sup>143</sup>

Dentre as teorias que surgiram nesse período, Amelung propõe uma teoria do bem jurídico centrada na danosidade social, advogando a tese da ruptura entre o “pensamento iluminista de um direito penal circunscrito às condições básicas da convivência humana e, por outro lado, a doutrina do bem jurídico.” Segundo Amelung, ao invés de um “direito penal sobreponível a uma teoria da sociedade e, por isso, racional e trans-sistemático, a teoria do bem jurídico veio abrir a porta a um direito penal irracional e restauracionista, á margem de todo ‘controle sociológico’.” Acrescenta que enquanto a doutrina iluminista da danosidade social se orienta para uma reflexão, em última análise, “sobre as condições da convivência humana, a doutrina da proteção de bens jurídicos rompe de forma decisionística com tal reflexão. O decisivo para a constituição do bem jurídico é um momento volitivo.” Ou seja, nascem de um ato de valoração cujo objeto é estabelecido pelo legislador,

---

<sup>140</sup> Andrade, *op.cit.*, p.66.

<sup>141</sup> Pelarin, *op.cit.*, p.80.

<sup>142</sup> Roxin *apud* Pelarin, *op.cit.*, p 101.

<sup>143</sup> Pelarin, 2002, p.102.

em última análise, representa a legitimação do direito penal por ele próprio.<sup>144</sup> Portanto, ao direito penal cabe criminalizar as condutas socialmente danosas, “correspondentes aos fatos disfuncionais, que dificultassem ou impedissem a resolução dos problemas de sobrevivência e manutenção da sociedade pelo sistema social, sendo o crime um caso específico de disfuncionalidade.” Nesse caso, o direito penal atuaria com a sanção para ‘repor a confiança na funcionalidade do sistema’.<sup>145</sup> Outrossim, emprestando conteúdo à sua teoria, a Constituição - principalmente o catálogo de direitos fundamentais - seria o “fundamento do que Amelung designa por limites ou custos de índole liberal que o sistema tem de respeitar nas suas respostas às manifestações de danosidade social.”<sup>146</sup>

Finalmente, seguindo a mesma esteira, propondo superar o dogma do bem jurídico pela via da danosidade social, “Jakobs encara o direito penal como um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas, pela via da restauração da confiança na vigência das normas.” Assim, “ao reagir à infração, o direito penal visa, sobretudo, ‘uma demonstração da validade da norma violada, à custa do agente.’”<sup>147</sup> Em outras palavras, o crime é disfuncional porque lesiona a confiança institucional do sistema, representado pelas normas, e não em razão de afetar determinado bem jurídico-penal.

A crítica desta teoria, assim como em relação as demais teorias sistêmicas, é que ao erigir o direito penal como garantidor e protetor da funcionalidade dos sistemas sociais, além de reduzi-lo a uma tecnologia social, vazia de conteúdo, eleva “a norma como elemento estrutural do sistema social”, representando essa edificação “o velho positivismo com nova roupagem.”<sup>148</sup> Ademais, conforme destaca Prado, “em verdade, nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente

---

<sup>144</sup> Andrade, 1991, p.96.

<sup>145</sup> Pelarin, 2002, p.111-112.

<sup>146</sup> Andrade, *op.cit.*, p.99.

<sup>147</sup> Andrade, *op.cit.*, p.114.

<sup>148</sup> Pelarin, 2002, p.114.

determinados comportamentos e não outros.”<sup>149</sup>

De outra parte, as chamadas Teorias Constitucionais do Direito Penal buscam seu fundamento nos princípios basilares da Constituição, cuja premissa reside “na idéia de que o Estado de Direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, do que se deduz que ‘a pena estatal não pode ser legitimamente infligida para impor o mero respeito a determinadas concepções morais.”<sup>150</sup> Partindo dessa teoria, Roxin sugere a formulação de um “conceito constitucionalmente orientado de bem jurídico”. De acordo com o penalista, considerando que “cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos”, não cabe ao Estado a função de realizar “fins divinos ou transcendentais”, com o objetivo de “corrigir moralmente, mediante autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas.”<sup>151</sup> Disso decorrem duas importantes conseqüências relacionadas com a legitimação do poder punitivo: “sendo o Estado democrático de direito, laico, fundado na soberania popular, não pode pretender moralizar o cidadão adulto, de modo que o legislador não está legitimado a criminalizar comportamentos simplesmente imorais”. Da mesma forma, como segunda conseqüência tem-se que a intervenção penal possui caráter subsidiário, devendo estar “restrita à tutela dos bens jurídicos essenciais.”<sup>152</sup>

Por conseguinte, afastada a tutela de meras finalidade de determinado sistema social, porquanto se tratam de objetivos de organização política, cabe ao direito penal resguardar valores sedimentados na Constituição, os quais representam a história de seu povo e refletem os “resultados das lutas constantes e contínuas”, residindo no homem o seu referencial absoluto.<sup>153</sup>

### **3.2 Conceito e função do bem jurídico-penal**

De acordo com Prado, a doutrina jurídica moderna reconhece na proteção

---

<sup>149</sup> Prado, 1997, p.41.

<sup>150</sup> Pelarin, 2002, p.130.

<sup>151</sup> Roxin *apud* Pelarin, *op.cit.*, p.131.

<sup>152</sup> Roxin *apud* Pelarin, *op.cit.*, p.132. Dentre os autores adeptos a teoria constitucional do Direito Penal, destacam-se Jorge de Figueiredo Dias; Alberto Silva Franco, Maurício Ribeiro Lopes; Luiz Régis Prado; Luiz Luisi e Nilo Batista.

<sup>153</sup> Pelarin, *op.cit.*, p.117.

de bens jurídicos o escopo imediato e primordial do Direito Penal. A noção de bem jurídico implica na realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano. Estes bens representam valores essenciais ao indivíduo e à comunidade, os quais são resultado do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, considerando os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, a tutela penal somente é legítima quando “socialmente necessária e imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social.”<sup>154</sup>

Em razão disso, Figueiredo Dias destaca que o direito penal é um direito de tutela de bens jurídico-penais, o que representa, em última análise, a “preservação das condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade.”<sup>155</sup>

Sob essa perspectiva, Roxin aponta que enquanto no “conceito formal de delito” a conduta punível corresponde tão-somente à descrição típica objeto de uma definição positivada no ordenamento jurídico, “o conceito material de delito” é anterior ao direito penal codificado e questiona os critérios materiais da conduta punível. Dessa forma, tendo em conta que o conceito material do delito é prévio ao Código Penal, esse conceito fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode punir e o que ele deve deixar impune. A descrição do conceito material de delito se deriva do próprio dever do direito penal, que aqui se entende como “proteção subsidiária de bens jurídicos.”<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Prado, 2005 b, p.28. Sobre os valores que informam a noção de bem jurídico-penal, este autor, na obra “Bem jurídico Penal e Constituição (1997, p.64) “destaca que a noção de dignidade da pessoa humana aparece, no pensamento democrático, desenvolvida por meio dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. A liberdade “traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência da própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade.” A igualdade reconhece como “inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica.” E finalmente, a “fraternidade – princípio sistematicamente ignorado pelo individualismo – afirma o sentido essencialmente dialógico e convivente do ser humano e prescreve a solidariedade de todas as pessoas no gozo das vantagens e na partilha dos riscos produzidos na vida em comunidade.”

<sup>155</sup> Figueiredo Dias, 1999a, p. 74.

<sup>156</sup> Roxin, 1999, p.51.

Com efeito, pode-se afirmar que o conceito material de bem jurídico-penal reside na própria realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Logo, é um conceito “necessariamente valorado e relativo”, uma vez que possui sua validade circunscrita a determinado sistema social e a um dado momento histórico-cultural. Isto porque seus elementos formadores se encontram condicionados por circunstâncias variáveis inerentes à própria existência humana, de modo que cada sociedade e cada época têm seus especiais objetos de tutela.<sup>157</sup> Noutras palavras, embora a concepção de bem jurídico seja normativa, este referencial não é estático, visto que, desde que corresponda as finalidades constitucionais, “está aberta a mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico.”<sup>158</sup>

Para definir quais bens jurídicos serão tuteláveis pelo direito penal, o legislador ordinário deve seguir, primeiramente, as diretrizes e valores consagrados na Constituição, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Portanto, é na norma constitucional que se encontram as “linhas substanciais prioritárias para incriminação ou não de condutas.” Somente a partir dessa premissa que a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva. De outra parte, não há que se confundir o bem jurídico-penal com o objeto da ação ou material do delito. Isso porque, este último representa o elemento sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Exemplificando: no delito de furto, a coisa móvel corresponde ao objeto material do delito. Contudo, nem todos os delitos possuem um objeto material, pois ele “só tem relevância quando a consumação depende de uma alteração fática ou do mundo exterior.”<sup>159</sup>

Ao lado disso, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (ou seja, o limite dos limites) representa a fronteira que delimita a área de atuação do legislador na escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela penal, bem como no tocante a espécie e a sanção cominada à sua infração. Em conseqüência, se o legislador for além da sua esfera de atuação, atingindo direitos constitucionalmente consagrados, referida lei punitiva poderá ser declarada inconstitucional. Assim, a liberdade, a

---

<sup>157</sup> Prado, 1997, p.82.

<sup>158</sup> Roxin, *op.cit.*, p. 57-58.

<sup>159</sup> Prado, 2005 b, p. 29.

dignidade da pessoa humana e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem “um limite infranqueável ao Estado”, uma vez que o recurso à privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*, somente válido quando estritamente necessário e indispensável, tendo sempre em vista a importância primária da liberdade pessoal. “Daí ser importante a congruência entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais.”<sup>160</sup>

Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui “um princípio material de justiça, de validade *a priori*”, do contrário, o Direito estaria reduzido a “mera força, mero terror.” Nesse sentido, este princípio revela um caráter de limite imanente ao Direito positivo. Contudo, existem preceitos que embora emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força, não possuem obrigatoriedade em razão da consciência. Sendo assim, não podem ser considerados direitos, uma vez que se constituem numa grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Pelarin aponta que a legalidade não induz, necessariamente, à legitimidade dessa lei punitiva, pois a legitimação exprime uma noção mais ampla, agregada a fatores extrínsecos ao ordenamento jurídico. Da mesma forma, no plano constitucional, uma constituição não se legitima por meio da legalidade, pois, ainda que a lei constitucional seja produto da vontade de um ‘legislador constituinte’, necessita ela estar de acordo com a ‘justificação’ moral desse produto.<sup>161</sup>

Portanto, se pretende obrigar os cidadãos em sua consciência, o Direito deve “respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é o absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é).” Destarte, o Direito já tem força obrigatória por sua simples positividade, pela virtude de superar o *bellum omnium contra omnes*, a guerra civil, mas em caso de violação grave do princípio material de justiça” carecerá de força obrigatória e

---

<sup>160</sup> Prado, 1997, p. 65.

<sup>161</sup> Pelarin, 2002, p.27.



dada sua injustiça será necessário negar-lhe o caráter de Direito.”<sup>162</sup>

Seguindo a mesma doutrina, Reale Jr. afirma que “o Direito, segundo a concepção substancial de bem jurídico, protege bens e interesses do homem e da coletividade. O delito é a lesão destes bens e interesses.” Em conseqüência, um fato pode ser formalmente antijurídico e não o ser materialmente, se constitui meio idôneo para um fim que o ordenamento constitucional considere justo.<sup>163</sup>

Nesse contexto, Prado conceitua bem jurídico como o ente, representado por um dado ou valor social, de natureza material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou supra-individual, “reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.” Acrescenta, outrossim, que “deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico contido na Constituição e com o princípio do estado democrático e social de Direito.”<sup>164</sup> Conclui, desse modo, que cabe a norma penal proteger tão-somente bens jurídicos, “e não meras funções, motivos ou razões de tutela.” Assim, face a inseparável dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas vigentes em cada momento histórico, de modo que a idoneidade do bem jurídico está diretamente ligada relacionada com o seu valor social, não podendo estar desligada da “realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser.”<sup>165</sup>

Ao seu turno, reconhecendo que a única restrição admissível e previamente dada ao legislador está representada nos princípios constitucionais, Roxin afirma que um conceito de bem jurídico somente é vinculante político-criminalmente se derivar de ordenamentos, plasmados na Lei Fundamental, de nosso Estado de Direito, fundamentados na liberdade do indivíduo, pelo meio da qual é delimitado o poder punitivo do Estado. Para o penalista, “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base

---

<sup>162</sup> Prado, 1997, p.65.

<sup>163</sup> Reale Jr., 2000, p.248.

<sup>164</sup> Prado, 2005a, p.65.

<sup>165</sup> Prado, 1997, p. 79.

dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.”<sup>166</sup>

Por sua vez, Figueiredo Dias define bem jurídico “como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”<sup>167</sup>

Para tanto, um bem jurídico será político-criminalmente vinculante se refletir “um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que preexiste ao ordenamento jurídico-penal.” Disso resulta que existe uma mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal. No entanto, esta relação não significa ‘identidade’ ou mesmo ‘recíproca cobertura’ dos bens tutelados, mas sim, um vínculo de “analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins.” Dessa correspondência decorre ser a ordem jurídico constitucional, simultaneamente, o quadro obrigatório de referência e, também, o critério de regulação da atividade punitiva do Estado. Somente nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem ser considerados concretizações dos valores constitucionais, expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. “É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.”<sup>168</sup>

Especificamente, ao afirmar que não é todo bem jurídico que requer proteção penal, Prado destaca que para ser elevado a categoria de um bem jurídico-penal, indispensável é a existência do interesse social relevante para o indivíduo. Para uma “política criminal restritiva da intervenção penal impõe subordinar esta última a valorações tipicamente jurídico-penais, que permitem selecionar com critérios próprios os objetos dignos de amparo penal e não só *in genere*.” Desse modo, “para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico penal, insta acrescer ainda o juízo de suficiente

---

<sup>166</sup> Roxin, 1999, p. 55-56.

<sup>167</sup> Figueiredo Dias, 1999a, p.63.

<sup>168</sup> Figueiredo Dias, *op.cit.*, p.67.

importância social.”<sup>169</sup>

Outrossim, segundo Figueiredo Dias, atualmente para que a noção de bem jurídico alcance legitimidade, impõe-se uma concepção teleológico-funcional e racional, exigindo que obedeça a uma série mínima e irrenunciável de condições. Essencialmente, o conceito deve traduzir, em primeira linha, “um qualquer conteúdo material, uma certa ‘corporização’ (deve ser, nesta acepção, ‘substanciável’), para que se possa arvorar em indicador útil do conceito material de crime.” Para isso, não é suficiente “que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito.” Da mesma forma, deve ele servir como “padrão crítico de normas constituídas ou a constituir”, pois é somente assim que pode ter “a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização”. Nesta acepção, pois, ele pode surgir como noção transcendente – e neste sentido trans-sistemática – relativamente ao sistema jurídico-penal. Finalmente, deve ser “político-criminalmente orientado e nesta medida, também ele, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional.”<sup>170</sup>

Neste particular, para cumprir as funções acima referidas, o bem jurídico não é - e nem pode ser - “um conceito fechado e apto à subsunção, capaz de permitir que a partir dele se conclua com segurança absoluta o que deve e o que não deve ser criminalizado.” Se assim fosse, sua função político-criminal de orientador da evolução do movimento de criminalização/descriminalização e por conseguinte, de “instrumento por excelência de descoberta dos caminhos da reforma penal”, estaria irremediavelmente comprometida. Em suma, “o bem jurídico-penal é ‘apenas’ o padrão crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do direito penal no caso concreto”. Ademais, é o guia por excelência que conduz a evolução do direito penal, respeitando sua função no sistema jurídico e no sistema social.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> Prado, 1997, p. 89.

<sup>170</sup> Figueiredo Dias, 1999a, p.65.

<sup>171</sup> Figueiredo Dias, *op cit.*,.70.

No tocante a legitimação do direito de punir do Estado, vale assinalar que sua legitimidade provém da exigência de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento, sem entraves, da comunidade. Isso conduz, por outro lado, à regra do Estado Democrático de Direito, “segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros.” Da mesma forma, daí resulta o caráter pluralista e laico do Estado de Direito contemporâneo, que o vincula a que somente “utilize os seus meios punitivos próprios para a tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas, transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural.” Dessa forma, violações puramente morais não conformam lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime. Do mesmo modo, não conformam autênticos bens jurídicos proposições ou finalidades meramente ideológicas.<sup>172</sup>

Com efeito, ao excluir as condutas simplesmente imorais do âmbito da criminalização, o Estado reafirma o seu fundamento na soberania popular, cuja premissa fundamental constitui-se no caráter laico das suas políticas e ações, respeitando as opções de vida de cada pessoa, sendo, portanto, inadmissível a um grupo de pessoas, ainda que representem a maioria da população, impor a outro grupo a adoção de determinadas concepções morais.

