



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Legalidade da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação

Débora Rodrigues de Paula

Rio de Janeiro

2016

DÉBORA RODRIGUES DE PAULA

Legalidade da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro..

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior.

Rio de Janeiro
2016

Legalidade da interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação

Débora Rodrigues de Paula

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: O tema aborto sempre se revelou um tabu na sociedade. No entanto, não há como negar que esse assunto é recorrente e apresenta relevância jurídica. Tanto na seara da saúde pública e dignidade da pessoa humana, que transita pelos fundamentos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, quanto na do Direito Penal, o aborto tem ganhado espaço, mas pouco tem se discutido acerca. Sua relevância no cenário jurídico teve lugar quando do julgamento da interrupção da gravidez de feto anencefálico. A essência do trabalho é ampliar o espectro da legislação a partir da interpretação do momento em que se tem início a vida do feto, estabelecendo um marco objetivo para que o aborto ocorra de forma legal, através da visão neurológica, tal como, pautado no entendimento expresso pelo Conselho Federal de Medicina, estabelecer o marco da 12ª semana de gestação para que tal interrupção seja realizada.

Palavras-chave: Constitucional. Penal. Aborto. Interrupção. Gravidez. Saúde Pública.

Sumário: Introdução. 1. Aborto e interrupção da gravidez. 2. Do conceito de vida. 2.1 Teoria concepcionista. 2.2 Teoria natalista. 2.3 Teoria da Nidação. 2.4 Teoria Neurológica. 3. O aborto e a legislação nacional. 3.1 Aborto necessário. 3.2 Aborto Sentimental. 4. O STF e a antecipação do parto de feto anencefálico. 5. Da necessidade de se legalizar a interrupção da gravidez. 5.1 Direitos individuais. 5.2 Da interpretação conforme a Constituição Federal. 5.3 O princípio da proporcionalidade e o direito penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da interrupção da gravidez, o que não se pode confundir com o aborto, que é considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvas raríssimas exceções, abarcadas na legislação penal, mais precisamente no artigo 128, I e II do Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

A interrupção da gravidez é tema recorrente de debates jurídicos, sociológicos, filosóficos, econômicos e, ousa-se dizer, principalmente religiosos. Por essa razão, necessário que se esclareça que para abordar o tema no presente trabalho pretende-se fazê-lo sob as óticas jurídica, científica da teoria neurológica que demarca o conceito de vida e social de saúde pública.

A saber, há diversas teorias que pretendem explicar o conceito de vida, e que, aliadas às premissas jurídicas, estabelecem o marco inicial da personalidade jurídica e da vida, a fim de se interpretar o artigo 2º da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

A divergência é tamanha que o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Arguição de Preceito Fundamental. A Suprema Corte, ao julgar o caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico enfrentou, ainda que de forma tímida, a questão do início da vida, e instituiu a diferença jurídica entre interromper a gestação e abortar.

É nesse contexto que o trabalho se desenvolverá. Levando em consideração quando e como tem início a vida, a fim de que se estabeleça um marco temporal para a interrupção de toda e qualquer gravidez, tendo ainda, como base, as estatísticas levantadas no cenário global acerca da mortalidade das mulheres que praticam o aborto de forma clandestina.

Outro ponto de suma importância é a limitação da interferência do Estado na vida da pessoa. Certo é que a liberdade de escolha do ser humano deve prevalecer sobre as decisões do Estado, a não ser que com as suas escolhas a pessoa coloque sua vida em risco, o que acarretaria em alguma responsabilidade estatal.

Dessa forma, cria-se a tríade dentro da abordagem constitucional do tema: a não proteção ao feto, vez que não tem ainda vida; a proteção à liberdade da mulher de usufruir livremente de seu corpo; e, por fim, mas não menos importante, a limitação do Estado na ingerência da vida do ser humano.

