ICE – INSTITUTO CUIABANO DE ENSINO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

A LEGALIDADE DO ABORTO

ADALBERTO JORGE DE OLIVEIRA

CUIABÁ-MT
2013

ADALBERTO JORGE DE OLIVEIRA

A LEGALIDADE DO ABORTO

Monografia apresentada ao curso de Especialização do Instituto Cuiabano de Educação para obtenção do Título de Especialista em Direito Público.

Sob a orientação da Professora Sandra Andrade Gouvêa da Costa.

Cuiabá – MT
2013

ICE – INSTITUTO CUIABANO DE ENSINO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

TERMO DE APROVAÇÃO

ADALBERTO JORGE DE OLIVEIRA

Nota/Conceito:.....

.....
Sandra Andrade Gouvêa da Costa
Professora Orientadora

CUIABÁ-MT
2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela força e coragem dada para enfrentar os desafios no decorrer de nossa caminhada.

Agradeço aos meus familiares pela compreensão e confiança depositada em mim.

Agradeço aos meus amigos e amigas, que direta e indiretamente contribuíram para o meu crescimento intelectual e pessoal.

Agradeço a Sandra Andrade Gouvêa da Costa, minha Professora Orientadora, pela dedicação, paciência e amizade, que sem dúvida contribuíram para minha formação profissional.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo a todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para minha formação acadêmica. Em especial para minha família pela dedicação e paciência que tiveram durante todo esse processo acadêmico.

RESUMO

A constituição de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito, tem que ser respeitada e seguida irrestritamente, tanto pelos integrantes da sociedade, quanto pela Administração Pública direta, indireta e autárquica, conforme os princípios constitucionais cuja Administração Pública está adstrita, pois os princípios nada mais são do que um conjunto de proposições que vão dar alicerce a um sistema e lhe garantem a validade, portanto o presente trabalho procura abordar de forma clara e com base no âmbito constitucional os conceitos, as classificações, as leis e mostrar alguns pontos relacionados ao tema “A Legalidade do Aborto”. O tema comporta uma análise sob os aspectos éticos e morais, aspectos científicos, religiosos e históricos e, sobretudo sob os aspectos jurídicos. Discutir sobre o inicio da vida, quando começamos a existir, se a mulher como dona do seu corpo tem direito de abortar, se o nascituro tem direitos, etc. O objetivo é de analisar a autorização do aborto em casos de estupro, e o sugerido o auxílio financeiro para mãe estuprada como forma de compensar ou indenizar a mulher que não poderia mais interromper a gravidez decorrente do estupro. Finalizando com as considerações finais trazendo um entendimento acerca do tema apresentado, bem como suas referências bibliográficas.

Palavras-chave: Aborto. Legalidade. Direito.

ABSTRACT

The constitution of any State that intends Democratic of law must be respected and followed unreservedly by both members of the society , as the direct, indirect and municipal public administration , according to the constitutional principles which public administration is bound , because the principles nothing are more than a set of propositions that will give foundation to a system and will ensure the validity , this paper therefore seeks to address clearly and constitutional framework based on the concepts , classifications , laws and show some points related to theme " the Legality of Abortion ." The topic involves an analysis under the ethical and moral, scientific, religious and historical aspects, and especially under the legal aspects. Discuss about the beginning of life, when we begin to exist, if the woman as the owner of your body has the right to an abortion if the unborn child has rights, etc. The objective is to examine the release of abortion in cases of rape, and suggested financial aid for mothers raped as a way to compensate or indemnify the woman who could not terminate a pregnancy resulting from rape. Ending with the final remarks bringing an understanding of the topic presented, as well as their references.

Keywords: Abortion. Legality. Right.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – O perfil da mulher que faz aborto no Brasil.....18
Gráfico 2 – Opinião sobre a legalização do aborto.....19

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10
1 CONCEITUALIZAÇÃO 12
1.1. ABORTO 12
1.1.1 Classificações do aborto 12
1.2. ASPECTOS QUE ENVOLVEM A QUESTÃO DO ABORTO 13
1.2.1. Aspectos éticos e morais 13
1.2.2. Aspectos científicos 14
1.2.3. Aspectos históricos 14
1.2.4. Aspectos religiosos 15
1.2.5. Aspectos jurídicos 17
2 A LEGALIDADE DO ABORTO 18
2.1. O ABORTO NO BRASIL 18
2.1.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF54) 20
3 REFERENCIAL TEÓRICO 22
3.1. LITERATURA SOBRE O TEMA 22
3.1.1 Modificações no Código Penal 22
3.1.2 Dos crimes contra a pessoa 23
3.1.3 O Aborto eugenésico e Aborto social 24
3.1.4 O Crime de Infanticídio 25
3.1.5 O Aborto criminoso 26
CONSIDERAÇÕES FINAIS 27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 28