Numa sociedade aberta e pluralista, as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem ser aceitas não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas sociais. Nesse sentido, Prado propõe que a criminalização de um comportamento “deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as

---

<sup>172</sup> Figueiredo Dias, 1999a, p.70. No mesmo sentido, assinala Roxin (*apud* Pelarin, 2002, p.132) que o Estado Democrático de Direito, laico, fundado na soberania popular, valendo-se do seu poder punitivo, sequer pode pretender moralizar o cidadão adulto, de forma que o legislador não está legitimado a criminalizar comportamentos simplesmente imorais, dado o caráter subsidiário da intervenção penal, restrita à tutela dos bens jurídicos essenciais.

peças se conformarem.”<sup>173</sup>

### 3.3 Titularidade do bem jurídico-penal na interrupção voluntária da gravidez

Considerando sua titularidade, os bens jurídico-penais classificam-se em individuais ou supra-individuais (metaindividuais). O indivíduo é titular dos bens jurídicos individuais, de modo que, em razão do seu caráter estritamente pessoal, o particular detém o controle e poder de disposição do referido bem, conforme sua vontade.<sup>174</sup>

Ao seu turno, por afetarem um grupo de pessoas ou toda a coletividade, a titularidade dos bens jurídicos supra-individuais está para além do indivíduo. Assim, a proteção conferida ao bem jurídico “transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.” Nesse sentido, Prado classifica os bens jurídicos metaindividuais em institucionais (públicos ou estatais); coletivos e difusos. Com relação aos bens jurídicos institucionais, a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de Direito Público, por exemplo, como se verifica nos delitos contra a administração pública ou administração da justiça. Por sua vez, os bens jurídicos coletivos são aqueles que abrangem um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g. saúde pública, relação de consumo). E finalmente, os bens jurídicos difusos são aqueles cujo caráter plural e indeterminado, dizem respeito à coletividade como um todo (v.g. meio ambiente).<sup>175</sup>

Conforme Souza, a classificação do titular do bem jurídico teve sua consagração teórica com Ihering, ainda que o autor não tenha se reportado propriamente à categoria dos bens jurídicos na sua contribuição científica. Para Ihering, “o direito adquire uma função instrumental a serviço de fins que têm a possibilidade de serem executados por um poder coativo organizado (Estado de Direito).” Noutras palavras, o direito tem “elementos formais (norma e coação) e materiais (fim)”. Em consequência, “o direito, motivado pelo fim de cada indivíduo

---

<sup>173</sup> Prado, 1997, p.80.

<sup>174</sup> Prado, 2005b, p. 66.

<sup>175</sup> Prado, 2005b, p. 67.

(individual) ou pelo fim da sociedade como um todo (social)”, constitui-se, simultaneamente, “no ‘conjunto das condições de vida da sociedade assegurado mediante coação externa” e também, na “forma de assegurar as condições de vida social.”

Ao lado disso, a partir deste conceito geral de sociedade, Ihering distingue “três sujeitos particulares do fim: o indivíduo (*persona certa*), o Estado e a sociedade em sentido estrito (*persona incerta*).” Segundo o autor, esta sistematização permite a classificação dos delitos e seus respectivos sujeitos passivos, de modo que os delitos privados correspondem àqueles dirigidos contra os indivíduos; os delitos políticos correspondem aos delitos contra o Estado; e, por fim, os delitos sociais correspondem àqueles cometidos contra a sociedade em sentido estrito. Ademais, podem ser distinguidos em três classes, conforme esses delitos ameacem “as condições de vida *físicas, econômicas ou ideais*” dos sujeitos passivos.<sup>176</sup>

Na categoria de indivíduo, considera-se o homem na sua existência individual, seja na acepção material (corpórea ou física) e imaterial (moral). “Indivíduo, portanto, é o ser humano nascido com vida, juridicamente capaz ou não (incapaz).” Ao seu turno, Ihering entende por Estado “a organização social da coação”, ou seja, ‘a sociedade que obriga’, ‘a sociedade como detentora da violência da coação regulada e disciplinada’”, sendo a sociedade em sentido estrito representada pela coletividade, associada à idéia de ‘totalidade’, ao ‘povo’, à ‘massa’, à ‘soma dos indivíduos’.<sup>177</sup>

Posteriormente à contribuição de Ihering, sugeriu-se a inclusão do nascituro no rol dos sujeitos passivos – titulares ou portadores de bens jurídicos. Entretanto, segundo a lição de Souza, “por ainda não existir como pessoa, não pode

---

<sup>176</sup> Souza, 2004, p.284-285.

<sup>177</sup> Souza, 2004, p.286. Avançando na distinção entre Estado e coletividade, Souza (p.287) afirma que “Estado é uma entidade jurídica e sociopolítica organizada para servir a sociedade humana”, cujos atributos residem na sua soberania (poder soberano), povo e território. Ademais, “integram a concepção do sujeito passivo Estado as entidades jurídicas de direito público (ou pessoas jurídicas públicas), tais como os Municípios, a União, as autarquias, as empresas públicas, os Estados e o Distrito Federal, pois estas nada mais são do que instituições representativas da figura do Estado e inerentes à sua estrutura, organização e funcionamento.” Por outro lado, “coletividade significa a ‘identidade humana’ do Estado, isto é, a pluralidade indeterminada de indivíduos (aglomeração humana) que vive e está reunida sob um mesmo governo e organização administrativa num certo território nacional e comum.”

o nascituro ser considerado sujeito passivo do delito como acontece com o indivíduo já nascido”.Ao lado disso, “muito menos será o indivíduo o sujeito passivo dos crimes cometidos contra o nascituro, ainda que se tenha em mente a idéia romana de que o mesmo é parte integrante da mãe (*portio mulieris vel viscerum*), pois o sujeito passivo nestas hipóteses, na verdade, é a coletividade”. Assim, o nascituro representa o objeto material do crime, ao invés de sujeito passivo.<sup>178</sup>

No mesmo sentido, Fragoso assinala que no delito de aborto, “o objeto da tutela jurídica é a vida da pessoa em formação, o que justifica a classificação do fato, embora a rigor não se trate de crime contra pessoa.” Todavia, consigna que embora o nascituro não seja pessoa, também não pode ser considerado como “mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno”, porquanto é reconhecido autonomamente pelo direito para certos efeitos, à exemplo do que ocorre no direito civil, com relação à salvaguarda de seus direitos patrimoniais. Por fim, conclui o autor que, independentemente do seu grau de desenvolvimento, o produto da concepção representa somente o objeto material da ação, não se confundindo com o sujeito passivo do crime, uma vez que “tal categoria compreende apenas o titular do bem jurídico tutelado que é, no caso, o Estado ou a comunidade nacional.”<sup>179</sup>

Da mesma forma, Costa Jr. pontua que a objetividade jurídica do delito de aborto está representada na tutela da vida humana em formação, que corresponde à vida fetal ou intra-uterina. Nesse diapasão, considera fator de pouca relevância o fato de que ainda não se trate de pessoa humana, e sim, na sua opinião, de uma “expectativa de ente humano, uma *spes personae*.” Seguindo este raciocínio, conclui que o feto é o objeto material do crime, sobre o qual recai a ação, sendo o Estado ou a coletividade o sujeito passivo do delito.<sup>180</sup>

Similarmente, porém sustentando que o objeto jurídico lesado no aborto é o interesse demográfico, Jimenez de Ásua defende que o sujeito passivo do delito

---

<sup>178</sup> Souza, *op.cit.*, p.288-289. No mesmo sentido, entendendo ser a coletividade o sujeito passivo no delito de aborto, ver Ihering (*El fin el derecho*, p.345)

<sup>179</sup> Fragoso, 1976, p. 126-127.

<sup>180</sup> Costa Jr., 2005, p. 389.

não é o embrião, mas, sim, a comunidade.<sup>181</sup>

Entretanto, a doutrina majoritária defende ser o aborto um delito que lesiona um bem jurídico individual, qual seja, a vida humana em formação, independentemente do seu estágio evolutivo. Segundo Régis Prado, no crime de aborto o bem jurídico ofendido é a vida do ser humano em formação. Todavia, é possível vislumbrar-se, como bens jurídicos secundários, a vida e a incolumidade física e/ou psíquica da mulher grávida, desde que se trate de aborto não consentido (art. 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127, CP). Assim, entende que o nascituro é o portador do bem jurídico-penal vida humana dependente. “A mãe somente figurará como sujeito passivo do delito quando se atente também contra a sua liberdade (aborto não consentido) ou contra a sua vida ou integridade pessoal (aborto qualificado pelo resultado), como bens jurídicos mediatos.” De forma oposta, entende que a coletividade ou o Estado não são sujeitos passivos do delito de aborto, uma vez que a vida humana, dependente ou independente, não é um bem jurídico coletivo, mas individual por excelência. Isso porque “o interesse social, que se manifesta na proteção da vida do produto da concepção, também existe com relação à grande maioria dos demais bens jurídicos penalmente tutelados, ainda que de cunho individual.” Assim, não há como justificar que no aborto “pudesse haver um interesse maior capaz de outorgar ao Estado ou à comunidade sua titularidade.”<sup>182</sup>

Perfilhando o mesmo entendimento, Bitencourt assevera que o bem jurídico-penal protegido é a vida do ser humano em formação, que embora não seja pessoa e tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.<sup>183</sup>

Adotando postura semelhante, Pierangeli entende que o bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina, iniciando-se a proteção penal com a fecundação do óvulo (concepção)<sup>184</sup>, não obstante o Código ser omissivo no tocante ao momento do início dessa tutela. Isso porque, conforme já tratado no capítulo anterior, o vocábulo

---

<sup>181</sup> Jimenez de Ásua *apud* Costa Jr., *idem, ibidem*. No mesmo sentido, leia-se também: Franco, *Dos Crimes contra a Pessoa*, p.151; Mirabete, *Manual de Direito Penal II*, p.94; Mestieri, *Curso de Direito Criminal*, p. 171.

<sup>182</sup> Prado, 2005a, p.107-108.

<sup>183</sup> Bitencourt, 2004, p. 158.

<sup>184</sup> Pierangeli, 2005, p.111.



aborto representa um elemento normativo do tipo, que comporta sempre espaços livres que permitem alargar ou restringir a área de delimitação do conceito. De acordo com Franco, ao empregar a palavra aborto, “o legislador penal aludiu à interrupção da gravidez e à morte do embrião ou do feto, mas não definiu explicitamente o momento a partir do qual é reconhecível vida humana que pode ser interrompida por manobra abortiva.”<sup>185</sup>

Romeo Casabona, apesar de sustentar que o bem jurídico tutelado no delito de aborto é a vida humana dependente, aceita que ao lado deste interesse “primordial e básico” possam existir outros interesses secundários, como por exemplo, a liberdade da gestante, uma vez que o aborto provocado sem seu consentimento, ou quando este tenha sido obtido com vícios na formação ou manifestação da sua vontade, é castigado mais severamente. Da mesma forma, acredita ser possível cogitar a inclusão da vida e saúde da gestante, que se põe em perigo ao submeter-se ao aborto. Por sua vez, os interesses de política demográfica do Estado podem ser o objeto da tutela na hipótese da punição do aborto ser parte de uma política criminal que vise o favorecimento da natalidade, quando suas taxas estejam diminuindo perigosamente, com o conseguinte envelhecimento da população, ou, pelo contrário, o controle de natalidade, se existente problemas de superpopulação. Destarte, no aborto qualificado pelo resultado, afirma que certamente se protege a vida e a integridade física da gestante, mas, no entanto, como fundamento político criminal de agravar a responsabilidade penal em relação às demais modalidades de aborto. Em consequência, finaliza o autor, carece de fundamento que o bem jurídico-penal tutelado no delito de aborto seja, de modo exclusivo e prioritário, a esperança de vida, no sentido de um processo de desenvolvimento que culminará em uma vida humana. Como ainda não é, mas ‘será’, o legislador ao penalizar o aborto protege uma idéia (esperança de vida) e não uma realidade (vida do feto). Assim, o interesse demográfico do Estado; a saúde da gestante e, por último, “a perpetuação da espécie imposta pela ética católica do pós-guerra e aceita pelo estado”, são critérios que, segundo Romeo Casabona, perderam o sentido na atualidade.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Franco, 2006, p. 49.

<sup>186</sup> Romeo Casabona, 1994, p.285-286.

Continua o autor dizendo que, se tivermos em conta o conceito de aborto e qual o bem jurídico protegido, já se pode deduzir que o objeto material sobre o qual recai a conduta lesiva é o embrião ou feto humano viável intra-uterino e implantado no útero da mulher, ou seja, a partir do início da gestação. Por conseguinte, é indiferente que no momento da ação abortiva o embrião ou feto seja ou não viável extra-uterinamente. Com efeito, se o sujeito passivo é representado pelo portador do bem jurídico lesionado, posto em perigo, o sujeito passivo do delito de aborto será também o nascituro, enquanto portador do bem jurídico vida humana dependente. Todavia, a mãe poderá ser sujeito passivo do delito somente quando se atentar, simultaneamente, contra sua liberdade (aborto não consentido) ou contra sua vida ou integridade física (aborto qualificado pelo resultado), que nesse caso, representariam bens jurídicos secundários do delito de aborto. De outra parte, entende que a comunidade não pode ser atribuída a condição de sujeito passivo, porquanto a vida humana, dependente ou independente, não é um bem coletivo, e sim um bem individual por excelência. Logo, o interesse social na proteção da vida do nascituro (ou esperança de vida que ele representa) existe também em relação à maioria dos demais bens jurídicos protegidos penalmente, incluindo a reconhecida titularidade individual, pelo que não se explica de modo suficiente porque neste caso pode existir um interesse maior que permita atribuir-se à coletividade tal titularidade. Além disso, no tocante as causas de justificação do delito de aborto, restaria difícil compreender o dever da comunidade em renunciar a proteção da vida do nascituro quando sua manutenção entra em colisão com outros interesses maternos, uma vez que a coletividade possui meios alternativos ao aborto, como assumir a responsabilidade do filho não desejado através de suas instituições ou intensificando a ajuda econômica e social recebida pela mãe. E finalmente, os interesses da comunidade podem não coincidir sempre com os de proteção do concepto (como por exemplo, garantir a qualidade de vida individual ou da espécie humana frente a possíveis patologias detectadas no exame pré-natal).<sup>187</sup>

Em que pese ainda ser o aborto criminalizado em muitas legislações, vários são os argumentos que se elevam contra sua tipificação, os quais podem ser sintetizados nas seguintes alegações: “a) o feto é parte da mulher e esta pode dispor

---

<sup>187</sup> Romeo Casabona, 1994, p. 287-289.

do produto da concepção; b) a vida do feto não é um bem jurídico individual, mas um interesse da sociedade a ser protegido em alguns casos; c) a pena não logra evitar as práticas abortivas; d) o aborto é uma lei de exceção endereçada às classes sociais mais pobres; e) é necessário proteger a vida e a saúde das numerosas mulheres que recorrem ao aborto clandestino.”<sup>188</sup>

Roxin, reportando-se à polêmica jurídica em torno da legislação sobre o aborto ocorrida no Tribunal Constitucional da Alemanha, acrescenta que foi declarada inconstitucional a chamada solução de prazos, que corresponde a sua total descriminalização se praticado durante os três primeiros meses de gestação. Segundo o Tribunal Constitucional, “o legislador não pode renunciar por completo a proteção mediante o Direito penal”, e justificar que isso somente pode ocorrer “em caso extremo”, significa admitir que “não se pode conseguir de nenhum outro modo a proteção requerida pela Constituição”, ou seja, “está obrigado a interpor o meio do Direito penal para proteger a vida que está se desenvolvendo.”<sup>189</sup>

De acordo com o penalista, este posicionamento merece aprovação para o caso de destruição de bens jurídicos fundamentais segundo os critérios mencionados, pois, no outro caso, o Estado subtrair ao seu dever de assegurar a coexistência pacífica dos cidadãos, e com isso estaria rompendo a si mesmo. Sem embargo, a questão de se no caso do aborto, a proteção da vida em formação não se poderia obter também ou inclusive por outros meios distintos dos do Direito penal, continua sendo polemica. Entretanto, com a decisão acima referida, o Tribunal Constitucional concede ao legislador a possibilidade de proteger a vida humana em formação por outros meios distintos dos jurídico-penais. O direito penal representa a última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, ou seja, somente se pode a ele recorrer quando falharem os outros meios de solução social do problema – como a ação civil, as regulamentações de policia ou jurídico-técnicas, as sanções administrativas - por isso que se denomina a pena como *ultima ratio* da política social e sua missão é definida como proteção subsidiária de bens

---

<sup>188</sup> Prado, 2005a, p. 105-106.