Busca-se alertar para a importância de se posicionar acerca da legalização do aborto no Brasil, sob uma ótica puramente científica, sem levar em consideração qualquer ponderação religiosa, tendo em vista que o Brasil é um país laico, logo, levar em consideração posicionamentos religiosos na construção de um ato legislativo não encontra amparo no enredo constitucional. O aborto clandestino é a quinta causa de morte materna no Brasil, país no qual a cada 2 dias uma brasileira morre em razão de aborto realizado em más condições. A relevância social do tema é explícita, e merece total atenção do mundo jurídico.

1 ABORTO E INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

A distinção entre as expressões “aborto” e “interrupção da gravidez” ganhou relevância quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 pelo Supremo Tribunal Federal.

Os termos são tratados como sinônimos, inclusive, pela doutrina. O doutrinador Guilherme Peña de Moraes assim trata do aborto:

O aborto é revelado pela interrupção da gravidez, com a destruição do feto, excluída a ilicitude da conduta nas hipóteses de aborto terapêutico ou necessário, quando não houver outro meio que possa ser empregado para salvar a vida da gestante, e de aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez resultar de estupro ou ocasião do produto da concepção seja precedida pelo consentimento da gestante ou de seu representante legal.¹

De fato, não parece lógico não tratar as expressões como sinônimas. No entanto, o aborto, do glossário jurídico, encontra-se tipificado no Código Penal, mas especificamente em seus artigos 124 e seguintes, sendo, então, tratado como crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa razão, ao julgar a ADPF 54, os ministros do STF fizeram por bem distinguir a situação ali retratada como interrupção da gravidez, e não aborto. Isso porque, segundo o decano do Tribunal, o Ministro Celso de Mello, o embrião anencefálico não possui, sequer, potencialidade de vida. Dessa forma, descartaram qualquer tipo de decisão acerca da legalidade do aborto quando do julgamento desse caso.

O Ministro Gilmar Mendes, por outro lado, não apresentou uma posição tão vanguardista. Entendeu que se tratava, sim, de hipótese de aborto, e que o que estava sendo decidido pela Casa era uma hipótese de exceção a ser somada ao rol já previsto na Legislação Brasileira.

Assim, a Suprema Corte do país continuou silente acerca da legalidade ou não do aborto, no entanto, não há como se negar que o julgamento em comento resultou em precedente inédito, tendo sido levado em consideração a possibilidade de se discutir um tema que nem sempre foi pacífico no ordenamento jurídico, qual seja o conceito de vida.

Diversas são as teorias que se prestam a estabelecer o marco inicial da vida, tendo sido a teoria natalista mais aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 562.

Apesar das divergências, pode-se afirmar que, em não havendo vida não há que se falar em aborto, mas, sim, em interrupção da gravidez.

2. DO CONCEITO DE VIDA

O artigo 2º do Código Civil disciplina quando se tem iniciada a personalidade civil da pessoa, o que se dá com o seu nascimento com vida, restando salvaguardados, desde já, os direitos do nascituro.

Frise-se que o nascituro não foi tratado como sujeito de direitos, mas sua situação jurídica é de mera expectativa de direitos, que se concretizará com o nascimento com vida.²

A celeuma nasce, justamente, da leitura desse artigo. A lei não conceitua o que seria nascer com vida, criando, assim, espaço para diversas teorias nascessem a fim de explicar o conceito ali trazido.

A importância dessas teorias é palpável, principalmente porque não se pode engessar o ordenamento jurídico quando se trata de tema tão sensível quanto o conceito de vida.

Para que se possa ter uma maior noção do explicitado, imprescindível a análise das teorias mais relevantes para o enfrentamento da matéria.

2.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

Segundo essa teoria, a vida teria se iniciado desde o momento da concepção do feto. Pode-se perceber que essa não foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, à simples leitura do artigo 2º do Código Civil supra mencionado, pois entende que nascituro é pessoa humana.

² BARBOZA, Heloísa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado* Conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro/São Paulo: RENOVAR, 2011, p. 6/8.

Essa teoria, com influência direta do direito francês, foi difundida no Brasil, principalmente, por Silmara Juny Chinelato, e é defendida pela doutrinadora Maria Helena Diniz, que sustenta que a personalidade jurídica pode ser dividida em formal e material.