INTRODUÇÃO

Atualmente, diante da discussão criada sobre a aprovação da ADPF-54 que busca a legalização do aborto, acredita-se ser pertinente a abordagem deste tema que, sem dúvidas, é um dos assuntos mais discutidos pela sociedade moderna, não só por representar uma grave ameaça aos princípios éticos e religiosos, mas principalmente porque reproduz um conflito de forças existentes entre o Estado e a sociedade quanto às condutas humanas.

Este tema é visto com muito cuidado por vários estudiosos e juristas face sua prática ilegal e, por ser considerado como um crime previsto em lei. Existe toda uma discussão nacional quanto a sua legalização, pois, enquanto parte da sociedade defende a legalização do aborto, ou parte da sociedade acredita que pode oportunizar a sua prática ilegal, e isto tem sido motivo de muitas polêmicas dentro do âmbito do Direito. Toda essa polêmica gira em torno do que este previsto no artigo 5º da Constituição Federal que expressa claramente sobre a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade.

Sendo assim, este estudo tem o objetivo, dentro da esfera penal, verificar a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, sendo previstos dois casos de excludentes de antijuridicidade, em que se afasta, portanto, expressamente, a ilicitude da conduta, a saber: da gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário ou sentimental) e da gravidez que Poe em risco a vida da mãe (aborto necessário ou terapêutico ou profilático) são os ditos casos de aborto legal.

Para maior compreensão este estudo abordará em seu primeiro capítulo o conceito de aborto, seus aspectos históricos, classificações do aborto, seus aspectos religiosos, científicos e jurídicos. Bem como, observar como o Código penal se refere ao aborto em cinco artigos, e a sua classificação como crime hediondo.

O segundo capitulo irá tratar a legalidade do aborto no Brasil apresentando gráficos contendo o perfil da mulher que faz aborto, a opinião sobre a legalização do aborto, e finaliza trazendo a argüição de Descumprimento de Preceito

Fundamental 54 (ADPF54).

No terceiro capítulo será feito um referencial teórico acerca do tema, onde será apresentada a literatura atual sobre o tema no diz respeito as modificações sofridas no Código Penal relacionados aos crimes contra a pessoa, o aborto eugenésico e social, o crime de infanticídio e o aborto criminoso. Finalizando com as considerações finais trazendo um entendimento acerca do tema apresentado, bem como suas referências bibliográficas.

1 CONCEITUALIZAÇÃO

Neste primeiro capítulo será abordado, primeiramente, o conceito de ABORTO, seus aspectos históricos, classificações do aborto, seus aspectos religiosos. E observar como o Código Penal se refere ao aborto em cinco artigos, sua classificação como crime hediondo, bem como esclarecer como o aborto é considerado pelo atual Código Penal brasileiro.

1.1. ABORTO

Originalmente aborto quer dizer privação do nascimento, do latim “abortus”, sendo que “ab” significa privação e “ortus” significa nascimento.

Abortar é eliminar prematuramente do útero o feto ou embrião da concepção, abortar é interromper uma gravidez pela morte do feto ou embrião, independente do organismo o expelir, ou ainda que venha a ocorrer a morte da gestante antes da sua expulsão, ou seja, é a interrupção da gestação com ou não expulsão do feto ou embrião, antes da época de sua maturidade.

Uma corrente, principalmente composta por médicos, define o aborto como fruto da concepção eliminado com peso inferior a 0,5Kg ou gestação inferior a 20 semanas.

Outra corrente liderada pelos religiosos define o aborto como morte de uma criança no ventre de sua mãe em qualquer estágio da vida, desde a fecundação até o nascimento.