<sup>189</sup> Roxin, 1999, p. 64.

jurídicos.<sup>190</sup>

Com efeito, dissertando sobre a inexistência de “injunções constitucionais expressas” no sentido de exigir a criminalização de comportamentos que violem um direito ou dever fundamental, Figueiredo Dias assevera que não pode ser ultrapassado a inevitável fronteira entre os critérios da necessidade ou da carência de pena. Em princípio, caberá ao legislador ordinário avaliar esses critérios e somente em casos gritantes poderá ele ser sindicado, nomeadamente por violação eventual do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>191</sup> Todavia, essa questão da existência ou não de “imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização” tem gerado uma intensa e ainda não terminada controvérsia, doutrinal e jurisprudencial, sobretudo nos Tribunais Constitucionais de vários países, geralmente envolvendo a discussão sobre a impunibilidade da interrupção voluntária da gravidez (suas indicações e prazos) face à incriminação do aborto.

Contudo, afirma o autor que as especificidades das questões envolvidas na discussão do aborto não possuem o condão de contrariar ou modificar sensivelmente sua posição, qual seja, de que não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização. Isso porque, conforme acima exposto, sempre será questão da competência do legislador ordinário, nos limites já referidos, “decidir se uma tal tutela – mesmo que no caso de um bem jurídico como o da vida

---

<sup>190</sup> Roxin, 1999, p.65. Sobre o assunto, segue excertos da decisão BverfGE 203 ( *apud* Sarmiento, 2006, p. 127-128): “Os valores afetados pelo direito á vida do nascituro incluem o direito da mulher á proteção e respeito á própria dignidade, seu direito á vida e á integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade. (...) Embora o direito á vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende a ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres á autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo. (...) Isso não significa que a única exceção constitucional admissível (á proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até o fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte estabeleceu o *standard* do ônus desarrazoado para identificação destas exceções. (...) Mas devido ao seu caráter extremamente intervencionista, o Direito Penal não precisa ser o meio primário de proteção legal. Sua aplicação está sujeita aos condicionamentos do princípio da proporcionalidade ... Quando o legislador tiver editado medidas adequadas não criminais para a proteção do nascituro, a mulher não precisa ser punida por realizar um aborto injustificado (...), desde que a ordem jurídica estabeleça claramente que o aborto, como regra geral, é ilegal.”

<sup>191</sup> Á título ilustrativo, o autor vale-se das seguintes situações para exemplificar hipótese de violação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito: “quando o legislador ordinário entendesse sancionar o homicídio doloso apenas com sanções jurídico-civis; ou quando ele decidisse subverter por completo a ordenação axiológica constitucional, descriminalizando totalmente a lesão de valores pessoais e criminalizando de forma maciça a lesão de valores patrimoniais!” (cf. Figueiredo Dias, 1999, p. 80.)

intra-uterina ou do produto da concepção – não será melhor lograda através da restrição do âmbito da criminalização e da sua ‘compensação’ por meios não penais de política social.”<sup>192</sup>

Em suma, independentemente da titularidade do bem jurídico do aborto ser individual (nascituro) ou supra-individual (coletividade), os valores que informam a sua criminalização não necessitam ser garantidos por meio do Direito Penal, uma vez que existem meios mais eficazes e menos lesivos para a efetiva proteção da vida intra-uterina. Outrossim, na hipótese em que a manutenção da vida humana dependente entrar em conflito com direitos igualmente fundamentais da gestante, tais como sua autonomia reprodutiva, dignidade e saúde, a criminalização do aborto pode ser traduzida na exigência de um “*ônus desarrazoado*”, importando o sacrifício de seus valores existenciais.

---

<sup>192</sup> Figueiredo Dias, 1999a, p.81.

## **CAPÍTULO 4 ABORTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **4.1 Direitos fundamentais em conflito e regras de harmonização**

Embora não possua referência expressa no texto constitucional e conforme tratado no capítulo primeiro, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. Não obstante, o problema surge quando a manutenção de uma gravidez não desejada viola os direitos fundamentais da gestante, resultando num conflito entre seus direitos e os interesses do embrião/feto. Particularmente, em relação à qualquer discussão na qual envolva, ainda que indiretamente, os conceitos de início e fim da vida, as opiniões além de serem divergentes, buscam sua fundamentação na ciência, religião ou filosofia, embora persista a falta de consenso e um conceito unívoco sobre este tema.

No entanto, é inquestionável que a investigação do conceito de vida constitui um pressuposto lógico nos debates que envolvem o tema do aborto. Ao

mesmo tempo, não se pode isolar e eleger determinada etapa do processo biológico como se esta correspondesse ao início da vida. Em verdade, vida corresponde a um “fenômeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos, próprios de todo processo biológico”,<sup>193</sup> cujas valorações das mutações e desses saltos qualitativos possuem fundamento mais em dados culturais e religiosos do que científicos, impedindo a “formatação de um unívoco suporte conceitual.” Assim, em razão de subordinar-se a “um contínuo processo cultural de construção e de desconstrução”, não se pode falar em conceito de vida, o que só seria evitável mediante manifestação explícita do legislador constituinte, a respeito dessa matéria.<sup>194</sup>

A proteção constitucional da vida humana em formação não implica na necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente. Defender que a vida humana pré-natal possui valoração idêntica a pós-natal constitui “um exagero indefensável”. Analisando esta tese seja do ponto vista da história, religião ou direito, observa-se que a valoração diferenciada da vida humana em formação e da vida dos nascidos foi uma constante durante muitos séculos. Outrossim, conforme referido no capítulo segundo, ao atribuir-se à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido, como faz o Código Penal vigente, não o torna incompatível com a interpretação constitucional que garante a todos o direito à vida.<sup>195</sup> Nesse sentido, Roxin acrescenta que “se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção”. Entretanto, como ressalva o autor, isso não importa em “igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir

---

<sup>193</sup> Carbonell Mateu, J.C.; González Cussac, J. L.. *apud* Franco, 2006, p.20.

<sup>194</sup> Franco, 2006, p.20.

<sup>195</sup> Franco, 2006, p.25. Seguindo a mesma premissa, Reale Jr.(1999,p.257) acrescenta que “a vida da mãe tem maior valor que a do feto, pois é de interesse social a sua sobrevivência. Sob o aspecto existencial torna-se o problema indiscutível. A gestante tem autonomia, é um ser que se afirmou no mundo, estabelecendo com os demais relações que a fazem partícipe da comunidade. É ela um ser autônomo, que se afirmou pessoal e socialmente, agindo sobre o mundo de modo independente. É um ‘eu’ que se impôs à consciência alheia, estabelecendo relações intersubjetivas, sendo objeto de conhecimento alheio, ao mesmo tempo que faz dos outros objetos de sua consciência.” O feto, por outro lado, “não se fez ao mundo, não possui autonomia, não tem caráter pessoal, não se elevou ao nível das consciências alheias, não determinou sua própria situação, não alcançando a liberdade, que é o elemento distintivo do homem. Podemos, assim com Boaventura Santos, concluir que, sob o aspecto existencial, a vida do feto não constitui uma existência pessoal tal como a da mãe, em razão do que sua importância social é inferior.”

colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações.”<sup>196</sup>

Partindo desta premissa, Canotilho e Vital Moreira referem que apesar da vida pré-natal ser um bem constitucionalmente protegido, ainda que não investida numa pessoa<sup>197</sup>, não se pode atribuir idêntico regime de proteção ao nascituro, porquanto se trata de “simples bem constitucionalmente protegido”, o que não significa possuir o mesmo direito à vida, “enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente)”. Disso resulta que a “proteção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento”, entretanto, no tocante aos meios de garantia desse direito, os instrumentos penais “podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de proteção da vida intra-uterina.”<sup>198</sup>

Por conseguinte, a proteção constitucional da vida em formação não garante ao nascituro o status de pessoa, uma vez que não é sujeito de direitos e deveres, possuindo tão-somente interesses patrimoniais salvaguardados pela lei civil. Assim, pode-se afirmar que é pessoa em potência, que só será sujeito de direito a partir de seu nascimento com vida.

Dworkin assinala que a questão crucial do aborto não está em saber se o nascituro é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição. Ao contrário, o cerne da controvérsia consiste “em saber se os estados possuem um poder legítimo para ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida.”<sup>199</sup> Para o autor, “se as convicções das pessoas sobre o que o valor inerente da vida humana requer são convicções religiosas, a exigência de conformidade por

---

<sup>196</sup> Canotilho; Moreira *apud* Sarmiento, 2006, p.147.

<sup>197</sup> Conforme Maria do Céu Patrão Neves (*apud* Minahim, 2005, p.89), “a noção de ser humano é distinta da de pessoa; esta é essencialmente filosófica e está vinculada a idéia de ser humano capaz de consciência de si mesmo e, conseqüentemente, do mundo onde se insere. Ser pessoa, nas palavras da autora, ‘consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio’. O embrião, indivíduo biológico, surge como ‘entidade ontológica que resulta da individualização embrionária’, enquanto a pessoa é um ser moral, capaz de vida relacional.”

<sup>198</sup> Sarmiento, 2006, p. 146.

<sup>199</sup> Dworkin, 2003, p.235.



parte de um governo estaria impondo uma religião coletiva”.<sup>200</sup> Agindo assim, “qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras”.<sup>201</sup>

Outrossim, importa destacar que num Estado Democrático de Direito, as políticas e decisões judiciais devem ser laicas, visando ao máximo resguardar os direitos e garantias fundamentais. Portanto, é imprescindível que os argumentos que fundamentam esses atos estatais “possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia.”<sup>202</sup>

Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica. “Cada um e todos esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro.”<sup>203</sup> Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, que, em determinadas situações, tem sua proteção afastada face aos homicídios justificados, ou seja, nas situações de legítima defesa e guerra. Essa é uma das razões que justifica a constitucionalidade de um “sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente.”<sup>204</sup>

Nesse particular, valendo-se da lição de Alexy, pode-se afirmar que a proteção da vida intra-uterina constitui um mandado de otimização, ou seja, um

---

<sup>200</sup> Dworkin, *op.cit.*, p.226.

<sup>201</sup> Dworkin, *op.cit.*, p.231.

<sup>202</sup> Sarmiento, 2006, p.141.

<sup>203</sup> Franco, 2006, p.21.

<sup>204</sup> Franco, *op.cit.*, p.25.

princípio que pode ser cumprido em diferente grau e na medida necessária para sua efetivação, de forma que seu cumprimento depende tanto das possibilidades reais quanto jurídicas - estas últimas, determinadas por princípios e regras opostas.<sup>205</sup>

Especificamente, a criminalização do aborto põe em colisão direitos fundamentais que possuem idêntica valoração axiológica. Ou seja, de um lado figura o direito à vida do feto, de outro, os direitos fundamentais da gestante, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser o vetor de interpretação desse conflito. Seguindo a fórmula de Alexy, é possível identificar princípios e regras que se opõem a continuidade de uma gestação não desejada, e assim, a proteção da vida do nascituro. Não há dúvida que dentre os direitos fundamentais da mulher destacam-se o direito à liberdade, à igualdade e a saúde, os quais estão intimamente ligados ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Segundo Dworkin, um princípio representa “um ‘standard’ que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.”<sup>206</sup> Em consequência, a presença dos princípios no Direito impede que a interpretação seja realizada por meio de raciocínios puramente formais e alheios a valorações substantivas. Em sentido oposto, as regras aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir. Do contrário, não estando presente seu suporte fático, ela não incide. Assim, as regras “estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada.” Além disso, “se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso que em nada contribuirá para a decisão.”<sup>207</sup>

Ao desenvolver os critérios propostos por Dworkin, Alexy entende que

---

<sup>205</sup> Alexy, 1997, p.86.

<sup>206</sup> Dworkin, *apud* Pereira, 2005, p.100.

<sup>207</sup> Dworkin, *apud* Pereira, 2005, p.101.

“tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandado, permissão e proibição.” Da mesma forma, os princípios “são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.” Desse modo, “os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras representam normas com um nível relativamente baixo de generalidade.”<sup>208</sup> E mais, “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.” Por seu turno, continua o autor, “as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.” Para tanto, “as regras contém *determinações* no âmbito dos fatos e do juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.”<sup>209</sup>

Por conseguinte, em razão da estrutura peculiar que os princípios ostentam, a diferença fundamental entre estes e as regras está na solução exigida para os casos de conflito. Na hipótese de colisão entre duas regras, ou introduz-se uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declara-se inválida uma delas (por meio dos critérios *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*). Isso ocorre porque o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e “o conceito de validade jurídica não é graduável. Uma norma vale ou não vale juridicamente.”<sup>210</sup> Diferentemente, com relação aos princípios, quando entram em colisão, um dos princípios necessariamente terá que ceder ao outro, sem que isso signifique que o princípio deslocado é inválido ou que necessite de uma cláusula de exceção. Ocorre que, em determinadas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Em outra situação essa questão pode ser solucionada de forma diversa. “Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm um peso diferente e que prevalece o princípio com maior peso.” Os conflitos de

---

<sup>208</sup> Alexy, 1997, p. 83.

<sup>209</sup> Alexy, 1997, p. 86-87.

<sup>210</sup> Alexy, *op.cit.*, p.88.

regras se resolvem na dimensão da validade; a colisão de princípios, ao seu turno, são resolvidas na dimensão do peso, porquanto só podem entrar em colisão princípios válidos. A ponderação é o método de interpretação que viabiliza o estabelecimento das condições de precedência entre princípios antagônicos, uma vez que avalia o peso que cada princípio assume no caso concreto.<sup>211</sup>

Como resultado, Alexy refere que por meio do que chama de 'lei da ponderação', "a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro." Assinala que "já na definição de princípio, com a cláusula 'relativo as possibilidades jurídicas', aquilo que é ordenado pelo respectivo princípio é posto em relação com aquilo que é ordenado por princípios opostos." Em outras palavras, "a lei da ponderação diz em que consiste esta relação. Esclarece que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, de forma que se pode falar tão-somente em pesos relativos."<sup>212</sup> O resultado da ponderação é a formulação de uma regra que proclama a relação de preferência entre os princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto. Essa regra possui como parâmetro a 'lei da colisão', estabelecendo que "as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente."<sup>213</sup> Para Alexy, a 'lei de colisão' representa um dos fundamentos da sua teoria dos princípios, uma vez que "reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, referem-se a ações e situações que não são quantificáveis." Simultaneamente, finaliza o autor, "constitui a base para minimizar a força das objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores."<sup>214</sup>

Por esta razão, na hipótese de algo ser permitido por um princípio e vedado por outro, esse conflito é solucionado na dimensão do valor, devendo, para tanto, um dos princípios recuar, sem que seja declarada a invalidade do princípio que teve sua aplicação afastada. Examinando-se a temática do aborto, sob qualquer

---

<sup>211</sup> Alexy, *op.cit.*, p.89.

<sup>212</sup> Alexy, 1997, p.161.

<sup>213</sup> Alexy, *op.cit.*, p.94.

<sup>214</sup> Alexy, *op.cit.*, p.95.

das perspectivas a seguir referidas, “não se pode fugir a uma resposta positiva sobre eventual conflito entre direitos fundamentais. Tais direitos, chamados à colação, estão em rota de colisão e não se acomodam, à primeira vista, num espaço de composição.”<sup>215</sup>

Na condição de “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”<sup>216</sup>, a dignidade da pessoa humana deve ser o norte da interpretação e concretização dos direitos fundamentais, conferindo, assim, unidade à Constituição, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais.

Sobre as dimensões do princípio da dignidade humana, Sarlet constata que ela é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, além de todos e cada um. Enquanto limite “a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças.”<sup>217</sup> Sendo assim, dignidade da pessoa humana representa

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>218</sup>

A liberdade pessoal e seus desdobramentos são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, situa-se o reconhecimento e

<sup>215</sup> Franco, 2006, p.53.

<sup>216</sup> Conforme Sarlet, 2004, p.70. Mais adiante (p.83), o mesmo autor refere que, “precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente ‘o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida’. Vale dizer, nesta linha de pensamento e finalizando este segmento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) ‘atuam no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática.’”

<sup>217</sup> Sarlet, 2005, p.32.

<sup>218</sup> Sarlet, *op.cit.*, p.37.

proteção da identidade pessoal, enquanto direito à autonomia e integridade psíquica e intelectual. Dentre outras dimensões, a concretização desses direitos ocorre por meio do respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem e nome, dimensões estas “umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas como um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.”<sup>219</sup>

Por outro lado, embora a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida possuam muitos aspectos em comum, deve-se atentar que se tratam de bens jurídicos distintos, que não devem, necessariamente, repercutir em conjunto, de forma paralela, como elemento de reforço da proteção. Ao contrário, Kloepfer afirma que “eles também podem estar em conflito entre si no sentido de uma colisão de direitos fundamentais”<sup>220</sup>, tal como ocorre na questão do aborto. Em especial, deve ser considerado que o direito fundamental à dignidade da pessoa humana é atingido se a mulher for obrigada a uma condução indesejada da gravidez, porquanto nessas situações, reproduzindo as palavras de Ferrajoli, retira-se dela a autonomia sobre o seu próprio corpo, “reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não os seus.”<sup>221</sup>

Tratando propriamente dos direitos fundamentais atingidos pela criminalização do aborto, inicialmente vem a colação o direito à liberdade, compreendido aqui no seu sentido positivo, traduzido pela autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo, não a deixando refém de uma condição biológica que confere exclusivamente à ela a possibilidade de gestar. Em outras palavras, trata-se da autodeterminação sexual e reprodutiva, cabendo à mulher a última palavra sobre o momento em que exercerá a maternidade. Disso decorre o direito à liberdade sexual, traduzido não apenas na “faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem”, mas, principalmente, na “liberdade de ter relações sexuais desprovidas de

---

<sup>219</sup> Sarlet, 2004, p. 86.