A formal seria aquela inerente aos direitos de personalidade, porquanto a material estaria ligada aos direitos patrimoniais. Segundo a doutrinadora, o nascituro já goza da personalidade jurídica formal desde a sua concepção, vindo a material a se concretizar com o nascimento com vida.³

Apesar de não ter sido a teoria adotada pelo ordenamento pátrio, foi essa a adotada pelo Código Civil do Peru⁴, em seu artigo 1º

Artículo 1º.- Sujeto de Derecho

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepcion. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribucion de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo.

Essa teoria vem ganhando adeptos em razão da fertilização in vitro, que consiste na técnica de fecundação extracorpórea na qual o óvulo e o espermatozoide são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial.

2.2 TEORIA NATALISTA

Tem-se afirmado que essa foi a teoria agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Segundo a teoria natalista o nascituro não seria pessoa detentora de direitos, mas de mera expectativa deles, o que se concretizaria com o seu nascimento com vida.

Dentre os adeptos dessa teoria, pode-se citar Caio Mário da Silva Pereira, que sustenta haver dois requisitos para que se tenha a personalidade, ou seja, para que se tenha o nascimento com vida, quais sejam: nascimento e vida.

Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou

³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 35.

⁴ Disponível em: <<http://www.abogadoperu.com/codigo-civil-peru-1984-abogado-ley.php>> Acessado em 31 março de 2014

indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição de nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria.

A vida do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxicarbonica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pareça em seguida. Sede que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões.⁵

Percebe-se que para os que sustentam a aplicação da teoria natalista, a forma como se deu a concepção não tem maior relevância, pois o que se leve em consideração é o nascimento em si do ser, se ao ser separado do corpo da mãe consegue, de forma independente, manter o seu sistema biológico funcionando. Antes disso não se poderia falar em vida.

2.3 TEORIA DA NIDAÇÃO

De acordo com essa teoria, a vida do embrião teria início quando esse se fixa à parede uterina, o que levaria, em média, 72 horas.

É com base nessa teoria que se entendeu que a chamada pílula do dia seguinte não implicaria em aborto. Segundo essa teoria a vida teria início com o pré-embrião, que é o produto da fusão das células germinativas até 14 dias após a fertilização, seja essa da modalidade que for, quando do início da formação da estrutura que dará origem ao sistema nervoso.

Essa teoria foi a balizadora para a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) nº 33 de 17 de fevereiro de 2006, que aprova o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 219.

2.4 TEORIA NEUROLÓGICA

Essa teoria nasce a partir de uma construção contrária. Isso porque leva em consideração os requisitos adotados pelo ordenamento jurídico atualmente para que se possa falar em morte, por assim ser, em perda da personalidade.

Ora, se é certo que só se perde a personalidade jurídica com a morte, mais certo ainda é que só há morte quando há vida. Nesse sentido, os conceitos de morte e vida encontram-se intimamente interligados.

Ocorre que o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base nos ensinamentos da medicina e da ciência atuais, e na Resolução CFM nº 1.480/97 é o de que há morte quando há a morte cerebral, ou encefálica.

Antes de se aderir a esse entendimento, há quem afirmasse que a morte se dava com a cessação dos batimentos cardíacos, por exemplo. Porém, Caio Mário da Silva Pereira bem pondera em sua obra que “a ciência moderna, entretanto, chega a uma conclusão diferente. A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral”.⁶

Dessa forma, pode-se afirmar que enquanto ainda não há atividade cerebral, não há vida. Basta, então, definir quando se dá o início da atividade cerebral.

Assim, poder-se-ia afirmar que, enquanto ainda não formado o tronco encefálico ou o tálamo, não há atividade cerebral e, por consequência, não há vida. Se não há vida, não se fala em aborto, mas sim em interrupção da gravidez.