1.1.1 Classificações do aborto

O aborto dependendo da classificação e/ou situação é considerado como pelo ordenamento jurídico brasileiro, abaixo estão relacionadas algumas delas:

a) **Espontâneo**: - também chamado de aborto natural ocorre por

distúrbios genéticos, anomalias orgânicas da mulher, ou por defeito do próprio ovo, sem interferência externa;

b) **Acidental**: - ocorre por conseqüência de um acidente qualquer por interferência externa involuntária;

c) **Terapêutico**: - também conhecido como aborto necessário ocorre quando a vida da mãe corre perigo e não haja outro meio de salvar a vida da gestante;

d) **Eugênico**: - ocorre quando há probabilidade da presença de graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais no feto, ou apresenta doença transmitida por um ou pelos genitores;

e) **Humanitário**: - denominado também de aborto sentimental, ocorre quando a gravidez resulta de estupro e há consentimento da gestante ou de seu responsável legal;

f) **Provocado**: - criminoso como também é conhecido, tem como causador um agente externo a fim de interromper uma gravidez indesejada, ou seja, é intencional.

1.2. ASPECTOS QUE ENVOLVEM A QUESTÃO DO ABORTO

1.2.1. Aspectos éticos e morais

No Brasil, a realização do aborto é permitida somente em duas situações, quando a gravidez representa risco de morte para a mãe e nos casos de estupro, se a mulher desejar interromper a gravidez. Mais recentemente, muito tem se falado no âmbito jurídico sobre a legalização do aborto quando ocorrer a gravidez dos fetos anencefálicos.

Dentro do aspecto moral e ético, que estão intimamente ligados aos costumes e valores humanos, diz respeito aos valores determinados pela sociedade aos quais todos os cidadãos devem obedecer. Neste caso, refere-se ao juízo crítico de cada indivíduo em relação ao favorecimento ou não do aborto.

Para isso, é preciso rever os conceitos éticos e morais. Pois, a interrupção da gravidez, dentro das circunstâncias que a lei permite vai depender muito do ponto de vista médico e jurídico. Sem que isto venha a influir no direito e no amparo judicial para interromper a gravidez.

1.2.2. Aspectos científicos

Dento do ponto de vista científico, a prática da medicina em relação aos riscos potenciais decorrentes do aborto são fatos de as complicações serem inevitáveis, como por exemplo, é a causa de muitas mortes decorrentes de aborto e de suas conseqüências.

Muitos médicos alertam quanto ao perigo do aborto mal feito, pois há sérios riscos de infecções letais que podem prejudicar profundamente em outras gestações. São conseqüências irreversíveis à saúde da mulher, mais conhecidas e atribuídas ao aborto clandestino, são graves e as mulheres não são informadas dos danos causados por ele.

Dentre os quais citam-se as hemorragias graves, perfuração do útero, infecções que podem levar à morte, esterilidade e gravíssimos traumas psicológicos quando não tratados adequadamente, pode promover graves seqüelas e até mesmo o suicídio.

1.2.3. Aspectos históricos

Nos tempos passados da era da humanidade predominava a importância do matriarcado, na época considerada como período bárbaro, as crianças assim que nasciam não tinham nenhum apreço de seus pais, entretanto, serviam de comida para eles ou de armadilha para leões.

Segundo a antropologia há evidencias que sugerem existir a prática do aborto entre a maioria dos povos antigos, no entanto sua legislação e execução prática

variam segundo sua cultura e sua época.

Na Grécia antiga, o aborto era praticado não havendo legislação para proibir ou admitir. Para Aristóteles, o aborto era recomendado como técnica eficaz para limitar os nascimentos e impedir o aumento populacional. Assim também, Platão defendia o aborto, para resguardar a sua raça pura de guerreiros e quando classificado como eugênico para mulheres com idade acima de 40 anos. Por sua vez, Sócrates defendia a livre escolha da mulher, caso fosse seu desejo, aconselhava as parteiras a facilitar o aborto.

Em Atenas e Tebas, punia-se o aborto somente quando feito sem o consentimento da mulher.

Para os Romanos, o aborto era uma prática comum, contudo era interpretado de várias maneiras dependendo da época. Aceitava-se o aborto nos primeiros tempo quando aumentava a taxa de natalidade. Já a partir do Primeiro Império, os nascimentos começaram a diminuir, passou então a legislação a ser severa e o aborto a ser considerado como crime, desde que se fosse provocado.

Não havia práticas abortivas no recinto dos Hebreus, uma vez que tinha o aumento das gerações como fim principal da vida.

Na Pérsia, são considerados como criminosos tanto as pessoas que tentam o aborto, quanto a mulher que submete a tal prática.