<sup>220</sup> Kloepfer, 2005, p.159.

<sup>221</sup> Ferrajoli, 2003, p.22.

todo propósito procriador”.<sup>222</sup> Nesse sentido, a Constituição Federal enuncia, no parágrafo 7º, do artigo 226, que, “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal.”<sup>223</sup>

Com efeito, Sarmiento reconhece no princípio da dignidade da pessoa humana o pressuposto para o respeito à “esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros.” Segundo o constitucionalista, a matriz desta idéia está na concepção de que cada pessoa “é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade.”<sup>224</sup>

Nesse contexto, a decisão de ter ou não um filho corresponde a uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher, sendo desnecessário destacar o impacto que a gestação e a maternidade acarretam na vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade modificam radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, conferem um novo significado à vida, por outro, implicam em muitas renúncias, podendo “sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais.” Em virtude dos fetos serem gestados no corpo das mulheres, e apesar das mudanças comportamentais e assunção de novos papéis na sociedade contemporânea, permanece sobre as mães o maior peso e responsabilidade pela criação dos seus filhos. Por tudo isto, a opção pela maternidade possui intensa conexão com a idéia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento pode ser encontrado na própria idéia de dignidade humana da mulher, bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, *caput* e inciso X, CF).<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Vives Anton, T. S. *apud* Franco, 2006, p.54. Sobre os direitos sexuais e reprodutivos, veja-se, também, Piovesan, F.(2002, p.61-80);Rosado-Nunes, M. (2006, p. 23-39); Buglione, S.(2002, p.123-176); Cook, R. (2002, p.13-60) e Villela, W. (2002, p. 81-92).

<sup>223</sup> Art. 226, §7º, da CF/88.

<sup>224</sup> Sarmiento, 2006, p.159.

<sup>225</sup> Sarmiento, 2006, p.159. No parágrafo seguinte, valendo-se da citação de Dworkin (Freedom’s Law, p.98), o autor ressalta que “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade.”

No mesmo sentido, defendendo que se o direito à liberdade é o primeiro valor do ordenamento jurídico, e a fim de que não seja reduzido a um mero discurso, Vives Antón acrescenta que para o livre desenvolvimento da personalidade e direito à intimidade da mulher, não se pode negar a ela o direito de “rechaçar uma maternidade não desejada por quaisquer motivos”, porquanto entende que isso “pertence ao conteúdo essencial, ao núcleo duro desses direitos”. E mais, assinala que uma Constituição democrática deve ser neutra diante dos motivos que levaram a essa decisão, uma vez que o “reconhecimento da liberdade implica na ausência de qualquer tipo de constrição frente às diversas opções morais.” Assim, “a decisão de reger-se por uns ou outros princípios morais, por mais desprezíveis e egoístas que possam parecer seus motivos, não pode ser, por si só, objeto de um juízo jurídico”. Por conseguinte, o direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade comporta “que as razões pelas quais pode interromper sua gravidez sejam suas próprias razões, não as que o legislador considere oportuno impor-lhe.”<sup>226</sup>

De outra parte, o direito da mulher à igualdade também pode ser invocado nas questões relacionadas com a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que sua incriminação “*contraria frontalmente o princípio da igualdade. Não só na forma evidente de desequilíbrio entre ricos e pobres, mas de uma maneira muito mais ínvia e invisível: entre as mulheres que concebem e os homens que participam nessa concepção*”.<sup>227</sup>

Ademais, conforme já referido, o ônus de uma gestação recai apenas sobre as mulheres posto que somente elas ficam grávidas. No entanto, destaca Sarmiento, “a legislação não requer, em nenhum caso, sacrifício comparável do homem.”<sup>228</sup> À título ilustrativo, Tribe afirma que a lei não obriga que um pai doe algum órgão ou mesmo sangue ao filho, ainda que isto seja indispensável para manutenção da vida deste. Note-se que no exemplo está em questão a vida de uma pessoa já nascida, protegida mais intensamente pelo ordenamento do que a vida pré-natal. Conclui, desse modo, que existem dois pesos e duas medidas na

---

<sup>226</sup> Vives Anton, T S. *apud* Franco, *op.cit.*, p.55.

<sup>227</sup> Ribeiro, 2000, p.89.

<sup>228</sup> Sarmiento, 2006, p.165.



discussão sobre o aborto, afirmando que

uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legitimada a acreditar que mas que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade – especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino – o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade.<sup>229</sup>

Ao lado disso, como ofensa ao princípio da igualdade, Franco assinala que a penalização do aborto reduz a mulher à “condição de instrumento da procriação, em evidente desigualdade em relação aos demais seres humanos.” Ademais, de forma reflexa, seu direito à uma existência digna é afetado na medida em que “perde a soberania sobre si mesma e, como ser humano, ‘não pode ser tratado por ninguém (isto é, nem por outro, nem por ele próprio) como um simples meio, antes deve ser tratado como um fim; e precisamente nisto consiste a sua dignidade (a sua personalidade).”<sup>230</sup>

Num Estado Democrático de Direito e numa sociedade que pretende ser inclusiva, a idéia de igualdade não se resume à isonomia formal, sendo tarefa fundamental na construção e aplicação do Direito a busca e promoção de uma igualdade no plano dos fatos, reduzindo os desníveis sociais e econômicos existentes. Particularmente, na questão do aborto, além de envolver a igualdade entre gêneros, o mesmo ocorre com a igualdade social, uma vez que são as mulheres pobres que representam as maiores vítimas da legislação em vigor. Isso em virtude de que são elas as que freqüentemente recorrem ao aborto como recurso diante da falta de condições financeiras para criar futuros filhos, além da maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes que possuem melhores condições econômicas, além de contarem com recursos para um eficiente planejamento familiar, ainda assim, quando se deparam com uma gestação não desejada, realizam o aborto em estabelecimentos com melhores condições de higiene e segurança, sob a supervisão de um médico.

---

<sup>229</sup> Tribe, L. *apud* Sarmiento, 2006, p.166.

<sup>230</sup> Franco, 2006, p.54.

De maneira oposta, as mulheres que não possuem condições econômicas acabam se submetendo a expedientes precários e mais perigosos para pôr fim às suas gestações. Nesse sentido, Faúndes e Barzelatto assinalam que a maneira popular e ainda em uso “para provocar abortos de risco tem sido a introdução de um objeto sólido e pontiagudo através da cérvix uterina, causando o rompimento da membrana que protege o embrião (feto), o que usualmente causa infecção”, fazendo com que o próprio corpo da mulher rejeite o embrião ou feto infectado. Outro método tradicional e popular é o uso de uma “variedade de poções e chás de ervas” com eficácia duvidosa. No entanto, “todos esses métodos comumente resultam em abortos incompletos e freqüentemente infectados, que requerem hospitalização para tentar salvar a vida da mulher.”<sup>231</sup>

Dessa forma, o direito fundamental à saúde é também atingido pela criminalização do aborto. Além de sofrerem abalos à sua saúde psíquica em razão da obrigação legislativa de levar a termo uma gestação indesejada, Sarmento verifica a existência de uma “lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil.” Ocorre que, por não contarem com uma eficácia preventiva mínima, o principal efeito prático das normas repressivas em vigor é justamente o seu efeito colateral, qual seja, o aborto clandestino. A legislação vigente leva “todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas e saúde.”<sup>232</sup>

As estatísticas comprovam que a repressão penal está longe de ser o meio de proteção mais adequado das vidas intra-uterinas, uma vez que não impede que as mulheres recorram aos abortos clandestinos. Ao invés de promover uma legislação restritiva, o Estado deveria implementar medidas que comprovadamente são mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais. Dentre as medidas

---

<sup>231</sup> Faúndes; Barzelatto, 2004, p.55.

<sup>232</sup> Sarmento, 2006, p.151. Nesse sentido, conforme Faúndes (2004, p.54), a Organização Mundial da Saúde define aborto de risco como “um procedimento para interromper uma gravidez indesejada, realizado por pessoas que não têm as habilidades necessárias ou em um ambiente que não tem os padrões médicos mínimos, ou ambos.”

cabíveis, por exemplo, cite-se a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho. Reproduzindo as palavras de Sarmiento, a adoção de medidas semelhantes evitaria que as gestantes “sejam confrontadas com uma ‘escolha de Sofia’ entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas.”<sup>233</sup>

Outrossim, não se deve olvidar que o direito à saúde envolve também uma dimensão prestacional, impondo ao Estado o dever de atuar positivamente, formulando e implementando políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, inclusive com o fornecimento de prestações materiais correlacionadas à saúde – v.g. atendimento médico e medicamentos - aos cidadãos. Especificamente, com relação às políticas públicas relacionadas à questão do aborto, o direito à saúde constitui uma decorrência lógica dos direitos reprodutivos. Piovesan destaca que “o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta perspectiva, é fundamental o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis.” Da mesma forma, igualmente fundamental é o direito a um elevado padrão de saúde reprodutiva, “tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória, bem como de se reproduzir com a liberdade de escolher fazê-lo ou não, quando e com que frequência.” Nesse direito, a autora inclui o devido acesso ao “progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui é essencial a interferência do estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva”, enquanto típica dimensão dos direitos sociais.<sup>234</sup>

Com efeito, a privação dos direitos reprodutivos tem implicado na morte de milhões de mulheres, além de doenças e impedimentos evitáveis. Segundo informações do Ministério da Saúde (DATASUS), as internações decorrentes de

---

<sup>233</sup> Sarmiento, 2006, p.156.

<sup>234</sup> Piovesan, 2002, p.77.

complicações advindas dos abortamentos correspondem a 238 mil/ ano, a um custo médio unitário de R\$ 125,00, totalizando uma despesa na ordem de R\$ 29,7 milhões de reais. Deve ser ressaltado que este valor é subestimado, pois não estão computados os custos com internações que ultrapassam o período de 24 horas, os casos que necessitam de cuidados em Unidade de Tratamento intensivo e as internações prolongadas para tratar infecções, que são freqüentes, bem como os recursos adicionais necessários para atender às seqüelas.<sup>235</sup>

Ademais, importante ser lembrado que, ainda que a fonte destes dados seja a própria base de dados do Sistema Único de Saúde, a realidade é muito superior a estes números. Estimativas sugerem a realização de 705.600 mil a 1.008.000 milhão de abortos clandestinos entre o período de 1999 e 2002, no país.<sup>236</sup> A disparidade com os dados já referidos justifica-se, em muitos casos, pelo registro no sistema referir somente a complicação advinda do abortamento (por exemplo, uma hemorragia). Além disso, a impossibilidade de incluir os procedimentos realizados por mulheres que gozam de melhores condições sócio-econômicas e que recorrem à clínicas privadas com todo conforto e segurança, aumentam, também, a chamada ‘cifra negra’ do Aborto.

Por outro lado, de nada adianta modificar a legislação sobre o aborto, descriminalizando a sua prática dentro de determinados prazos e indicações, se paralelamente não sejam adotadas medidas administrativas de suporte para sua realização. Para que a descriminalização possua a eficácia esperada, é imprescindível que os procedimentos médicos sejam oferecidos gratuitamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Do contrário, “as mulheres pobres continuariam fatalmente exposta à mesma *via crucis*, em detrimento da sua saúde e expostas aos mesmos riscos de vida.”<sup>237</sup>

De fato, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, seguindo a recomendação das Conferências do Cairo (1994)<sup>238</sup> e de Beijing (1995),

---

<sup>235</sup> Rede Feminista da Saúde, 2005, p.03.

<sup>236</sup> Rede Feminista da Saúde, 2005, p.19.

<sup>237</sup> Sarmiento, 2006, p. 157.

<sup>238</sup> Esta conferência tratou além de outros temas, o impacto do aborto inseguro na saúde das mulheres. O chamado “Cairo Programme os Action” desaprovou as leis repressivas que proíbem as

não haverá como escapar desta equânime solução. Ademais, conforme já referido, o sistema público de saúde já gasta vultuosos recursos para tratar as conseqüências dos abortos clandestinos na saúde das mulheres. Assim, não haveria a assunção de desmesurados gastos pelo Poder Público.<sup>239</sup>

Nesse sentido, a adoção de um sistema combinando prazos e indicações, nos moldes do adotado por muitos países europeus, parece uma solução constitucional e bastante razoável. Destarte, para que não seja banalizado o recurso ao aborto, a legalização desta prática deve ser acompanhada de medidas administrativas relacionadas à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher.

#### **4.2 Sistema de prazo e indicações como alternativa para descriminalizar o aborto**

Com fundamento na exposição de motivos do projeto alternativo do Código Penal alemão, Fragoso assinala que o juízo de desvalor sobre o aborto, contido nas disposições do Código Penal, não possuem qualquer poder de convencimento sobre as mulheres, porquanto “as ações proibidas são praticadas por inumerável quantidade de pessoas e todos sabem que somente uns poucos serão punidos, por mero acaso.”<sup>240</sup>

Partindo da mesma premissa, Romeo Casabona afirma que a mulher que optou pelo aborto, ponderando na sua decisão todas as circunstâncias, inclusive o eventual castigo penal, dificilmente modificará sua escolha pela ameaça intimidante da pena. Acrescenta, ainda, que caso se veja constrangida a voltar a abortar e presentes as mesmas circunstâncias que a fizeram decidir pelo aborto na ocasião anterior, entende que ela voltará a inclinar-se pela mesma solução, posto que um eventual castigo pelo aborto anterior não produziu nenhum efeito sobre ela,

---

mulheres a realizar o aborto com profissionais qualificados, em condições médicas higiênicas, adequadas e seguras. O Programa defende o direito de escolha para terminar uma gestação com base na sua reflexão moral individual das circunstâncias, saúde e bem estar, independentemente da gravidez ter sido originada de relação sexual consentida ou imposta pela força, coação ou estupro. Com isso, esse programa de ação reconhece a autonomia de cada mulher na escolha de suas próprias decisões sobre a sua vida e futuro, incluindo seu futuro reprodutivo. (cf. Cook, 2006, p.17).

<sup>239</sup> Sarmiento, *idem, ibidem*.

<sup>240</sup> Fragoso, 1976, p.125.

sobretudo se as instâncias competentes não adotaram os meios oportunos que façam com que o aborto já não seja necessário ou inevitável, incluindo-se aí políticas de planejamento familiar, difusão de meios contraceptivos, atenção às mães com fortes cargas sociais ou econômicas, entre outras.<sup>241</sup>

Nesse sentido, considerando que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto e levando-se em conta os direitos fundamentais em oposição na manutenção de uma gravidez indesejada, faz-se necessário que se faça a ponderação dos referidos direitos fundamentais, por meio de concessões mútuas, de forma a não sacrificar nenhum direito por inteiro.

Nos termos já referidos nos capítulos anteriores, embora o nascituro possua direito à vida intra-uterina, esse direito não possui a mesma intensidade da vida pós-natal, não se podendo equiparar a vida humana em formação com a vida humana independente. Essa inequívoca diferença de valor entre esta e aquela repercute quando se tem de fazer uma ponderação entre direitos fundamentais. Por esta razão, em havendo, até o terceiro mês de gravidez, um período de absoluta incerteza do ponto de vista científico com relação à presença de vida humana em sua plenitude, força é convir que não se pode maximizar, nessa fase, o direito à vida do nascituro em detrimento do exercício de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à gestante, entre os quais se incluem o direito à liberdade, nas suas várias dimensões, dignidade, saúde e o próprio direito à igualdade. Entretanto, esgotado o prazo de três meses, permitir à mulher a prática do aborto, a não ser em situações fáticas determinadas, “seria atribuir-lhe um direito ilimitado em detrimento do direito à vida humana, nessa altura, já consolidada. A composição entre os direitos fundamentais em choque conduz, portanto, à aceitação da chamada solução de prazo, conjugada com a de indicações.”<sup>242</sup>

Nesse sentido, Carbonell Mateu e González Cussac destacam a peculiaridade de que “os interesses fetais somente podem ser desenvolvidos no interior da grávida, que é a portadora da vida. Trata-se de uma dualidade na unidade: são dois seres distintos, mas um corpo suporta o outro.” Desse modo,

---

<sup>241</sup> Romeo Casabona, 1994, p.294.

<sup>242</sup> Franco, 2006, p.58.