3. O ABORTO E A LEGISLAÇÃO NACIONAL

No atual ordenamento jurídico brasileiro tem-se o aborto legal e o ilegal, ambos com previsão no Código Penal (Decreto Lei nº 2548/40). O aborto ilegal pode ser realizado pela

⁶ Ibid., p. 223.

própria gestante ou com ou sem o seu consentimento, e encontra-se tipificado nos artigos 124, 125 e 126 do referido diploma legal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.⁷

Esse artigo, no entanto, tem por objetivo pormenorizar as hipóteses do aborto legal, sejam elas já existentes ou que deveriam existir, numa interpretação conforme a Constituição Federal.

3.1 ABORTO LEGAL

O aborto poderá ser realizado por agente de saúde devidamente qualificado em duas situações legalmente expressas, quais sejam: (i) quando a gravidez significar risco a vida da gestante; ou (ii) quando a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, por seu representante legal. Nesse caso tem-se excludentes especiais da ilicitude do crime de aborto:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁸

Poderá, também, ser realizado quando a gestação for de feto anencefálico, em que pese essa previsão não se encontrar expressamente na Lei, resulta de construção jurisprudencial, em decorrência do julgamento da ADPF 54, pelo Supremo Tribunal Feral.

⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

⁸ Ibid.

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)⁹

Assim, o aborto legal pode ser necessário ou sentimental.

3.1.1 ABORTO NECESSÁRIO

Previsto no artigo 128, I, *supra*, do Código Penal, o aborto necessário consiste na Interrupção proposital da gravidez realizada numa urgência pelo obstetra, em circunstâncias excepcionais, nos casos de iminente perigo de vida da gestante, perigo este advindo de perturbações graves e irremediáveis do curso normal da gravidez. A medicina elenca numerosas circunstâncias que tornam incompatíveis o organismo da gestante com o do feto. O aborto necessário é também conhecido como terapêutico.

Durante a gravidez, apresenta-se às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal situação, cabe ao médico averiguar a viabilidade da continuidade daquela gravidez. Caso conclua pela impossibilidade da gestação, senão com a morte da gestante, lhe é permitido interromper a gravidez, com o sacrifício do feto, independentemente de autorização judicial.

Importante ressaltar que, se for averiguada qualquer possibilidade de salvar tanto a gestante quanto o nascituro, deve ser essa a atitude do médico.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

A licitude do aborto necessário não depende de consentimento da gestante ou pessoas de sua família, podendo, inclusive, ser realizado contra a sua vontade, desde que presentes os requisitos legais, simultaneamente:

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime.¹⁰

Em razão do iminente perigo de vida é que alguns doutrinadores, por todos Cezar Roberto Bitencourt, sustentam que o aborto necessário pode ser realizado por qualquer pessoa, mesmo que não sendo profissional da área de saúde, em razão do estado de necessidade previsto no artigo 24 do Código Penal.

3.1.2 ABORTO SENTIMENTAL

Também conhecido como aborto ético ou humanitário, essa modalidade de aborto encontra-se prevista no Código Penal em seu artigo 128, inciso II, e tem incidência nos casos de gravidez que resultam de estupro, não impondo a lei qualquer limite temporal para que a gestante dê o seu consentimento.

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante, ou, sendo incapaz, de seu representante legal. A prova tanto do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal.¹¹

Como se sabe, onde a lei não restringiu não deve o intérprete fazê-lo. Dessa forma, mesmo que não haja sentença criminal transitada em julgado acerca do crime de estupro ou autorização judicial para que se realize o aborto, esse não poderá ser considerado criminoso.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial 2 – Dos crimes contra a pessoa*. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 174.

¹¹ *Ibid.*, p. 175.

4. O STF E A ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO

No julgamento da ADPF 45, o STF foi instado a se manifestar acerca de tema de grande relevância no cenário jurisdicional brasileiro, qual seja a antecipação do parto de feto anencefálico.

Foi ponderado pelo Ministro Marco Aurélio – relatora da referida demanda – que até o ano de 2005 já haviam sido formalizados cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina¹², o que ressaltava a necessidade de enfrentamento do tema pela Corte Constitucional.