Na Inglaterra não se considerava e nem se punia o crime de aborto como o crime de infanticídio. A lei não delimitava o ato praticado, mas punia os atos antes de planejados.

Na legislação antiga da Áustria (1803), a mulher que praticava o aborto era punida com repreensão de um a cinco anos de prisão.

1.2.4. Aspectos religiosos

O aborto é um assunto polemico e de ampla contradição, instiga opiniões diferenciadas de várias pessoas provocando intensos debates em diversas

partes do mundo, principalmente, quando nos referimos às opiniões religiosas.

A Igreja Católica desde o século IV condena o aborto em qualquer estágio ou em qualquer circunstância, permanecendo até hoje esta opinião como posição oficial, pois considera que a alma já é infundida no novo ser desde a fecundação. Para os católicos Deus é o autor da vida, todo ser humano tem direito á vida desde o momento da concepção, afirmam que abortar é matar e ninguém tem o direito de tirar a vida humana independentemente de seu estágio fetal.

Os espíritas de maneira geral consideram o aborto como crime, porém por razões diferenciadas da opinião apontada pela igreja católica. Esta doutrina considera que o aborto não é morte de um ser, causa apenas a frustração de um espírito, pois o espírito sempre existiu, reencarnando em outro corpo quando se desliga pela morte do plano em que vive.

Contudo, esclarece que o direito de viver é o primeiro de todos os direitos naturais do homem e por isso ninguém tem o direito de implicar contra a vida que possa comprometer a existência corpórea.

Os países protestantes foram os primeiros a adotar legislações mais abertas em relação ao aborto neste século. A opinião da maioria das igrejas protestantes reconhece o aborto como escolha legítima da mulher, e defende o respeito á vida da mãe, recai sobre a gestante a escolha prioritária, caso tenha que escolher entre sua própria vida e a do feto ou embrião, diferenciando assim da igreja católica que tem a opção pela vida do feto.

Os islâmicos em geral mostram serem contra o aborto, no entanto se contradizem ao concordar em usar medicamentos abortivos enquanto o embrião ou feto não adquiriu forma humana, ou seja, consideram o aborto como um assassinato quando o feto se reveste de carne e osso, isto é, se torna humano.

Para os judeus se o aborto não é desejável, também não é considerado como assassinato, desde os séculos passados permitem o aborto terapêutico, considerando assim a vida da mão como mais sagrada que a do feto, prevalecendo a saúde da mulher, seu equilíbrio físico e psíquico, entretanto a escolha é de acordo com

a consciência da mulher.

1.2.5. Aspectos jurídicos

Dentro do ponto de vista jurídico de alguns doutrinadores em relação aos seus pensamentos divergentes entre correntes doutrinárias demonstrando os diversos tipos de manifestações sobre a legalização ou não do aborto. Observa-se como o Código de Processo Civil e seus artigos regem sobre os direitos do nascituro, onde proíbe mo abortamento provocado, incluindo-o entre os crimes contra a pessoa.

O direito à vida está previsto no artigo 5º, caput da CF/88. Ademais, reforça a previsão do texto do pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos) do qual o Brasil é signatário, internalizado nos termos do Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992. O artigo 4º da Convenção preceitua que o respeito à vida é direito a ser “protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”.

O Código Penal só permite expressamente o aborto nos casos de estupro, mas é pacifico o entendimento de que pode ser aplicada a chamada ***in bonam partem***, uma vez que presentes os seus requisitos, ou seja, semelhanças entre os crimes e ocorrência de omissão involuntária do legislador que se esqueceu da possibilidade da gravidez ocorrem sem a efetiva introdução do pênis na vagina.

2 A LEGALIDADE DO ABORTO

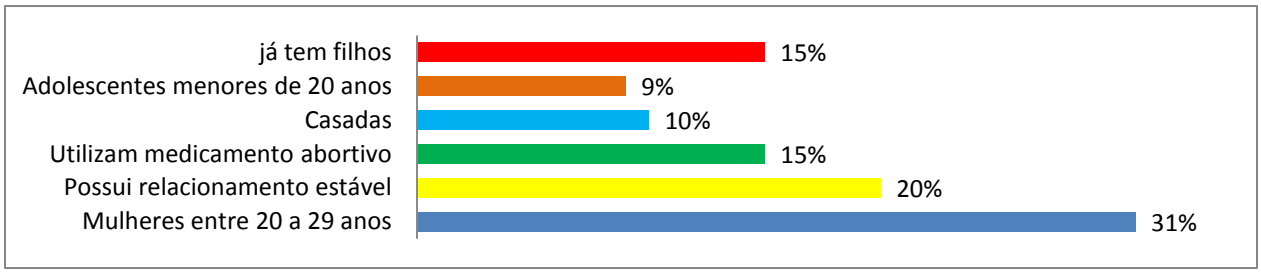
2.1. O ABORTO NO BRASIL

Há muito tempo que no Brasil o aborto é considerado como crime contra a vida humana em conformidade com o Código Penal brasileiro e a Constituição Federal/88 que prevê a pena de detenção em caso de aborto com ou sem consentimento.