“durante um período de tempo, tem de predominar a unidade e, por conseguinte, a decisão cabe à grávida; transcorrido esse prazo, predomina a dualidade e apenas em determinados e graves casos poderão ser sacrificados os direitos do nascituro.”<sup>243</sup>

Seguindo este raciocínio, Figueiredo Dias considera constitucional uma legislação que combinasse equilibradamente o sistema das indicações com o sistema dos prazos, principalmente se nele houvesse a previsão de um consistente e adequado aconselhamento médico-social. Destarte, assevera que atualmente a questão do momento a partir do qual o crime de aborto se torna possível reduz-se “a declaração meramente simbólica a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos primeiros tempos desta, seguramente nas primeiras 4 semanas.” Isso porque, numa época em que se fabricam e se administram a chamada pílula do dia-seguinte, dispositivos intra-uterinos destinados a impedir a fixação do óvulo no útero ou, ainda, os antiprogesterona (RU 486 ou Nifepristona), “a manutenção da punibilidade durante aquele prazo revela-se de concretização judicial praticamente impossível, totalmente ineficaz, e portanto absolutamente desnecessária do ponto de vista da proteção do bem jurídico; e nesta medida sim, porventura inconstitucional.”<sup>244</sup>

Especificamente, sobre os sistemas que fundamentam a licitude do aborto, o denominado sistema de prazo defende a possibilidade de interrupção da gravidez consentida nas doze primeiras semanas, independentemente da declaração de motivos pela gestante, mas desde que realizada por médico. Assim, a mulher pode decidir com inteira liberdade sobre a continuidade ou interrupção da gravidez, com a única condição de que seja praticada por um médico ou por ela mesma, ainda que às vezes possa exigir uma consulta ou assessoramento médico-social dos profissionais competentes, condição que é freqüente também no sistema das indicações. O fundamento deste sistema está na existência de um conflito entre os interesses da mãe, como sua liberdade, mas também sua intimidade, e a vida do nascituro, que se resolve em caráter geral em favor da mãe enquanto não se esgote

---

<sup>243</sup> Carbonell Mateu, J.C.;González Cussac, J.L *apud* Franco, *idem, ibidem*.

<sup>244</sup> Figueiredo Dias, 1999b, p.172.

o período estabelecido.<sup>245</sup> Destarte, a linha de demarcação entre a permissão e a proibição do aborto é traçada tendo em vista o momento em que ele venha a ser realizado.”<sup>246</sup>

Dentre os argumentos favoráveis à este sistema, Romeo Casabona destaca que o prazo usualmente estabelecido de três meses marca a separação biológica entre embrião e feto, bem como permite que a mulher comprove a certeza da gravidez e reflita com cuidado sobre a decisão de abortar ou prosseguir a gravidez quando dela decorrerem inconvenientes. Além disso, nesses primeiros meses o aborto oferece riscos menores para a mãe. Ademais, este sistema não implica que o embrião fique privado de qualquer proteção jurídica, porquanto referida proteção pode ser alcançada por meios não-penais, como por exemplo, por meio do assessoramento prévio e obrigatório da gestante, de forma que a via penal, até esse período, não pareça a mais adequada.<sup>247</sup>

Por outro lado, Franco assevera que “a objetividade do critério de prazo tem o condão de igualar todas as mulheres, sem distinção de categorias sociais ou econômicas.” Portanto, independentemente da sua condição sócio-econômica, ao ser-lhes facultada a opção ou não pela maternidade, todas as mulheres poderiam exercer, no prazo de doze semanas, o direito à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana, direitos estes “fundamentais que se vinculam estreitamente ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação da própria vida na específica condição feminina”.<sup>248</sup>

No tocante às críticas levantadas contra este sistema, merece destaque a análise de dois argumentos em especial. De acordo com Franco, a primeira objeção diz respeito “ao perigo de que o aborto se converta num método habitual de controle da natalidade, com o abandono do recurso a outros meios preventivos da gravidez. E, por via de consequência, num aumento significativo da taxa de abortos.” Ao rechaçar esta alegação, o autor afirma que o aborto não deve ser tratado como forma de controle da natalidade pela simples razão de que para mulher alguma a

---

<sup>245</sup> Romeo Casabona, 1994, p.296.

<sup>246</sup> Franco, 2006, p.60.

<sup>247</sup> Romeo Casabona, 1994, p.297.

<sup>248</sup> Franco, 2006, p.61.



conduta de abortar é tida como um ato positivo e desejável. “Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas.” Assim, torna-se evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios contraceptivos do que recorrer ao aborto. De outra parte, não há como escapar da constatação de que “a atipicidade do aborto realizado no prazo de doze semanas provocará, de início, um aumento da taxa de abortos, com o desaparecimento dos abortos clandestinos”. Todavia, a curto prazo, essa mudança legislativa levará a diminuição do “número de mulheres mortas ou com conseqüências sérias para sua saúde, e a linha estatística se inflectirá rapidamente no sentido decrescente.”<sup>249</sup>

Por sua vez, o segundo argumento refere-se à afirmação de que durante esse prazo de doze semanas de gravidez, ocorre uma “desproteção real e absoluta do embrião.” Não possui qualquer fundamento referida assertiva. Isso porque, em verdade, a proteção do embrião esta assegurada em nível administrativo, pela criação de um sistema de assessoramento ou outros métodos dissuasórios para a mulher grávida, como medidas sócio-econômicas de suporte à grávida e à mãe. Logo, essa política confere ao embrião “uma tutela bem mais efetiva e se substitui, com gritante vantagem, a ameaça penal.” Aliás, isso contribui para que “a proibição penal do aborto não passe a ser, em última instância, uma incompleta, quando não totalmente hipócrita, declaração de princípios em favor da proteção da vida em gestação”.<sup>250</sup>

Nessa linha de raciocínio, não se pode concluir que a inviolabilidade da vida humana implique na impossibilidade da sua relativização quando em conflito com outros direitos fundamentais. Não se pode extrair desse princípio o “argumento contra a existência de justificações do fato, ou mais latamente contra a consagração de cláusulas de impunidade de condutas que atentem contra os bens jurídicos vida ou vida intra-uterina”, de modo que se chegue a conclusão de “uma imposição (implícita) absoluta de criminalização” para o legislador ordinário, uma vez que

---

<sup>249</sup> Franco, 2006, p.62.

<sup>250</sup> Eser, A. *apud* Franco, 2006, p.62. No mesmo sentido, Barreiro (*apud* Franco, 2006, p.62) acredita que “o futuro de uma luta eficaz contra o aborto não está no Direito Penal (a resposta aqui é modesta e muito limitada: a mais idônea é a solução de prazo), mas sim na via preventiva articulada por uma política social avançada, exigível e inerente ao Estado Social e Democrático de Direito”.

possui liberdade para decidir, “de acordo com as concepções político-criminais que o guiem e com respeito pelos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da adequação da tutela penal, do sentido e da extensão com que deseje consagrar cláusulas de justificação ou de impunidade do fato.”<sup>251</sup>

Por conseguinte, nada obsta que se fixe, em nível de legislação ordinária, o prazo de doze semanas como marco final para a impunidade da interrupção voluntária da gravidez, uma vez que neste prazo o embrião completa o processo biológico que o converte em feto. Ademais, conforme referido por Figueiredo Dias, estudos realizados demonstram que ao se conferir “razoável extensão a este prazo, nem por isso se concluirá logo ser tal extensão particularmente lesiva do direito à vida do feto”, porquanto “o decurso de um certo prazo já de gravidez pode levar a grávida a um reforço das contramotivações à interrupção e assim a decidir-se a favor do feto, não contra ele.”<sup>252</sup> Portanto, a acolhida da solução de prazo não implica em qualquer agravo ao princípio fundamental do direito à vida.

Sobre a questão do aconselhamento, impende destacar que, na hipótese de sua obrigatoriedade, a eficácia desse sistema estará condicionada a prestação de um efetivo auxílio médico, espiritual, social e eventualmente econômico-financeiro, a ponto de, em alguns casos, dissuadir a gestante da idéia de por fim a gravidez.

De outra parte, no tocante ao denominado sistema de indicações, cumpre assinalar que nesse modelo a interrupção voluntária da gravidez figura dentro de limites mais estreitos que no sistema de prazos. De acordo com Franco, o fundamento do sistema de indicações é a consideração de que, ao contrário do que ocorre no sistema de prazo, “a vida intra-uterina constitui um interesse dominante

---

<sup>251</sup> Figueiredo Dias, 1999b, p.171.

<sup>252</sup> Figueiredo Dias, 1999 b, p.174. No parágrafo seguinte, reportando-se a argumentação constante do voto de Mahrenholz e Sommer na decisão do TC alemão de 28-5-93, “em toda esta matéria, não é possível falar-se rigorosamente de um conflito entre o interesse da grávida e o do nascituro, como se se tratasse neles de realidades completamente distintas. Não pode esquecer-se, na verdade, que os interesses do nascituro só podem ser satisfeitos no interior e por intermédio da grávida. Trata-se por isso, acentuaram aqueles juízes constitucionais, de uma ‘dualidade na unidade’: são dois seres distintos, mas um deles suporta o outro. Assim pois, durante um certo período de tempo deve predominar a ‘unidade’ e a decisão caber essencialmente à grávida; decorrido aquele prazo, a ‘dualidade’ predomina e só em casos graves e determinados deverá o interesse do nascituro ser sacrificado.”

em todo o processo de gravidez, a não ser que, no decorrer dela, ocorra algum fato concreto que conceda maior importância à autodeterminação da vontade da mulher ou à sua dignidade da pessoa humana.” Em suma, vale “o esquema regra-exceção: a regra é o castigo do aborto; a exceção permite o aborto voluntário em certos casos expressamente regulados (indicações)”<sup>253</sup>.

Para Romeo Casabona, a vantagem desta solução é que a vida do nascituro não se encontra desprotegida de modo absoluto em nenhuma de suas fases de desenvolvimento. Ademais, referido sistema permite também atender determinadas necessidades e interesses da mãe, tais como seu direito à saúde, liberdade, intimidade, entre outros. Por isso o sistema de indicações qualifica-se como uma solução de compromisso, uma vez que somente nas indicações estabelecidas pela lei, e mediante a satisfação dos requisitos por ela exigidos, o aborto poderá ser realizado. Desse modo, segundo o autor, dita solução contribui para uma maior segurança jurídica, porquanto se sabe exatamente quando se é permitido ou não, e evita subjetivismos ou dúvidas na determinação de qual o interesse preponderante na situação concreta.<sup>254</sup>

Em verdade, conforme referido no capítulo 2.3, as indicações possuem natureza penal de causa de justificação ou exclusão de ilicitude. Com efeito, tratando das indicações em espécie, existe previsão para indicação terapêutica; indicação sentimental – também chamada de ética ou humanitária; indicação embriopática – também conhecida como eugênica e, por fim, a indicação econômico-social.

As indicações terapêutica e humanitária foram objeto de extensa análise no capítulo 2.3, uma vez que são as causas de exclusão de ilicitude consagradas na legislação brasileira sobre o aborto. Entretanto, no tocante à indicação terapêutica, deve ser acrescentado que, segundo Figueiredo Dias, “a interrupção deve se revelar indispensável não simplesmente para evitar, mas para remover o perigo.” Bem por isso, faz-se necessário “que o perigo seja atual e não meramente potencial, que ele se encontre já instalado no momento em que a intervenção tem lugar.” Outrossim, o

---

<sup>253</sup> Romeo Casabona, 1994, p.294.

<sup>254</sup> Romeo Casabona, 1994, p.295.

risco abrange também à saúde psíquica. Por isso entende o autor que “a indicação estará integrada, nesta parte, se em causa estiver o único meio de remover o perigo, v.g., de uma alteração psico-neurótica da personalidade, de uma evolução neurastênica ou depressiva de tendências suicidas.”<sup>255</sup>

No mesmo sentido, partindo do pressuposto que os tipos de justificação dispensam o alto grau de concretude e de determinação exigíveis dos tipos incriminadores, comportando o recurso à analogia, Franco afirma que “não há razão lógica para que não se inclua também na indicação terapêutica, além da vida da gestante, sua saúde física ou psíquica.”<sup>256</sup> Por outro lado, os qualificativos da gravidade e da irreversibilidade da lesão devem assumir o enquadramento conferido pela ciência médica, de acordo com o estado dos conhecimentos e da arte da medicina que deve decidir integralmente sobre a presença desta indicação.”<sup>257</sup>

Por conseguinte, verificada a existência de uma indicação médica em sentido estrito, a interrupção pode ser levada a cabo em qualquer momento da gravidez. Esta circunstância que confere justificação para que o intérprete seja tão exigente e estrito na constatação dessa indicação. Essa exigência também é justificada pelo fato da interrupção ser tanto mais perigosa, suscetível de complicações e em definitivo pesada para o corpo e a saúde da grávida, quanto maior for o período em que se encontrar a gravidez. Nesse sentido, o direito penal reconhece a circunstância de que no mundo das representações pessoais e comunitárias o ‘valor’ do nascituro é tanto maior quanto mais tardio for o estágio da gravidez.<sup>258</sup>

Em suma, na indicação terapêutica, a interrupção não precisa ser o único meio de remover o perigo, bastando que, para tanto, seja indicada para evitá-lo. Nesse contexto, assinala Figueiredo Dias, não se exige a atualidade do perigo,

---

<sup>255</sup> Figueiredo Dias, 1999b, p.180.

<sup>256</sup> Franco, 2006, p.73. No mesmo sentido, Reale Jr. (1999, p.253) afirma que o critério legal representa uma diretriz, “já que as circunstâncias particulares podem determinar uma mutação da escala legislativamente estatuída. O decisivo é o caso particular. Os bens não podem ser confrontados apenas em face da fria disposição legal, considerados isoladamente da circunstância em que se dá o conflito, e independentemente dos seus titulares. A sanção imposta não pode servir como critério através do qual se valore bens em conflito pois constitui um critério abstrato.”

<sup>257</sup> Figueiredo Dias, 1999b, p.181.

<sup>258</sup> Figueiredo Dias, *op.cit.*, p.181.

bastando que, segundo o estado atual dos conhecimentos da medicina, seja razoavelmente previsível o seu surgimento. “Não se trata por isso apenas de uma mera possibilidade do perigo, mas de uma potencialidade razoável ou probabilidade e da sua ‘conseqüente prevenção.’”<sup>259</sup> Da mesma forma, não se exige o caráter irreversível da lesão do corpo ou da saúde, mas sim que, cumulativamente ao requisito anterior, que a lesão seja duradoura.

No mais, com relação às indicações terapêutica e sentimental - também chamada indicação ética ou humanitária – reporta-se às considerações expendidas no capítulo 2.3 deste trabalho.

Por sua vez, no tocante à indicação embriopática, inicialmente cumpre esclarecer que esse termo veio em substituição à chamada indicação eugênica. Todavia, observando-se o conceito atribuído à palavra eugenia, verifica-se que é totalmente inadequada a expressão “aborto eugênico” para fazer referência a situação dos fetos inviáveis, pois, o que se busca com tal procedimento, é evitar um sofrimento desnecessário para a mãe, uma vez que inafastável a certeza da morte para o nascituro.<sup>260</sup>

De maneira alguma está se perseguindo qualquer melhora na espécie humana, pelo contrário, esta atitude objetiva minimizar a aflição da família envolvida neste problema, cuja solução, nitidamente, não é imposta e sim, consiste numa escolha livre e consciente da gestante, que não possui nenhuma implicação em nível de população humana. Destarte, o que se busca não é uma interrupção de gravidez de um feto malformado, que apesar das limitações físicas que possui, poderá sobreviver, e sim, de um procedimento terapêutico que minimize o sofrimento

---

<sup>259</sup> Figueiredo Dias, *op.cit.*, p.182. Acrescenta, ainda, que apesar da decisão dever ser medicamente fundada, esta não poderá deixar completamente fora de consideração as condições pessoais de vida, atuais e futuras, da mulher. O mesmo devendo dizer-se “a propósito do caráter grave da lesão: o que seja ou não uma lesão grave e duradoura para uma dona de casa pode já o não ser ou sê-lo para uma cientista, uma atriz, uma desportista ou uma operária; e o mesmo deverá ser dito em função de uma condição econômico-social boa, média, baixa ou miserável.” (*op.cit.*, p.183)

<sup>260</sup> Compartilhando este posicionamento, Figueiredo Dias (*op.cit.*, p.186) declara que “denominar de eugênica esta indicação é assim completamente infundamentado. Não porque devam temer-se as palavras ou se queira cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teleologia própria, esta indicação nada tem a ver com preocupações eugênicas e tudo tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo. Se na teleologia da lei reentra também, em alguma medida, a consideração dos sofrimentos futuros da criança é coisa que, depois do que ficou dito, pode aqui permanecer em aberto.”

da gestante, na medida que comprovada a impossibilidade de vida extra-uterina do filho que carrega em seu ventre. Nesse sentido, a palavra 'embriopatia' é o termo médico adequado para designar essa indicação, a qual é traduzida pela "alteração de caráter patológico sofrida pelo embrião ou pelo feto. Assim, leva-se em conta não apenas um estado de morbidez de que sejam afetados o embrião ou o feto, como também qualquer tipo de malformação genética que repercuta no respectivo desenvolvimento."<sup>261</sup>