Para se chegar à conclusão acerca do tema, o ministro Marco Aurélio se pautou em cinco pilares: interpretação do instituto conforme a Constituição Federal, Estado laico, dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Assim, brilhantemente aquela Corte sedimentou o entendimento de que, numa interpretação conforme a Constituição Federal, mostra-se inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

É assim, então, que se tem, hoje, a legitimidade do aborto em situação não prevista pela Lei, mas que dela não poderia ficar de fora. Trata-se de verdadeira judicialização da política e adequação do ordenamento jurídico à realidade.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54, Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>, último acesso em 08 de setembro de 2014.

5. DA NECESSIDADE DE SE LEGALIZAR A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

Segundo a Pesquisa Nacional de Aborto, ao completar 40 anos, mais de um em cada cinco mulheres já teria feito um aborto, no Brasil. A pesquisa demonstrou, ainda, que dentre as mulheres que recorrem a esse feito, encontram-se as entre 18 e 29 anos de idade, sendo mais comum entre aquelas de menor escolaridade. Importante salientar que a religião pouco interferiu na opção pelo aborto, tendo em vista que a maioria dos abortos foi realizada por católicas.¹³

A Organização Mundial de Saúde – OMS – aponta a América Latina e o Caribe como as regiões com o maior índice de aborto clandestino no mundo, em coleta de dados que abrangeu os anos de 1990 à 2008, e mulheres de 15 a 44 anos, sendo que o índice de mortalidade na América Latina desses abortos clandestinos é o décuplo da Europa.¹⁴

No mundo, a cada dois minutos uma mulher morre devido a complicações no parto ou na gravidez, sendo que no Brasil registram-se mais de mil mortes por ano em razão do aborto¹⁵. O aborto se mantém na pauta das pesquisas brasileiras há, pelo menos, 20 anos, sendo solidificado que o aborto é uma questão de saúde pública.

Como reflexo dessa situação, em 2004, 243.998 internações na rede SUS foram curetagens pós-abortamento, correspondentes aos casos de complicações. As curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação, sendo superados apenas pelos partos normais.

Além do mais, o abortamento é uma importante causa de mortalidade materna no país. Em 2001, aconteceram 9,4 mortes de mulheres por abortamento por 100 nascidos vivos. A mortalidade materna, ou seja, ‘a morte de uma mulher que ocorre durante a gestação ou dentro de um período de 42 dias após o término da gestação, independente da duração ou localização da gravidez’, de acordo com definição do Ministério da Saúde, é algo evitável 92% dos casos¹⁶

¹³ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v15s1/002>>, Acesso em 08 de setembro de 2014.

¹⁴ Organização Mundial da Saúde – OMS. Department of Reproductive Health and Research, World Health Organization. *Unsafe Abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Genebra, ano 2011, 6. ed. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118_eng.pdf>. Acesso em 08 de setembro de 2014.

¹⁵ Dados obtidos em <<http://www.onu.org.br/opasoms-no-brasil-realizam-evento-para-celebrar-o-dia-nacional-pela-reducao-da-mortalidade-materna/>>, último acesso em 08 de setembro de 2014.

¹⁶ OFÍCIO CFM nº 4867/2013 – PRESI *Subsídios para o debate sobre os excludentes de ilicitude do aborto* – Documento síntese elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo CFM para análise do tema.

Tomando como base algumas das diretrizes que o Ministro Marco Aurélio tomou para pautar seu voto na decisão da ADPF 54, por exemplo, poder-se concluir que a legalização da interrupção da gravidez é imperiosa.

5.1 DIREITOS INDIVIDUAIS

Os direitos individuais podem ser conceituados como direitos fundamentais próprios do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal.¹⁷

Entre eles tem-se o direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Sendo que os dois primeiros incidem de maneira profunda na temática da legalidade do aborto.

Ao se falar em direito à vida é imprescindível que se conjugue esse direito ao da dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se ter em mente que todo indivíduo tem direito a vida digna.

É por isso que se admite o aborto sentimental, aquele previsto no artigo 128, II do Código Penal, pois “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso pode lhe acarretar”¹⁸.