Contudo, nos casos em que aborto é realizado mediante um aparato legal, o médico pode promovê-lo, sem que este seja considerado como crime, pois se trata de uma prática médica legal diante de três situações distintas: quando há risco de vida para a mulher, quando a gravidez é resultante de um estupro, ou se o feto for anencefálico (nascido sem cérebro). Em todos esses casos, o procedimento abortivo mediante prática médica legal, é realizado gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), porém, deve-se atentar para a importância da permissão legal para que este procedimento não se transforme num ato criminoso.

Existe toda uma discussão acerca da legalização do aborto no Brasil por parte da sociedade civil e política, tendo em vista que mesmo podendo ser realizada dentro dos casos mencionados, em alguns casos mulheres acabam procurando meios alternativos para fazê-lo. Ou seja, parte da população considera que fazer ou não o aborto deve ser uma escolha da gestante, isso por que acreditam que mesmo mantendo a prática ilegal não evitará que o aborto clandestino seja realizado.

Gráfico 1 – O perfil da mulher que faz aborto no Brasil

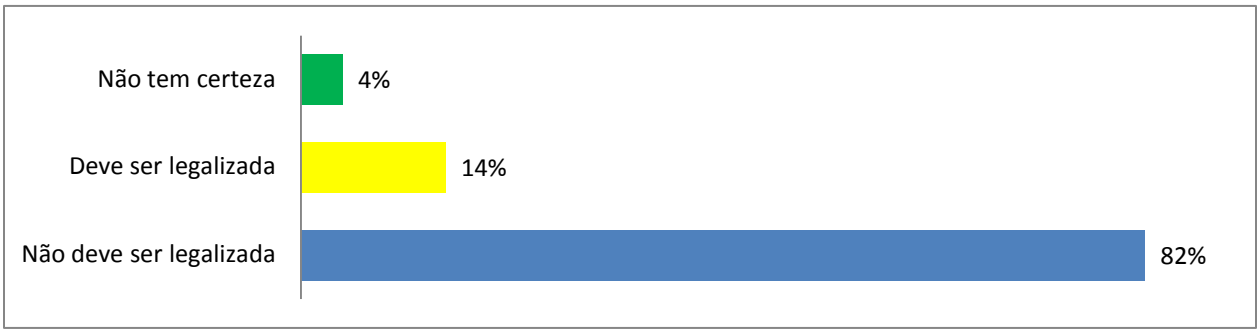


FONTE: Universidade de Brasília e UERJ/2008

O que se percebe no gráfico acima é que, ainda é muito grande o número de mulheres que procuram outros meios para realizarem o aborto, principalmente naqueles com idade entre 20 a 29 anos, e que estas mulheres buscam mesmo tendo um relacionamento estável ou que são casadas possuindo filhos ou não. Essa busca, muitas vezes, acaba ocasionando algumas mortes decorrentes de abortos clandestinos onde são utilizados medicamentos abortivos (15%). Porém, não se podem fechar os olhos para o caso de adolescentes envolvidas em casos de abortos.

Muitas dessas mulheres ou adolescentes praticam o aborto ilegal através do medicamento abortivo como, por exemplo, o misoprostol, proibido desde 1991. Esse tipo de medicamento, além de outros, pode causar não só a morte da gestante, mas também, a má formação do feto e diversas outras seqüelas. Diante disso, existe toda uma preocupação quanto à legalização ou não do aborto, como pode ser percebido no gráfico abaixo.

Gráfico 2 – Opinião sobre a legalização do aborto



FONTE: Universidade de Brasília e UERJ/2008

De acordo com o estudo feito pode-se perceber que ocorre uma grande rejeição por parte da população brasileira quanto a legalização do aborto, onde muitos acreditam que a atual legislação não deve ser alterada, sendo que este assunto continuará sendo alvo de muitas discussões, tendo em vista uma outra parcela da população achar que o aborto deveria ser legalizado o que acabaria com a clandestinidade e promoveria uma melhoria nesse tipo de procedimento evitando-se mortes e outras seqüelas.