De outra parte, apesar de ofender o bem jurídico-penal vida em formação, a indicação embriopática de feto inviável pode ser considerada como um ato penalmente atípico. Isso porque a antecipação terapêutica do parto não corresponde ao elemento teleológico que informa o tipo penal do aborto, uma vez que somente antecipa um fato natural e certo: o óbito do feto logo após seu nascimento. Destarte, com a tipificação penal do aborto, quis o legislador resguardar o nascituro de eventuais agressões por parte da mãe ou terceiros, a fim de que estes não pudessem dele dispor, possibilitando, desta forma, condições para uma vida "independente" (no sentido de não estar preso ao útero materno) após o seu nascimento. Seguindo esta premissa, Ribeiro acrescenta que a proteção civilista destinada ao embrião constitui numa "mera antecipação de eficácia de interesses basicamente patrimoniais, não vincula qualquer solução de Direito Penal, que é autônomo e não se vincula a conceitos de direito provado". Ademais, a breve "referência ao nascituro feita pelo Código Civil não tem repercussão do direito Penal, onde a vida intra-uterina tem proteção jurídica virtual, ou seja, o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa". Por conseguinte, conclui ser o crime de aborto dirigido à uma futura pessoa (considerando que o status de pessoa não é atribuído nem civilmente ao feto), visto que "só a conduta que frustra o

---

<sup>261</sup> Franco, 2006, p.78. Em outras palavras, continua o autor, significa "uma lesão do estado de saúde (em sentido amplo) que ou deixa ao nascituro pequenas possibilidades de sobrevivência (cistinose, doença de Tay-Sachs, de Nieman-Pick, de Krabbe, de Farber) ou lhe causa danos irreparáveis, físicos (paralisias, cardiopatias, cegueira, microcefalia, anoftalmia, micromélia ou bebês de Talidomida) ou psíquicos (psicose, oligofrenia, epilepsia)." É evidente que não se incluem na hipótese enfocada doenças sem gravidade que podem ser curadas, nem tampouco lesões que, em nível de cirurgia, possam ser corrigidas, como por exemplo os casos de lábio leporino ou de fenda palatina, etc . No mesmo sentido, Figueiredo Dias (1999b,p.184) afirma que a indicação embriopática "estará presente sempre que o grau de probabilidade, posto em conexão com a incurabilidade da doença ou malformação prevista, por um lado, e com a condição psíquica da mulher, por outro lado, torne a continuação para esta da gravidez num peso e num sofrimento que não é razoavelmente de lhe exigir."

surgimento de uma pessoa tipificará o crime de aborto.”<sup>262</sup> Sendo assim, esta conduta já seria lícita, porquanto para que haja incidência da norma incriminadora do aborto, imprescindível é possuir o feto expectativa de vida após o nascimento.

Por derradeiro, a indicação econômico-social, que envolve a maior porcentagem dos abortos clandestinos, corresponde às interrupções de gestação cujo móvel para decisão foi a precária condição sócio-econômica. Romeo Casabona afirma que vários os motivos que podem ser enquadrados nessa indicação, desde o estritamente econômico (como baixa renda, família numerosa que vive numa situação econômica precária, problemas conjugais, dívidas, etc) à razões de índole social (v.g, gravidez decorrente de um relacionamento extraconjugal, gestante solteira, viúva ou jovem demais, incompatibilidade da gestação com o trabalho ou estudos, doença crônica ou psíquica de algum membro da família ou da própria mãe, sempre que a doença não seja agravada pela gravidez em si, caso em que incidiria a indicação terapêutica).<sup>263</sup>

Entretanto, a partir do momento em que o sistema de prazo for compatibilizado com o sistema de indicações, reconhecendo-se que durante as doze primeiras semanas o aborto é permitido, independentemente dos motivos que levaram a gestante grávida a fazê-lo, Franco assevera que “a questão da indicação econômico-social perde o seu relevo”. Isso porque “ultrapassado o referido lapso temporal, a conduta da gestante passa a ter enquadramento típico e só terá excluída a sua ilicitude em face de uma das três indicações: aborto necessário, aborto ético ou aborto embriopático.”<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Ribeiro, 2003, p.97-99. No mesmo sentido, o Min. Joaquim Barboza, do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 84.025-RJ, consignou que “o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal”. Defendendo posição semelhante, confira-se Tasse, A. (2004, p.28-41).

<sup>263</sup> Romeo Casabona, 1994, p. 360.

<sup>264</sup> Franco, 2006, p.71. No mesmo sentido, Figueiredo Dias (1999, p.173) concorda que “um sistema de prazos, sem explicitar na própria lei os motivos da permissão da interrupção nas primeiras 10-12 semanas, torna supérflua a expressa consagração de uma pura indicação econômico-social. Há fundadas razões para pensar que um sistema como o descrito seria não só mais honesto face à realidade da vidas dos nossos dias, mais humano para a grávida que se põe a lamentável hipótese de interromper uma gravidez ...”

No tocante ao procedimento em si, o requisito comum a todas as causas de justificação do delito de aborto é, sem dúvida, que ele seja realizado por um médico e, evidentemente, em hospital público, ou privado credenciado pela Administração Pública. Todavia, a indicação embriopática possui requisitos próprios, como “a verificação certa ou com alto grau de probabilidade de que o embrião ou o feto apresente doença grave e incurável, ou malformação congênita”, devendo ser observado o prazo permitido para a realização do aborto e a necessidade de parecer emitido por dois especialistas.<sup>265</sup>

### **4.3 Análise do substitutivo do projeto de Lei nº 1.135/91, que estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez e assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde**

Conforme referido anteriormente, em cumprimento de uma das ações do Plano Nacional de Políticas para Mulheres, foi instalada no dia 06 de abril de 2005 a Comissão para Revisão da Legislação Punitiva sobre o Aborto.<sup>266</sup> O resultado desse trabalho foi a elaboração de uma justificativa e proposta normativa para legalização e regulamentação da interrupção voluntária da gravidez. Esse estudo foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.135/91, de autoria dos deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling, resultando no substitutivo apresentado pela relatora, deputada Jandira Feghali, à Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF<sup>267</sup>, cuja proposta estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegurando a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, além de determinar a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde.

O artigo 1º reconhece à “toda mulher o direito à interrupção voluntária de sua gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e

---

<sup>265</sup> Franco, 2006, p.79.

<sup>266</sup> Conhecida também como ‘Comissão Tripartite’, tendo em vista que na sua composição foram escolhidos representantes do executivo federal, legislativo e sociedade civil.

<sup>267</sup> Por sua vez, foram apensados à proposta inicial, os seguintes projetos de lei: PL 176/95 -Dep. José Geonino; PL 3.280/92 – Dep. Luiz Moreira; PL 1.174/91 – Dep. Eduardo Jorge e Sandra Starling; PL 1.956/96 – Dep. Marta Suplicy; PL 2.929/97 – Dep. Wigberto Tartuce; PL 4.703/98 – Dep. Francisco Silva; PL 4.917/01 – Dep. Givaldo Garimbão; PL 7.235/02 – Dep. Severino Cavalcanti; PL 3.744/04 – Dep. Coronel Alves; PL 4.303/04- Dep. Eduardo Valverde; PL 4.834/05 – Deps. Luciana Genro e Dr. Pinotti; PL 5.166/05 – Dep. Takayama e PL 5.364/05 – Deps. Luiz Bassuma e Ângela Guadagnin.



esclarecido da gestante.”<sup>268</sup> Analisando este dispositivo, observa-se a preferência pelo uso da expressão ‘interrupção voluntária da gravidez’ ao invés da palavra ‘aborto’, o que denota uma clara opção do legislador em evitar o arraigado conteúdo emocional e religioso que esse termo suscita. Ademais, ao condicionar a realização do procedimento ao “consentimento livre e esclarecido da gestante”, deixa evidente a intenção de um aconselhamento prévio à interrupção, em que pese não haver no projeto outra referência a um sistema de auxílio social, médico ou religioso à mulher.

Por sua vez, o artigo 2º e incisos, enuncia o prazo e causas de justificação em que o aborto não é punível. *In verbis*:

**Art. 2º** Fica assegurada a interrupção voluntária da gravidez em qualquer das seguintes condições:

- I - até doze semanas de gestação;
- II - até vinte semanas de gestação, no caso de gravidez resultante de crime contra a liberdade sexual;
- III - no caso de diagnóstico de grave risco à saúde da gestante;
- IV - no caso de diagnóstico de malformação congênita incompatível com a vida ou de doença fetal grave e incurável.<sup>269</sup>

Da leitura deste artigo, conclui-se que a solução adotada pelo projeto combinou o sistema de prazo com o de indicações, na medida em que descriminalizou o aborto durante as doze primeiras semanas de gestação (art.2º, I), independentemente da comprovação de qualquer indicação, sendo mantida a sua punição a partir desse prazo, ressaltando-se os casos previstos nos incisos seguintes, quais sejam: a indicação sentimental - ética ou humanitária – desde que realizada até a vigésima semana de gestação (art. 2º, inc. II); a indicação terapêutica estrita, ou seja, não inclui o risco de lesão à saúde psíquica (art. 2º, inc. III) e, por fim, a indicação embriopática (art. 2º, inc. IV). No tocante à estas duas últimas indicações, a interrupção da gestação poderá ser realizada a qualquer tempo, não havendo limite temporal.

Com efeito, tornando-se o aborto atípico durante as doze primeiras semanas de gestação, além de uma evidente acolhida do sistema de prazo, tornou-

---

<sup>268</sup> Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.135/91, Rel. Dep. Jandira Feghali. Disponível no site: <www.ibccrim.com.br/estudos> Acesso em 11 de novembro de 2005.

<sup>269</sup> Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.135/91, Rel. Dep. Jandira Feghali. Disponível no site: <www.ibccrim.com.br/estudos> Acesso em 11 de novembro de 2005.

se dispensável a remissão de uma indicação econômico-social, que corresponde a maior causa dos abortos ilegais e de risco. Destarte, a limitação da indicação ética ou sentimental para as 20 primeiras semanas de gestação, além de minimizar os riscos para a saúde da gestante, uma vez que após esse período aumentam as possibilidades de complicações durante o procedimento, também levou em conta o fato de que, atualmente, não é mais exigida a apresentação do boletim de ocorrência policial como requisito para o aborto em que a gravidez é decorrente de violência sexual, sendo a avaliação realizada exclusivamente por uma equipe interdisciplinar do hospital credenciado.<sup>270</sup>

De outra parte, no tocante a indicação terapêutica, não houve nenhuma inovação com relação à causa de justificação vigente, porquanto não incluiu expressamente o risco à saúde psíquica da gestante, à exemplo de países como a França, Itália e Espanha. Não obstante, conforme tratado no tópico antecedente, nada impede o recurso à interpretação analógica da causa de justificação do estado de necessidade, prevista na parte geral do Código Penal. E, finalmente, com relação a indicação embriopática (art. 2º, IV), além de abranger as anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina, também está previsto o diagnóstico de doença grave e incurável, em compasso com os avanços da medicina, desvinculando a maternidade da assunção de uma responsabilidade heróica, levando em conta “a sobrecarga anímica e física que uma criança deficiente pode representar para a mãe”. Nas palavras de Roxin, “aquela que se decide a dar à luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência realiza um elevado valor ético, merecendo admiração. Mas isto deve ocorrer voluntária, e não coativamente.” Logo, não cabe ao Direito “exigir o heroísmo e tem de se contentar com o ‘mínimo ético’.”<sup>271</sup> Nesse particular, deve ser lembrado que o dispositivo em comento garante a gestante o direito de escolha e não o dever de interromper à gestação, o que significa dizer que cabe à ela a decisão acerca de interromper ou levar a termo a gravidez, com fundamento exclusivamente nas suas convicções pessoais e religiosas.

Destarte, a proposta legislativa em comento, além de prever a possibilidade de realização da interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único

---

<sup>270</sup> Sobre o assunto, veja-se o capítulo 2.3 deste trabalho.

<sup>271</sup> Roxin, 2002, p.03.

de Saúde, determina que os planos privados de assistência à saúde também deverão cobrir a realização deste procedimento. É o que se depreende da leitura dos artigos 4º e 6º, do substitutivo ao PL 1.1135/91:

Art. 4º O inciso III do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, passa a vigorar acrescido da seguinte:

alínea c: cobertura dos procedimentos necessários à interrupção voluntária da gravidez realizada nos termos da lei.

*(omissis)*

Art. 6º As normas complementares para a implementação do disposto nesta Lei no âmbito do Sistema Único de Saúde serão dispostas em regulamento expedido pelo Ministério da Saúde.<sup>272</sup>

Sobre a proposta normativa apresentada pela Comissão Tripartite, Gollop e Machado, que por sua vez, representaram a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, respectivamente, afirmam que “o recurso à interrupção voluntária da gravidez deve ser entendido como uma última etapa, frustradas as estratégias que o previnam.” Entretanto, não se pode olvidar que a gravidez indesejada ocorre e pelo fato da sua alta incidência e principalmente, em razão das graves conseqüências que traz para a saúde materna, deve ser tratada como questão de saúde pública. Assim, “como pensar que mulheres violentadas, mulheres com graves problemas de saúde, mulheres que se deparam com malformações congênitas como a anencefalia devam obrigatoriamente levar adiante a gravidez?” É aceitável que prefiram enfrentar os riscos do abortamento inseguro, e muitas vezes da sua vida, para não ir adiante naquela gravidez indesejada?<sup>273</sup>

Ao lado disso, a divulgação da proposta de legalização do aborto está trazendo a tona dois mitos. O primeiro “é o temor de que a legalização faria dele um evento banal, rotineiro e generalizado. O segundo é que o projeto não estabelece limites ou regras para o seu acesso legal.” Não obstante, essa proposta está embasada no conhecimento dos efeitos da legalização do aborto em diversos países do mundo, os quais demonstram que nos estados em que sua prática foi legalizada e em conjunto, adotada uma política de acesso a métodos anticoncepcionais, as

<sup>272</sup> Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.135/91, Rel. Dep. Jandira Feghali. Disponível no site: <www.ibccrim.com.br/estudos> Acesso em 11 de novembro de 2005.

<sup>273</sup> Gollop, T.; Machado, L. **O direito ao aborto.** Disponível no site <http://clipping.planejamento.gov.br> Consultado em 24/10/2005.

taxas de mortalidade materna e abortamento caíram drasticamente. Todavia, naqueles onde não houve a ampliação do acesso aos métodos anticoncepcionais, as taxas de abortamento se mantiveram, em que pese a mortalidade materna ter diminuído drasticamente.

Por conseguinte, reproduzindo as palavras de Gollop e Machado, “quando a interrupção voluntária da gravidez for legalizada nas normas previstas, a decisão de assumir ou não paternidade e maternidade será uma decisão de afeto e responsabilidade e não uma imposição do Estado.”<sup>274</sup>

## CONCLUSÃO

O Brasil integra o grupo de países que possui uma legislação restritiva ao aborto e que, na sua totalidade, representam 40% dos países do mundo. Entretanto, esta restrição não impede que, segundo estimativas da Rede Feminista da Saúde, tenham sido realizados entre 238.000 e 1.008.000 de abortos ilegais e de risco, no período de 1999 à 2002. Objetivamente, as complicações decorrentes de um procedimento de aborto representam a terceira causa de mortalidade materna no Brasil e o segundo procedimento obstétrico mais realizado em hospitais, somente cedendo lugar aos partos. Ao lado disso, o país já gasta vultosos recursos com os abortamentos legais e primeiro atendimento das complicações advindas dos procedimentos realizados de forma clandestina, uma vez que, segundo informações

---

<sup>274</sup>Gollop, T.; Machado, *idem, ibidem*.

do Ministério da Saúde (DATASUS), são 238 mil internações por ano, a um custo médio unitário de R\$ 125,00, totalizando a cifra de R\$ 29,7 milhões de reais.

Importante ser lembrado que, ainda que a fonte destes dados seja a própria base de dados do Sistema Único de Saúde, a realidade é em muito superior. Estimativas sugerem a realização de 700 mil a 1 milhão de abortos clandestinos por ano no país. A disparidade com os dados já referidos justifica-se, em muitos casos, pelo registro no sistema somente referir a complicação advinda do abortamento (por exemplo, uma hemorragia). Ademais, a impossibilidade de incluir os procedimentos realizados por mulheres com melhor condição sócio-econômica e que recorrem à clínicas privadas com todo conforto e segurança, aumentam, também, a chamada 'cifra negra' do aborto.

A dificuldade em debater a questão do aborto reside no fato de que a discussão sobre o tipo penal remete necessariamente seu enfoque para o conceito de início da vida, debate este que além de envolver opiniões divergentes, fundamentadas seja na ciência, religião ou filosofia, caracteriza-se pela falta de consenso e ausência de um conceito unívoco sobre o tema. E disso não há como escapar, pois o pressuposto lógico para saber quando se atentaria contra a vida intra-uterina é estabelecer quando começaria esta vida.