Ainda no âmbito do direito à vida, tem-se o direito à integridade física, que abrange o direito ao próprio corpo, e aqui entra um conceito interessante da limitação do Estado na disposição do indivíduo do seu corpo, com base no princípio da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais, especialmente os direitos individuais, procedem à limitação do poder político na medida em que estatuem, relativamente ao Estado e aos particulares, um dever de abstenção, isto é, asseguram a existência de uma esfera

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Individuais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.21

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial 2*. São Paulo: SARAIVA, 2012. Ebook, posição 3253 do Kindle Paper White.

de ação própria, inibidora de interferências indevidas, de forma que são satisfeitos por um abster-se ou não atuar.¹⁹

Nesse passo, o que se tem é que o Estado só deve atuar quando as escolhas do indivíduo colocaram em risco a sua saúde ou a sua dignidade. Decidir sobre a continuação de uma gestação não implica em nenhum desses âmbitos, logo, a atuação do Estado estaria limitada à sua abstenção.

Isso se torna nítido quando se leva em consideração a teoria neurológica e a posição do Conselho Federal de Medicina e da Organização das Nações Unidas acerca da autonomia da mulher no caso de interrupção da gestação.

O Conselho Federal de Medicina é favorável à interrupção da gestação até a 12ª semana, quando o sistema nervoso central do feto não está formado ainda, o que indica que ele não sentiria dor. Mais, pela experiência médica, depois desse tempo há maior risco para a gestante.²⁰

5.2 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Código Penal é de 1940, e deve ser adaptado à realidade social, qual seja a de que o aborto é uma realidade social, sendo visto, inclusive, como questão de saúde pública. Não pode a lei se afastar das necessidades da sua comunidade.

Assim, a omissão do Estado nesse campo é inconstitucional, uma vez que preza a Constituição Federal pela cidadania, dignidade da pessoa humana e promoção do bem de todos.

Há na Constituição, ainda, a previsão de planejamento familiar, no artigo 226, §7º, o que confere à pessoa a liberdade de decidir acerca da eventualidade de sua prole,

¹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2a edição apud MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ATLAS S.A., 2014, p. 327

²⁰ Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3. Acesso em 08 de setembro de 2014.

principalmente em razão da paternidade responsável. Por essa razão, são admitidos diversos métodos contraceptivos.

No entanto, sabe-se que nenhum método apresenta 100% de eficácia, de modo que uma gestação indesejada não está fora de cogitação. Nada mais realístico que o Estado assegure todos os meios necessários para que a família possa estabelecer livremente sua dimensão.

Saliente-se que não se defende o manuseio do aborto como método contraceptivo, mas sim como forma de política pública, apta a garantir à mulher uma vivência digna.

Interessante que se saiba, por fim, que o Uruguai, em dezembro de 2012, editou a Lei de Interrupção da Gravidez – que leva em consideração o período de 12 semanas de gestação –, e, segundo balanço oficial do governo uruguaio, desde a entrada em vigor da referida lei nenhum caso de interrupção de gravidez resultou em mortalidade materna.

Mais, a Lei prevê apoio à gestante, por intermédio de equipe interdisciplinar, sendo concedido à gestante um prazo para maturar a sua escolha. Em, de fato, optando pelo aborto, esse é feito com base nas diretrizes da OMS. Os resultados oficiais também demonstram que 6,3% das mulheres desistiram da ideia de abortar e continuaram com sua gravidez, após realizar as consultas com as equipes multidisciplinares.²¹

5.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Brasileiro apresenta grande relevância, vez que será o dosador entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada²².

Nesse norte, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece em seu artigo 5º que a lei só tem direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade²³, de forma que

²¹ Ley nº 18987 disponível em <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>> Acesso em 03 de dezembro de 2014.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral I*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.54.

não teria qualquer baliza manter-se estabelecido como crime um ato que traria à sociedade uma vida mais saudável.

Não há proporcionalidade em continuar a se punir um ato de desespero, qual seja a interrupção da gravidez, que quando realizada sem a devida assistência médica e estatal culmina na morte de mulheres.

CONCLUSÃO

O aborto não foi sempre um ato repugnado e tratado como crime, pelo contrário, tendo em vista que em algumas sociedades era encorajado e visto como necessário para que se mantivesse a ordem social.