O aborto é assunto que causa grande polemica, pois se trata da vida, e

ao tratar dela levanta na maioria das pessoas uma opinião. Recente decisão do Supremo Tribunal (ADPF54) teve como objetivo descaracterizar o aborto de feto anencefálico como sendo criminoso, transformando numa antecipação terapêutica do parto, visto que o feto portador da anencefalia não tem qualquer perspectiva de vida extra-uterina e sendo inviável a sua sobrevida, não estaria esse feto protegido pela legislação penal.

2.1.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF54)

Recentemente, no dia 11 e 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal colocou em votação o ADPF-54 que prevê a legalização do aborto para fetos anencefálicos, por meio da interpretação da viabilidade do feto e, portanto, se ele se enquadraria na proteção à vida descrita pela Constituição Federal/88.

Este projeto trouxe uma nova interpretação da lei quanto à permissão do aborto de anencefálicos. Quando se refere aos anencefálicos, fala-se de fetos que permanecem dentro do útero materno vivo, porém não ocorreu o desenvolvimento do cérebro, ou seja, foi gerado sem o cérebro. Diante disso, as leis vigentes tratam do assunto considerando que o feto já se encontra morto, portanto, não existe vida e não existe crime devido a sua condição.

Dentro dos preceitos de proteção da vida, prevista na Constituição Federal/88, a interrupção da gravidez nesse caso, não se considera crime, sendo assim ninguém pode obrigar uma a manter uma gestação que já se encontra inexistente, ou seja, não iria gerar uma pessoa. E dentro desse contexto, é que se votou a favor da legalização do aborto de anencefálicos.

Existem algumas controvérsias em relação à fiscalização e efetiva regulamentação, devido ao fato da grande preocupação quanto a possibilidade da ADPF-54 abrir precedentes para o aborto de embriões que tivessem algum tipo de doença, ou que fosse julgado indesejado.

Acredita-se que com a aprovação da ADPF-54 sirva para fazer com que

os preceitos da Constituição Federal/88 sejam cumpridos, o que viria a promover uma diferenciação entre o aborto comum do de um feto anencefálico. Ficando assim, considerado que o aborto em casos de anencefalia venha a se tratar de uma antecipação do parto, visando tão somente à preservação da saúde e da vida da gestante sem que seja violado qualquer dos princípios constitucionais.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1. LITERATURA SOBRE O TEMA

3.1.1 Modificações no Código Penal

A partir de 2012, o Código Penal brasileiro recebeu uma nova interpretação fazendo uma abordagem mais profunda a respeito do aborto e o fato deste se tornar legal em outras situações além dos três casos já permitidos, estupro e risco de vida da mulher e feto anencefálico.

Pretende-se com essas mudanças, que ainda não foram votação, dar maior abrangência em relação aos casos em que a mulher pode ou não realizar o aborto. Muitos juristas ainda acreditam que se deve manter proibida a interrupção voluntária da gravidez sem uma causa justa dentro dos parâmetros já mencionados anteriormente.

Dentro desse âmbito, o projeto de mudança do Código Penal prevê que, os casos em que o aborto poder ser permitido são além dos casos já previstos em lei: quando a mulher sofrer inseminação artificial sem o seu consentimento; quando o feto for anencefálico ou tiver grave doença de formação que o tornará inviável, caso ainda em análise pelo STF; por escolha da gestante, mas com a confirmação do médico de que a mulher não tem condições mentais de arcar com a gravidez.

Atualmente o artigo 128 prevê que,

> 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; Há duas espécies de aborto legal. Ambas são causas especiais de exclusão da ilicitude: I) – Aborto necessário possui dois requisitos: a) deve ser praticado por médico; b) não haver outro meio para salvar a vida da gestante.

Com a alteração, o artigo 128 passa, portanto, a prever que, não há crime de aborto se houver risco á vida ou à saúde da gestante, a gravidez resultante de

violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos, e por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições para arcar com a maternidade.