Vale assinalar que, em se tratando o aborto de uma idéia essencialmente moral, de fato não existe possibilidade de acordo ou consenso, mas apenas de tolerância recíproca. Em outras palavras, essa tolerância implica no reconhecimento de que cada concepção é legítima por si mesma, de acordo com a posição moral que a justifica. Na prática isso significa o compromisso de abster-se de desqualificar qualquer dessas opiniões como imoral, pela simples razão de não compartilhar com os seus fundamentos.

No entanto, é inquestionável que a investigação do conceito de vida constitui um pressuposto lógico nos debates que envolvem o tema do aborto. Ao mesmo tempo, não se pode isolar e eleger determinada etapa do processo biológico como se esta correspondesse ao início da vida. Nesse sentido, a busca por um conceito de vida implica necessariamente numa reflexão sobre o ser humano, sobre

a pessoa e os momentos anteriores ao seu nascimento. A vida, por assim dizer, consistiria num processo biológico em constante evolução, qualificado por mutações e saltos qualitativos. E a valoração das etapas deste processo é feita muito mais com base em dados culturais do que científicos. Assim, em razão de subordinar-se a um processo cultural de construção e de desconstrução, não se pode falar em conceito de vida, o que só seria evitável mediante manifestação explícita do legislador constituinte, a respeito dessa matéria.

Todavia, embora não possua referência expressa no texto constitucional, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. Não obstante, a proteção da vida intra-uterina ocorre de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Isso justifica que, em situações particulares, esta proteção seja afastada mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida do nascituro. Ademais, por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal fator ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal, a partir da concepção. Ao lado disso, a objetividade jurídica do delito de aborto está representada na tutela da vida humana em formação, que corresponde à vida fetal ou intra-uterina. Nesse diapasão, embora represente doutrina com pouca aceitação dentre os penalistas, entende-se que pertence à coletividade a titularidade do bem jurídico vida em formação, porquanto para o Direito, o nascituro não é pessoa, possuindo tão-somente expectativa de direitos. Em conseqüência, representa o objeto material do crime, sobre o qual recai a ação delitiva, sendo o Estado ou a coletividade o sujeito passivo do delito.

Destarte, no tocante a legitimação do direito de punir do Estado, vale assinalar que sua legitimidade provém da exigência de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável

ao funcionamento, sem entraves, da comunidade. Da mesma forma, daí resulta o caráter pluralista e laico do Estado de Direito contemporâneo, impedindo que violações puramente morais não representem lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime. Do mesmo modo, proposições ou finalidades meramente ideológicas não podem ser consideradas como autênticos bens jurídicos.

A partir dessa premissa, conclui-se que os valores que informam a criminalização do aborto não necessitam ser garantidos por meio do Direito Penal, uma vez que existem meios mais eficazes e menos lesivos para a efetiva proteção da vida intra-uterina. Outrossim, na hipótese em que a manutenção da vida humana dependente entrar em conflito com direitos igualmente fundamentais da gestante, tais como sua liberdade, autonomia reprodutiva, dignidade e saúde, a criminalização do aborto pode ser traduzida na exigência de um “ônus desarrazoado”, importando, assim, no sacrifício de valores existenciais da mulher.

Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica. Na Constituição, cada um e todos os direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo nenhuma previsão de superposição ou graduação de direito em relação ao outro. Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, que, em determinadas situações, tem sua proteção afastada face aos homicídios justificados, ou seja, nas situações de legítima defesa e guerra. Essa é uma das razões que justifica a constitucionalidade de um sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente.

Especificamente, a criminalização do aborto põe em colisão direitos fundamentais que possuem idêntica valoração axiológica. Ou seja, de um lado figura o direito à vida do feto, de outro, os direitos fundamentais da gestante, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser o vetor de interpretação desse conflito.

Seguindo a fórmula de Alexy, é possível identificar princípios e regras que se opõem a continuidade de uma gestação não desejada, e assim, a proteção da vida do nascituro. Não há dúvida que dentre os direitos fundamentais da mulher destacam-se o direito à liberdade, à autonomia reprodutiva, à igualdade e a saúde, os quais estão intimamente ligados ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Seguindo este raciocínio, possui respaldo constitucional uma legislação sobre o aborto que combine equilibradamente os sistemas de prazo e indicações, principalmente se nela houver a previsão de um consistente e adequado aconselhamento médico-social.

No entanto, antes de uma alteração na legislação punitiva sobre o aborto, é mister que esse debate seja levado às camadas de base da sociedade, realizando-se um trabalho conjunto com órgãos formadores de opinião. Por se tratar de um tema permeado por valores de ordem moral e religiosa, não basta que essa discussão fique restrita ao âmbito acadêmico ou legislativo. Ademais, existe uma carência de informações de fácil acesso e compreensão, capaz de ajudar a desmistificar os mal-entendidos que prevalecem em torno do aborto. Faz-se necessário que a população tenha um mínimo conhecimento sobre o tema e, principalmente, acerca das implicações sociais do aborto clandestino, demonstrando a legitimidade de uma legislação que descriminalize e regule sua prática. Em consequência, na medida em que a maioria 'silenciosa' esteja melhor informada sobre o tema, melhor será a aceitação da proposta de revisão na legislação punitiva do aborto.

Ademais, uma discussão séria e ampla da questão do aborto poderá servir também aos líderes de opinião, além dos próprios legisladores. Em virtude de que grande parte da informação que recebem sobre o aborto são derivadas dos argumentos apaixonados e carregados de ideologia, difundidos pelos dois grupos que se opõem em um debate público e polarizado, a conscientização deste grupo abre espaço para um debate democrático e qualificado sobre o assunto.



De outra parte, deve ser descartada a idéia de realizar uma consulta popular sobre a revisão da legislação punitiva do aborto. Isso porque, em se tratando de um debate que remete a uma questão essencialmente moral, de foro íntimo, não há como fundamentar a sua legalização pelo voto popular, porquanto um plebiscito analisará a questão sempre sob a perspectiva e valores do outro.

A decisão de ter filhos deve ser uma escolha de compromisso, que dá azo ao evento de suma importância para afirmar o começo da vida humana, qual seja, o acolhimento do nascituro pela mulher que deseja e decide ser mãe. Esta decisão inaugura um processo de consolidação e proteção desta vida intra-uterina, porquanto reconhece no nascituro um ser humano enquanto tal.

Por outro lado, é certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve e nem será tratada como método anticoncepcional, porquanto, além de ser uma providência muito mais grave, constitui motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam.

De qualquer forma, uma constatação parece inafastável: um sistema tão repressivo como o ora vigente dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto, qual seja, a vida do nascituro. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade indicam-nos que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com os valores de um Estado laico e pluralista, que, sem negligenciar da proteção da vida pré-natal, assegure os direitos das mulheres.

Os dados referidos ao longo desse trabalho revelam que a punição do aborto não impede que as mulheres o realizem. A manutenção da sua criminalização significa fechar os olhos à realidade, à discriminação, ao sofrimento e violação dos direitos fundamentais destas mulheres. Note-se que as conseqüências desastrosas dos abortos clandestinos já deságuam no sistema público de saúde e já representam gastos significativos, os quais poderiam ser menores, na hipótese da legalização deste procedimento, se realizado por profissional habilitado e em ambiente hospitalar adequado.

Finalmente, deve ser desmistificada a idéia de que as mulheres abortam por prazer e não por necessidade absoluta e que as mulheres que abortam devem ser punidas com o não atendimento adequado nos serviços públicos de saúde, na tentativa desumana de negar-lhes o acesso universal a este direito. A experiência dos países que descriminalizaram o abortamento e normatizaram o seu atendimento, comprovam a redução das mortes maternas, mesmo com a manutenção das taxas médias de abortamento. A legalidade do abortamento seguro poderá salvar mais vidas e evitará que as mulheres adoeçam ou fiquem com seqüelas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal – contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte especial**. v.2. 4.ed. rev.atual.. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – norma técnica. *in* **Normas e Manuais Técnicos – série direitos sexuais e direitos reprodutivos**, v.4., Brasília, 2005.

BRASIL. **Substitutivo da relatoria do Projeto de Lei nº 1.135/91**. Disponível no site: [www.ibccrim.com.br/estudos](http://www.ibccrim.com.br/estudos). Consultado em 11/11/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 – Questão de Ordem,- Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 20 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: 19/11/2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Dos crimes contra a pessoa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. *in*: BUGLIONE, Samantha (org.). **Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.123-176.

COOK, Rebecca. Abortion, human rights and the International Conference on Population and Development. *in*: Warrier, I K.; Shah I H (org.) **Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action**. New York: Guttmacher Institute, 2006. p.15-34.

\_\_\_\_\_. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. *in*: BUGLIONE, Samantha (org.). **Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.13-60.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999a.

\_\_\_\_\_. Artigo 142 – interrupção da gravidez não punível. *in*: DIAS, Jorge de Figueiredo (org.). **Comentário Conimbricense do Código Penal – parte especial – artigos 131º a 201º**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999b. p.166-201.

DIAS, Maria Berenice. Aborto é crime? **Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez**. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2005, p.16-18.

DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? **PHYSYS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.13, p.251-272, 2003.

\_\_\_\_\_. Antecipação terapêutica de parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. *in*: **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Editora Letras Livres, 2003. p. 21-92.

\_\_\_\_\_.; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e Aborto. *in*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, GARRAFA, Volnei, OSELKA, Gabriel (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.125-137

DREZETT, Jefferson. Abortamento como problema de saúde pública. *in*: **Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez**. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2005, p.24-36.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

FEGHALI, Jandira. Aborto no Brasil: obstáculos para o avanço da legislação. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.213-226.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n.94, p.09-30, abr-jun/2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 3.ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. **Revista ICP – Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v.1., p.15-86. 2006.

\_\_\_\_\_. Aborto por indicação eugênica. *in*: **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p.80-107.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro. Impossível a sobrevivência do feto, deve ser autorizado o aborto. **Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, n.11, 1993, p.02.

GIACOMOLLI, Nereu José. Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 27, n.84, p.262-272, dez/2001.

GOLLOP, Thomaz Rafael. O Descompasso entre o Avanço da Ciência e a Lei. **Revista da USP**, São Paulo, v.24, dez.- fev. 1994/95. p. 56.

\_\_\_\_\_. Abortamento por anomalia fetal. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 69-80.

\_\_\_\_\_.; MACHADO, Lia Zanotta. **O direito ao aborto**. Disponível no site: <http://clipping.planejamento.gov.br>. Consultado em 24/10/2005.

GRIMES, David A.. Reducing the complications of unsafe abortion: the role of

medical technology. *in*: Warriar, I.; Shah, I. (org.) **Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action**. New York: Guttmacher Institute, 2006. p. 73-91.

HÄBERLE, Peter. A dignidade como fundamento da comunidade estatal. Trad. Ingo W. Sarlet e Pedro S. Mello Aleixo. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Dimensões da Dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.89 -151.

HOOFT, Pedro F. **Bioética y Derechos Humanos – temas y casos**. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1942

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – parte especial**. v.2. 26.ed, atual.. São Paulo: Saraiva, 2004.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Trad. Rita D. Zanini. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Dimensões da Dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.153-184.

KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. Quantas veces comienza la vida humana?, **Bioética – Conselho Federal de Medicina**, Brasília, v.9, n.2, p.25-42, 2001.

LOREA, Roberto Arriada. Aborto e Direito no Brasil. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p. 169-180.

LUIZ, Carmem Lúcia. Mulheres em situação de abortamento: um olhar sobre o acolhimento. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.95-104.

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião**. V.1. São Paulo: Letras Editora, 1969.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre: Sagra – DC Luzzato Editores, 1994. p.62

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOTA JR., Eliseu Florentino. **Aborto à luz do espiritismo**. Matão: O Clarim, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte,**

**suicídio, violência/linchamento.** São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Sandro. **A norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – repercussões sobre a in(segurança) dos médicos para praticar o aborto legal.** Disponível na Internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 03.06.2005.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PAIXÃO, Ivan. Aborto: aspectos da legislação brasileira. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos.** São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.197-212.

PALMA, Yolanda; LINCE, Elsa; RAYA, Ricardo. Unsafe abortion in Latin América and the Caribbean – priorities for research and action. *in*: Warrier, I.; Shah, I. (org.) **Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action.** New York: Guttmacher Institute, 2006. p. 187-207.

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

PELARIN, Evandro. **Bem Jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização.** São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, A. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética,** 4.ed.. São Paulo: Loyola, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. *in*: BUGLIONE, Samantha (org.). **Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.61-80.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – parte especial.** v.2., 4. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Penal - parte geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2.ed. revista e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal – legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2.ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE JR., Miguel. **Teoria do Delito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto: Mortes Previníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. **Revista do Ministério Público Federal e Territórios**, Brasília, n.3, p.83-114, jan./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *in*: **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Editora Letras Livres, 2003. p 93-141.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El Derecho y la Bioetica ante los limites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROSADO-NUNES, Maria José. **Pensando eticamente sobre concepção, anticoncepção e aborto**. Disponível no site: <<http://www.campogrande.news.com.br>> Acesso em 25.07.2006.

\_\_\_\_\_. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. *in*:CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.23-39.

\_\_\_\_\_. Impactos da gravidez indesejada na saúde das mulheres: revisitando velhas idéias. **Fórum da Sociedade Civil das Américas**, Rio de Janeiro, ano 07, nº. 06, p.119 -126, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Pensando eticamente a maternidade e o aborto. **Revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez**. Brasília, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres, 2005, p.19-23.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Trad. Luzón-Peña, Miguel Diaz; Garica Conlledo, Javier V..Madrid: Civitas, 1999.

\_\_\_\_\_. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do **Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin**, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> . Acesso em 22 de março de 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Dimensões da Dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.111-168.

SCHOR, Néia e ALVARENGA, Augusta. **O aborto: um resgate histórico e outros dados**. Disponível em <http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>. Acesso em 01.06.2006.

SEGRE, Marco. Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.41-56.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito – investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo, LTr. 2002.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana – contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. O nascituro e a criminalidade genética. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 130 – 150. out-dez 1999.

STARCK, Christian. El estatuto moral del embrión. **Revista de Derecho y Genoma Humano**, Bilbao, v.15, p. 139-149. jul-dec 2001.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal**, Porto Alegre, Ano 5, n.27, p.28-41. ago-set/2004.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo: Descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificação para o abortamento. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.33, p 45-59, 2004.

VARGAS, Xico. **Aborto, a penitência de Lula**. Disponível no site: <http://nominimo.ibest.com.br/notitia/servlet/newstorm.notitia.presentation>. Consultado em 23 de outubro de 2005.



VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

VENTURA, Miriam. Descriminalização do aborto: um imperativo constitucional. *in*: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (org.). **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006. p.181-188.

VILLELA, Wilza Vieira. Direitos sexuais reprodutivos: afinal, de que falamos? *in*: BUGLIONE, Samantha (org.). **Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.81-92.

WARRINER, Ina K.. Unsafe abortion – an overview of priorities and needs. *in*: Warrier, I.; Shah, I. (org.) **Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action**. New York: Guttmacher Institute, 2006. p 01-14.

## **ANEXO - Substitutivo do Projeto de Lei 1.135/91**

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

SUBSTITUTIVO DA RELATORA AO PROJETO DE LEI Nº 1.135/91

Estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, determina a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Toda mulher tem o direito à interrupção voluntária de sua gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante.

Art. 2º Fica assegurada a interrupção voluntária da gravidez em qualquer das seguintes condições:

I - até doze semanas de gestação;

II - até vinte semanas de gestação, no caso de gravidez resultante de crime contra a liberdade sexual;

III - no caso de diagnóstico de grave risco à saúde da gestante;

IV - no caso de diagnóstico de malformação congênita incompatível com a vida ou de doença fetal grave e incurável.

Art. 3º No caso de gestante relativa ou absolutamente incapaz, o consentimento deve ser dado ou suprido, conforme o caso, por seu representante ou assistente legal, resguardado o direito da gestante à manifestação de sua vontade.

Parágrafo único. Na hipótese de colisão entre os interesses do representante ou assistente legal e a vontade da gestante representada ou assistida, ou no caso de carência de representante ou assistente legal, o representante do Ministério Público deve atuar como curador especial e pronunciar-se, extrajudicialmente, no prazo de cinco dias.

Art. 4º O inciso III do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea c:

"Art.12.

III - .....

c) cobertura dos procedimentos necessários à interrupção voluntária da gravidez realizada nos termos da lei;

..... (NR)"

Art. 5º O artigo 125 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 125. ....

Parágrafo único. A pena cominada neste artigo é aumentada em um terço, se, em consequência do abortamento ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, e é duplicada se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (NR)"

Art. 6º As normas complementares para a implementação do disposto nesta Lei no âmbito do Sistema Único de Saúde serão dispostas em regulamento expedido pelo Ministério da Saúde.

Art. 7º - O ato de interrupção da gravidez deverá ser notificado compulsoriamente à autoridade sanitária da unidade da federação onde o mesmo foi realizado, em formulário próprio, assinado pelo médico responsável, do qual constarão, no mínimo, a identificação da paciente, do médico responsável pelo ato, a idade gestacional e o motivo da interrupção.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revogam-se os arts. 124, 126, 127 e 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Sala da comissão, em 04 de Outubro de 2005.

## COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

### PROJETO DE LEI Nº 1135/91

"Suprime o artigo 124 do Código Penal Brasileiro".

Autores: Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling

Relatora: Deputada Jandira Feghali

## I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 1135/91 de autoria dos Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling foi apresentado em 1991,

Foram apensados à proposta inicial os seguintes projetos de lei:

1. PL 176/95, do Dep. José Genoíno, que "Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez", permitindo a livre interrupção até 90 dias de gestação. Para realização basta reivindicação da gestante, sendo a rede pública é obrigada a realizar o aborto;

2. PL 3.280/92, do Dep. Luiz Moreira, que Autoriza a interrupção da gravidez até a 24ª semana nos casos previstos no projeto. A interrupção é autorizada até a 24ª semana quando o feto apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais. Basta o consentimento da gestante, cônjuge ou representante legal e da autorização de um médico que não seja o que realizará o aborto;

3. PL 1.174/91, dos Dep. Eduardo Jorge e Sandra Starling, que dá nova redação ao artigo 128 do Decreto Lei n.º 2848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal. Este projeto deixa de punir o aborto quando:

gravidez determinar perigo de vida ou a saúde física e psíquica da gestante.

constatada enfermidade grave e hereditária ou se moléstia ou intoxicação ou acidente sofrido pela gestante comprometer a saúde do nascituro.

resulta de estupro (antecedido de consentimento da gestante)

comprovado que a mulher estiver contaminada pelo vírus HIV.

realizado mediante diagnóstico por escrito.

O projeto estabelece, ainda, que:

em casos de dúvida sobre o parecer, uma comissão multiprofissional da Unidade de saúde será chamada e deverá apresentar parecer em 05 dias;  
deverá ser realizado no máximo 07 dias após a apresentação do diagnóstico ou parecer da comissão;  
será realizada pelo SUS;  
fica assegurado ao médico direito de se escusar do abortamento.

4. PL 1.956/96, da Dep. Marta Suplicy, que autoriza a interrupção da gravidez nos casos que menciona. Pela proposta fica autorizada a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou doença degenerativa incurável, ou quando for constatada por meio científico impossibilidade de vida extra-uterina. Para realização do procedimento basta o consentimento da gestante ou representante legal.

5. PL 2.929/97, do Dep. Wigberto Tartuce, que permite às mulheres estupradas por parentes a interrupção da gravidez.

6. PL 4.703/98, do Dep. Francisco Silva, e o

7. PL 4.917/01, do Dep. Givaldo Garimão, que procuram tipificar o aborto, como crime hediondo. O projeto assegura ao médico a possibilidade de se escusar do abortamento por razões de consciência de acordo com o Código de Ética Médica.

8. PL 7.235/02, do Dep. Severino Cavalcanti, que revoga o art. 128 do Decreto-Lei n.º 2848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal.

9. PL 1.459/03, do Dep. Severino Cavalcanti, que acrescenta um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal.

10. PL 3.744/04, do Dep. Coronel Alves, que dá nova redação ao art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, incluindo a possibilidade de se recorrer ao aborto no caso de gravidez resultante de estupro ou atentado violento ao pudor.

11. PL 4.304/04, do Dep. Eduardo Valverde, que despenaliza a interrupção de gravidez, em condições específicas:

Quando há risco de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

No caso de nascituro virá a sofrer de forma incurável, de grave doença congênita e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez;

A gravidez seja resultado de violência sexual, podendo ser realizada nas primeiras 16 semanas;

O projeto prevê ainda que os profissionais de saúde têm o direito de invocar objeção de consciência e se recusar a efetuar o procedimento.

12. PL 4.834/05, dos Deputados Luciana Genro e Dr. Pinotti, acrescentando inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, autorizando a realização de aborto na situação da gravidez com feto anencéfalo.

13. PL 5.166/05, do Deputado Takayama, estabelece penas para os casos antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável.

14. PL 5.364/05, dos Deputados Luiz Bassuma e Ângela Guadagnin, pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro, independente do consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal.

## II - VOTO DA RELATORA

A América Latina e o Caribe têm se destacado por ser uma região onde existem as maiores restrições à interrupção da gravidez. As leis punitivas desses países acabam levando as mulheres à clandestinidade, a realizar abortos em condições precárias e cujas complicações e seqüelas se transformam em um grave problema de saúde pública.

O aborto é responsável por uma em cada 8 mortes maternas, e o acesso a serviços de aborto seguro poderiam evitar entre 20 e 25% do meio milhão de mortes maternas que ocorrem anualmente nos países em desenvolvimento.

A taxa de mortalidade materna teve uma redução significativa em alguns países das Américas, quando o aborto começou a ser legalizado nessa região, no início da década de 1970. Um ano após a sua legalização em Nova Iorque (em 1971), a taxa de mortalidade materna havia diminuído 45%. Entre 1973 (quando o aborto foi legalizado em todo os EUA) e 1990, o número de mortes decorrentes do aborto diminuiu 10 vezes.

No restante das Américas onde a legislação foi flexibilizada os dados se repetem. Em Cuba houve uma redução de 60%. Lá o Estado assumiu a responsabilidade pelos serviços. Na Guiana, primeiro país da América do Sul a legalizar o aborto, ocorreu uma redução de 65% nas complicações decorrentes do aborto, que eram a terceira causa de hospitalização no país. O relatório final da Comissão tripartite instalada para revisar a legislação punitiva sobre a interrupção voluntária da gravidez reforça este argumento ao constatar:

"É bom ressaltar que, ao contrário do que acredita o senso comum, a descriminalização do abortamento e a normatização do atendimento não acarretam, a médio e longo prazo, um aumento no número desses procedimentos. Nos países em que a alteração da legislação já ocorreu, observou-se, isto sim, a redução das mortes maternas, mesmo com a manutenção das taxas médias de abortamento.

Na Suíça, por exemplo, onde o procedimento foi descriminalizado em 2001, os dados informam a ocorrência de taxas anuais de 8,4 (em 1996), 7,5 (em 2001), e 7,5 (em 2002) abortamentos por mil mulheres em idade fértil.

Se compararmos essas mesmas taxas em todo o mundo, encontraremos um grupo de países onde elas giram em torno de seis a oito (Holanda, Bélgica e Alemanha), um outro com índices entre trinta e seis e quarenta (Colômbia, Brasil e Chile) e ainda um outro com taxas que variam de sessenta e oito a oitenta e quatro (Rússia, Romênia e Vietnã). No primeiro grupo, as mulheres têm acesso ao abortamento legal, ao uso de contraceptivos e à educação sexual ampla. No segundo grupo, as mulheres só têm acesso ao uso de contraceptivos. E no terceiro grupo, elas só têm acesso ao abortamento legal."

No Brasil a situação é outra. O país está entre os que apresentam as maiores restrições à interrupção voluntária da gravidez. Como consequência os dados são alarmantes. Segundo o Ministério da Saúde, em média 250 mil mulheres são internadas anualmente com complicações decorrentes de abortos clandestinos. Em 1991 o número de curetagens pós-abortamento, realizadas na rede pública de saúde, ultrapassou os 340 mil, sendo aproximadamente 20% desse total em adolescentes (10-19 anos). Somente em 1997 foram 240 mil internações de adolescentes para realização deste procedimento.

Texto 1: No México, Brasil e Peru as legislações restringem o direito ao aborto a poucas condições, como o risco de morte para a mulher e/ou gravidez decorrente de violência sexual.

Modificado da fonte: The Alan Guttmacher Institute, 1994. (Texto retirado de publicação do IPAS/Brasil)

Sabemos, através da Organização Mundial de Saúde (OMS), que milhões de mulheres são submetidas a esta prática cirúrgica e, mesmo nos casos previstos em lei, as mulheres não recebem o tratamento adequado, tendo todas, salvo raríssimas exceções, recorrido aos serviços de clínicas clandestinas.

Economicamente, a ilegalidade do aborto assegura não somente a existência de clínicas particulares clandestinas, o que gera a impossibilidade de fiscalização por parte das autoridades competentes, além de abusos e corrupção. A ilegalidade também é responsável pelos altos gastos, por parte dos serviços de saúde pública, no atendimento às mulheres com doenças e seqüelas provenientes de aborto mal feito. Encontramos nesses casos, principalmente, as mulheres de baixo poder aquisitivo, cuja situação financeira não permite acesso a um atendimento adequado, submetendo-se a auto-abortos ou impelidas a buscarem ajuda de pessoas não treinadas.

O relatório da CPI da Mortalidade Materna, da Câmara dos Deputados, aponta alguns aspectos mundiais do fenômeno das mortes maternas sistematizados em documento da Organização Mundial de Saúde "Redução da Mortalidade Materna", de 1999.

"Segundo este texto, a causa de morte materna mais comum em todo o mundo é a hemorragia. Um quarto das mortes são atribuíveis a ela, especialmente quando não existe estrutura de atendimento, drogas ou transfusões para contê-la, sendo esse índice agravado em países onde o aborto é ilegal. As infecções causam 15% dos óbitos, geralmente conseqüentes a más condições de higiene durante o parto ou por doenças sexualmente transmissíveis não tratadas ou por tentativas de aborto sem as devidas condições de higiene e sanitárias.

As complicações de abortos chegaram a causar 13% das mortes maternas, embora em algumas partes do mundo ele chegue a provocar um terço delas. No Brasil, em 1998, provocou 5% delas. A questão do aborto pode, na verdade, ser ainda mais importante do que esse índice aponta, pois é razoável considerar a existência de uma subnotificação geral sobre o aborto, devido à ilegalidade da prática em inúmeros países em desenvolvimento. É provável que os índices de infecções e hemorragias encubram seqüelas de tentativas de aborto em más-condições, fazendo com que a questão do aborto não seja considerada a terceira causa, mas algo ainda mais importante e urgente de ser discutido sobre a mortalidade materna."

Nas tabelas abaixo podemos constatar as internações por aborto provocado.

Tabela 01: Distribuição das Internações por Diagnóstico de Aborto no SUS, segundo região. Brasil, 1999 a 2002.

REGIÕES	1999	2000	2001	2002	Total
Norte	18970	19140	19680	19102	76892
Nordeste	84704	85950	89634	88473	348761
Sudeste	104405	103170	100350	100316	408241

<b>Sul</b>	21144	23863	23559	23260	91826
<b>C.Oeste</b>	15268	15761	16402	16005	63436
<b>Brasil</b>	<b>244491</b>	<b>247884</b>	<b>249625</b>	<b>247156</b>	<b>989156</b>

Fonte: Ministério da Saúde – Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)

**Tabela 02: Distribuição das Internações Hospitalares pelo SUS por diagnósticos de Aborto. Brasil, 1999 a 2002.**

REGIÕES	1999		2000		2001		2002		Total	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Espontâneo	95776	39,2	98282	39,6	97158	39	111828	45,2	403044	40,7
Razões Médicas	1517	0,6	946	0,4	878	0,3	946	0,4	4287	0,4
Outras	147198	60,2	148656	60	151589	60,7	134382	54,4	581825	58,8
<b>Brasil</b>	<b>244491</b>	<b>100</b>	<b>247884</b>	<b>100</b>	<b>249625</b>	<b>100</b>	<b>247156</b>	<b>100</b>	<b>989156*</b>	<b>100</b>

\*Nota: O atual inclui todas as faixas etárias, com idade identificada entre 05 e 80 anos, demonstrando a permanência de erro no preenchimento do SIH/SUS.

Fonte: Ministério da Saúde – Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)

**Taxas de abortamento relação com evolução da mortalidade materna, segundo tipo de legislação** (Fonte:

[www.ipas.org.br/arquivos/FolderReformalegal\\_2005.pdf](http://www.ipas.org.br/arquivos/FolderReformalegal_2005.pdf) arquivo no formato PDF)

Não podemos descartar os fatores morais que condenam a realização do aborto. A sua legalização pode ser uma forma de evitar o constrangimento das famílias. Por ser o aborto um tema que vem provocando sérias discussões religiosas, sociais, políticas e éticas, as tentativas de mediação do problema no Brasil são ainda muito precárias. É urgente que o tema do aborto seja discutido de forma democrática e tolerante na esfera legislativa brasileira, de forma a contemplar não apenas as posições religiosas ou morais de determinadas parcelas da sociedade mas, principalmente, a pluralidade de posições e crenças que caracterizam toda a sociedade brasileira.

Em duas conferências, realizadas nas cidades do Cairo, no Egito, e Beijing, na China, representantes de 180 países de todo o mundo concordaram com uma extensa série de recomendações para tratar da problemática do aborto. Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo) partiu-se do reconhecimento de que o aborto "realizado em condições não adequadas" é um problema de saúde pública e que as mulheres que tenham recorrido a sua prática devem ser atendidas de maneira pronta e humanitária.

Já a conferência em Beijing alertou que "...Quaisquer medidas ou alterações relacionadas com o aborto no âmbito do sistema de saúde só podem ser determinadas em nível nacional ou local, de conformidade com o processo legislativo nacional...", e que devemos "...Considerar a possibilidade de reformar as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos...".



As recomendações do IX Fórum Interprofissional Abortamento inseguro como forma de violência contra a mulher são claras ao tratar das mudanças desejáveis em nossa legislação sobre abortamento:

"É necessário revisar a legislação, para descriminalizar o abortamento, pois a sua criminalização não é eficaz para evitá-lo, não resolve esse grave problema de saúde pública e traz um custo social muito elevado. Entre os fundamentos éticos e constitucionais que justificam mudar a lei atual sobre aborto incluiu-se o de não poder criminalizar nenhuma conduta social, fazendo-se crer que o problema está resolvido, em face da mera existência de uma lei repressiva. No caso do Aborto, a manutenção de sua criminalização não tem tido nenhuma eficácia e representa uma forma inaceitável de solução meramente formal do problema, apenas para satisfazer a opinião pública."

Por parte do Executivo a comissão tripartite, que teve em sua composição 18 representantes do Executivo Federal, Legislativo e Sociedade Civil, entregou o relatório final dos trabalhos à esta Comissão no dia 27 de setembro e dele consta a justificativa para esta iniciativa:

"Na solenidade de instalação a ministra Nilcéa Freire lembrou que a criação da Comissão, além de colocar em prática uma ação do PNPM, também cumpre determinação de acordos e tratados internacionais assinados pelo Governo brasileiro. Em fevereiro deste ano, em Nova Iorque, durante a realização da 49ª Sessão da Comissão sobre a situação da Mulher (CSW), da Organização das Nações Unidas (ONU), o Governo do Brasil reafirmou os princípios da Declaração e da Plataforma de Ação de Beijing, aprovada em 1995, na China. Pela Plataforma, revalidada na ocasião, as 200 delegações dos países membros da ONU se comprometeram, entre outras ações, a de rever as leis que prevêem medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos clandestinos.

A Comissão, composta por Integrantes do Executivo Federal e de representantes da Sociedade Civil e do Congresso Nacional conclui seu trabalho no prazo estabelecido na Portaria nº 04 de 6 de abril de 2005 e apresenta o produto do seu trabalho na forma de uma proposta de "Revisão da Legislação Punitiva que Trata da Interrupção Voluntária da Gravidez.

A SPM, na Coordenação da Comissão, teve presente ao longo do processo de discussão que se tratava de uma demanda de amplos setores da sociedade e que o tema "aborto" é complexo e polêmico, que contém aspectos objetivos e também

subjetivos em sua abordagem e além disso envolve várias concepções, inclusive religiosas.

A Comissão em nenhum momento fechou os olhos para essa complexidade. No entanto, refletiu com profundidade sobre a necessidade objetiva, a situação das mulheres e os limites da legislação atual expressos na 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres e nos compromissos internacionais do Estado brasileiro de revisão de uma legislação que data de 1940. Sua vigência de quase meio século não teve eficácia para inibir a realização de abortamentos e foi ao mesmo tempo geradora de uma situação de clandestinidade responsável pela morte de milhões de mulheres e por seqüelas em muitos outros milhões."

O relatório ainda apresentava uma minuta de projeto de lei que foi resultado do entendimento da ampla maioria dos membros da Comissão. Por entender que o texto representa um avanço e a posição majoritária de todos aqueles que, como, eu se debruçam sobre o tema há mais de uma década, incorporei as sugestões em meu relatório. Não deixei, no entanto, de absorver dispositivos de meu parecer anterior que considere imprescindíveis. Ressalto que de mérito inquestionável, o Projeto original mereceu, assim, aperfeiçoamentos na sua redação, para sua plena efetividade.

Nesses termos, somos pela aprovação dos PLs 1.135/91, 1.174/91, 3.280/92, 176/95, 1.956/96, 2.929/97, 3.744/04, 4.304/04, 4.834/05, na forma do substitutivo apresentado pela relatora e pela rejeição dos PLs 4.703/98, 4.917/01, 7.235/02, 1.459/03, 5.166/05 e 5.364/05.

É o voto.

Sala da Comissão, em 04 de Outubro de 2005.

Deputada Jandira Feghali

PCdoB/RJ