Certo é que esses argumentos não poderiam pesar para a tomada de escolha da Sociedade Brasileira, Democrática e Fraternal, pela legalização da antecipação da gravidez, mas sim a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade do seu próprio corpo e à vida.

O que se tem é o conflito básico entre direitos e garantias fundamentais de sujeitos amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico, situando-se de um lado a mulher e do outro o nascituro.

Ambos gozam do direito à vida e à dignidade, de forma que o que deve socorrer a comunidade jurídica nesse caso são as técnicas de ponderações dos princípios, aliadas à análise das implicações reais da problemática do aborto clandestino.

Em que pese não parecer possível colocar em cheque o direito à vida de dois sujeitos distintos, deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana não se limita à vida em si da pessoa, mas também à sua expectativa de vida.

²³ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1979, disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> último acesso em 03 de dez de 2014.

Há que se pensar qual seria a expectativa de vida de uma pessoa quando sua vinda ao mundo não é desejada. Quando a sua expectativa de vida não é esperada e aguardada no seio familiar.

Ademais, a dignidade de pessoa da mulher que opta pela interrupção da gravidez e é tratada como criminosa, quando se sabe que optar por tal caminho já é deveras difícil, não trazendo qualquer prazer àquela que por ele percorre.

Some-se a isso o fato de que o aborto clandestino já é encarado pelo Ministério da Saúde como questão de saúde pública, tendo em vista as situações precárias em que essa prática é realizada, em clínicas que não são submetidas ao crivo da Administração Pública e por profissionais que não são devidamente qualificados.

Não bastasse essa situação, a mulher fica tão desamparada que, em não obtendo sucesso com a interrupção, não há nenhum mecanismo jurídico que lhe socorra, pelo contrário, será a mulher enquadrada no tipo penal previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal, não lhe sendo oportunizada, sequer, a possibilidade de buscar uma reparação civil pelo dano causado durante o procedimento abortivo, uma vez que seu próprio atuar já configura ilicitude.

Dessa forma, imperioso concluir pela necessidade de se criar bases legais que amparem tanto a mulher quanto o nascituro que se encontrem nessa situação.

Certo é que ao Direito cabe regular as situações fáticas de relevância para a sociedade, e o aborto não pode mais consistir em tabu por si só, enquanto se fecham os olhos para a situação deplorável em que muitas mulheres se encontram.

A fim de garantir, então, a segurança necessária a todos os envolvidos, além de a melhor forma para que essa interrupção ocorra, dentro dos princípios basilares da sociedade democrática.

Já se foi comprovado que até a formação do tronco encefálico não há reprodução de impulsos aos nervos, o que quer dizer que não se pode vislumbrar vida naquele nascituro, uma vez que a falta de vida é a falta de impulsos produzidos pelo cérebro (morte cerebral). Mais, se não há estímulo neurológico, aquele feto é incapaz de sentir dor.

Dessa forma, a interrupção da gravidez até a 12ª semana, momento em que o Conselho Regional de Medicina entendeu como aconselhável para tal, encontra-se em harmonia com os preceitos fundamentais constitucionais, devendo ocupar assento no

ordenamento jurídico brasileiro, evitando-se, assim, a mortalidade materna crescente e a falta de dignidade na gestação, para mãe e nascituro.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal - V. 1 - Parte Geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014

_____. *Tratado de Direito Penal – V. 1 - Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2011

_____. *Tratado de Direito Penal - V. 2 - Parte Especial – Dos crimes contra a pessoa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2014

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Especial 2*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em <<http://www.scielosp.org/pdf/csc/v15s1/002>>.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: ATLAS S.A., 2014

Organização Mundial da Saúde – OMS. Department of Reproductive Health and Research, World Health Organization. *Unsafe Abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Genebra, ano 2011, 6ª ed. Disponível em

<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44529/1/9789241501118_eng.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos Individuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

URUGUAI. Ley n. 18.897 Interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>>>. Acesso em: 08 set. 2014.