Quanto a sua penalidade, o artigo 128 previa anteriormente que no caso em que a mulher praticasse o aborto ilegalmente sofreria uma pena de 1 a 3 anos de detenção. Com a aprovação do Novo Código Penal brasileiro, essa pena passa a ser de seis meses a 2 anos de detenção. Já no caso de quem provoca o aborto ilegalmente a pena anterior era de 3 a 10 anos de detenção, com a alteração passa para 4 a 10 anos de detenção.

3.1.2 Dos crimes contra a pessoa

O artigo 127 do Código Penal prevê que,

> As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.

O mesmo Código Penal prevê, ainda em seu artigo 128, que não se pune o aborto praticado por médico nos casos em que não existe alternativa de salvar a vida da gestante ou, se a gravidez for resultado de estupro, e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz de seu representante legal.

Existem duas espécies de aborto legal, ambas são causas especiais de exclusão9 da ilicitude, o aborto necessário que deve ser praticado por um médico devidamente qualificado e, não haver outro meio para salvar a vida da gestante. Porém, não é necessário que haja risco atual para a gestante, basta que se saiba que o prosseguimento da gravidez colocará em risco a vida da mulher, mesmo que o perigo

seja futuro.

Quando ocorre o caso em que o médico supõe erroneamente o perigo a gestante e realiza o aborto, o mesmo não responde pelo crime, como bem determina o Código Penal,

> Artigo 20 – o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de um crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legitima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo; § 3º - o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se considerem, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. (www.planalto.gov.br)

Sendo assim, em relação ao médico não há crime, em face de descriminante putativa, já que se supôs estar agindo acobertado por uma excludente de antijuridicidade. Haverá, entretanto, para a gestante, punição por delito de aborto e de comunicação falsa de crime.

3.1.3 O Aborto eugenésico e Aborto social

Não existe na legislação brasileira dispositivo permitindo a realização do aborto quando os exames pré-natais demonstrarem que o feto possui alguma anomalia grave. Não é permitido, portanto, o aborto eugenésico ou eugênico. Entretanto, lhe será permitida a prática do aborto quando os exames comprovarem que a anomalia é de tamanha gravidade que o feto morrerá logo após o nascimento, como bem ocorre nos casos de anencefalia ou ausência de cérebro. Esse tipo de constatação não era permitido anteriormente.

Sendo assim, a morte é verificada logo após a cessação da atividade encefálica, o que não poderá caracterizar como crime de aborto, pois não houve a provocação da morte do feto, quando na concepção é considerada a não existência do cérebro, e cujos os batimentos cardíacos ocorrem em decorrência da união do feto ao

corpo da gestante, cessando quando o cordão umbilical é rompido.

No caso do aborto social, por sua vez, em alguns casos mulheres procuram pelo aborto devido a sua condição social. Porém, não se pode realizar esse aborto sob o fundamento de que a gestante não tem condições financeiras de criar um filho, o que é chamado comumente de “aborto social”, ou q1uando a mesma não é casada, nesses casos é evidente a configuração da ilicitude, do crime.

3.1.4 O Crime de Infanticídio

O infanticídio é um delito que possui o mesmo núcleo do tipo do homicídio, ou seja, de matar. É um crime autônomo, em que o legislador entendeu ser o caso de aplicar uma pena mais branda, em razão da condição diferenciada em que se encontra a agente, ou seja, esta sob a influência de seu estado psíquico e vir a provocar a morte do seu próprio filho nascente ou recém-nascido.

Segundo o artigo 123 do Código Penal – Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Quando o artigo se refere a “influência do estado puerperal”, refere-se a perturbação psíquica que acontece com grande parte das mulheres durante o fenômeno do parto, ainda que, algum tempo depois do nascimento da criança.

No infanticídio, a perturbação psíquica da mulher decorrente do estado puerperal apenas reduz sua capacidade de entendimento e, por essa razão, ela é punida, porém, com uma pena menor. Se, todavia, ficar demonstrado que ela não tinha qualquer tipo de perturbação psíquica, a mulher seria responsabilizada por homicídio.

Quanto ao reconhecimento da co-autoria ou participação no infanticídio, prevalece a atual opinião fundada no artigo 30 do Código Penal, que estabelece que as condições e circunstâncias de caráter pessoal se comunicam quando forem elementares de um crime. Ou seja, aplica-se também, às pessoas que, nos termos do referido artigo 30, tenha colaborado com o delito praticado pela mãe, tornando-se co-autores do infanticídio.

3.1.5 O Aborto criminoso

No aborto criminoso, é quando há o meio de execução, um crime de ação livre, pois admite qualquer meio executório, desde que, evidentemente, apto a causar o resultado. Os métodos mais usuais são: ingestão de medicamentos efetivamente abortivos, introdução de objetos pontiagudos no útero, raspagem ou curetagem e sucção. É ainda possível a utilização de agentes elétricos ou contundentes para causar o abortamento.

Não existe aborto culposo como crime autônomo. Se alguém causa aborto por imprudência responde por lesão corporal, pois, nesses casos, a existência de lesão na gestante é consequência natural do fato. Com a morte do feto, ainda que ele permaneça no ventre materno. Mesmo no crime de consentimento para o aborto, não bastará o mero consentimento para fim de consumação, exigindo-se, a toda evidência, a efetiva morte do feto para que o crime esteja consumado.

A tentativa do aborto é possível em todas as modalidades abortivas criminosas. Por exemplo, se é realizada a manobra abortiva e o feto é expulso com vida e sobrevive, existe a tentativa de aborto. Portanto, se a manobra é realizada e o feto é expulso com vida, mas morre, o aborto será considerado consumado, desde que fique demonstrado que a morte do feto foi em decorrência da manobra realizada.

Conclui-se, portanto, que para a existência do crime de aborto, não é necessário que a morte do feto venha a ocorrer no ventre da gestante. Por outro lado, se a manobra abortiva realizada causar a expulsão do feto com vide e, em seguida uma nova conduta é praticada com o recém-nascido para matá-lo, haverá a tentativa de aborto em concurso material com homicídio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração o que rege o artigo 5º da Constituição Federal/88, quando apregoa que a vida é um direito fundamental e inviolável, dentro desse contexto, no âmbito jurídico o aborto é entendido como o ato de interrupção de uma gravidez, com a conseqüente expulsão do feto do ventre materno. E o Código Penal brasileiro considera crime a conduta de provocar voluntária e intencionalmente a interrupção da gravidez. Para o Código Penal, o início da vida coincide com o início do processo gestacional e, portanto, se inicia na fecundação.

Essa afirmação é comprovada quando se verifica que o Código Penal define o crime de aborto, dentro do título 1, de “Crimes contra a pessoa”, no capítulo 1, “Dos Crimes contra a vida”. Ou seja, enquanto o Código Civil o nascituro não é considerado pessoa, para o Código Penal o aborto é um crime contra a vida de uma pessoa.

Sendo assim, o aborto caracteriza-se por dois aspectos, na legalidade, uma das posições é favorável ao aborto e a outra opção tenta puni-lo, como acontece no caso do Brasil, que discute a aprovação da ADPF-54, que prevê a legalização do aborto nos casos de risco de vida da gestante ou de estupro, bem como conceituar e punir a prática ilegal do aborto que, quando provocado, quase sempre traz consequências que comprometem a vida e a saúde da gestante.

Vale ressaltar, toda polêmica existente a cerca da legalização do aborto em todos os sentidos, e isto reflete, tão somente, na divergência que já ocorre na sociedade. Acredita-se ainda, que a penalização da prática do aborto, além de ferir os direitos humanos, discrimina aquelas que, por dificuldades econômicas, se vêem obrigada a recorrer ao aborto inseguro, violando-se assim, o princípio da justiça e equidade.

Afeta ainda distintamente as mulheres pobres, por sua maior exposição às graves complicações do aborto realizado em condições inadequadas, refletindo uma situação de desigualdade na garantia do direito de acesso aos serviços de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em <www.planalto.gov.br>

BARROSO, Luis Roberto. **ADPF-54 - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**: petição inicial. Brasília, 2004.

BARROSO, marcela Maria Gomes Giorgi. **Aborto no Poder Judiciário**: o caso da ADPF54. Dissertação de Mestrado, 2010. 186p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

DIREITO CRIMINAL; Associação Paulista do Ministério Público, **Cadernos Jurídicos**. Antonio Scarance Fernandes e Carlos Fernandes Sandrin. Edições APMP: São Paulo, 1988.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Sinopses Jurídicas**: Dos crimes contra a pessoa, 6ed, 8v, São Paulo: Saraiva, 2003. Páginas do trecho transcrito da obra: 56 e 58.

FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencefálicos e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Icone, 2011.

MARCELLO, Maria Carolina. **STF aprova legalização de aborto de anencefálico**. Disponível em <http://reuters-brasil.jusbrasil.com.br>