



O ABORTO E SUAS MULTIFACETAS NO ESTADO BRASILEIRO

ABORTION AND ITS MANY FACES IN BRAZIL

Ingrid Bispo

RESUMO

Assevera que o aborto é previsto como crime no Brasil e disciplinado pelo Código Penal, em seus arts. 124 a 128.

Entende serem necessárias mudanças quanto ao seu regulamento e toma por base o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (reforma do Código Penal brasileiro), de modo comparativo e subsidiário, para sugerir tais alterações.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; aborto; direito fundamental; política pública.

ABSTRACT

The author states that abortion is laid down in articles 124 to 128 of the Brazilian Criminal Code and is considered a crime in Brazil.

In her opinion, changes are needed regarded abortion regulation and proposes some alterations based, in a comparative and subsidiary way, on Senate Bill 236/2012 (Criminal Code reform).

KEYWORDS

Criminal Law; abortion; basic right; public policy.

One love! One heart! Let's get together and feel all right.
(Bob Marley)

1 INTRODUÇÃO

Não estamos propondo nem a legalização, nem a descriminalização do aborto. É importante não confundir a expressão “descriminalização” com “legalização”. Quando falamos de descriminalização do aborto, devemos nos atentar que estamos fazendo referência à revogação do crime de aborto¹ previsto no nosso Código Penal. A descriminalização refere-se à retirada do *status* criminoso do aborto, sem a instituição de qualquer tipo de disposição legal. Retira-se o aborto do rol de crimes e deixa-se que a sociedade o autorregule, dispensando um corpo de normas traçadoras de limites; o que não faz sentido algum, haja vista que uma das funções das normas jurídicas é limitar o exercício das liberdades, impedindo que um indivíduo interfira na esfera de liberdade do outro – causando caos social – fazendo-se cumprir o brocardo: a liberdade de um indivíduo se esgota onde a de outrem se inicia. Já a legalização propõe que o aborto não seja punido como crime, mas que lhe seja dado caráter lícito e instituídas sanções bem mais leves que qualquer sanção penal – a qual envolve a liberdade de ir, vir e permanecer. Portanto, falar em legalização significa emitir um juízo de valor sobre o bem jurídico “vida humana intrauterina”, ao ponto de deixar de ser socialmente relevante o bastante para demandar a tutela do direito penal.

Defendemos a criação de uma estrutura que pondere o direito à vida (da mulher e do embrião ou feto)² com a liberdade de escolha, autonomia reprodutiva, saúde, privacidade, igualdade da mulher; dê condições de salubridade para a efetuação do aborto e que não deixe de sancionar os médicos ou pessoas que exercitem práticas abortivas clandestinas, apro-

veitando-se da condição de vulnerabilidade na qual a mulher se encontra.

Existem pessoas e/ou grupos sociais que tendem a dividir a questão do aborto em lados antagônicos – a favor e contra a descriminalização/legalização. Não visualizamos a questão desta forma. Nossa parte especial do Código Penal data de 1940: não podemos simplesmente escolher entre deixá-la como está ou apagá-la. Mudanças são necessárias. A sociedade não é estanque, as mudanças são constantes e, de fato, nossa legislação penal está parada no tempo. Parada numa sociedade que, há muito, não é mais a nossa. Assim sendo, resta-nos estudar e discutir quais alterações, nos planos legal e político-social, trarão mais pontos positivos do que negativos para a sociedade brasileira.

A Constituição brasileira de 1988 silenciou no que tange ao aborto. Ela defende o direito à vida, porém não fala quando este se inicia. O que isto significa? Quer dizer que não podemos extrair da Constituição nada relacionado ao começo da vida e à sua proteção? A resposta é negativa.

Este trabalho está organizado no seguinte formato: introdução, na qual apresentamos a ideia central do estudo; desenvolvimento, no qual refletimos acerca da legislação (constitucional, suprallegal e penal) e da jurisprudência acerca do aborto, as comparamos com as vigentes no estrangeiro, debatemos a respeito das consequências sociais que acarretam e prevemos as consequências que as modificações no tratamento político-jurídico do aborto ocasionarão; e considerações finais, na qual expomos as inferências sobre tudo o que foi discutido.

2 ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 silenciou no que tange ao aborto. Ela defende o direito à vida, porém não fala

quando este se inicia. O que isto significa? Quer dizer que não podemos extrair da Constituição nada relacionado ao começo da vida e à sua proteção? A resposta é negativa. Como bem lembra Dirley da Cunha Junior (2011, p. 1014-1015), [...] *a Constituição não pode ser encarada como um conjunto desordenado ou caótico de normas, mas, sim, como uma constelação de normas articuladas, que se relacionam reciprocamente, segundo um princípio unificador. Ela é um todo unitário que, por isso mesmo, deve ser interpretado como tal.* Cabe-nos, então, interpretar a Constituição de maneira ampla, sem tomar como absoluto qualquer direito antes de ponderá-lo com outro. Devemos pensar além do direito à vida e abranger, ao seu lado, o direito à saúde,

à liberdade, à privacidade e à igualdade. Diante disso, é válido dissertar a respeito de cada um desses direitos e a sua relação com o aborto.

O direito à vida é o carro-chefe dos direitos fundamentais. A sociedade foi criada visando, sobretudo, preservar a vida. A Constituição não fala quando se inicia a vida, o que não significa que não a tutele. Em face desse silêncio constitucional, coube ao Supremo Tribunal Federal – maior e principal responsável pela guarda da Constituição³ – na ADI 3.510/DF resolver este impasse – dizendo quando e como a Constituição protege a vida –, pois o Procurador-Geral da República questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual permite o uso de embriões congelados (*in vitro*) há mais de três anos, para pesquisas científicas: O

Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (BRASIL, 2008).

56

[...] é possível afirmar que a Constituição delegou à legislação infraconstitucional a competência para dispor sobre o aborto, sendo que a vida intrauterina deve ser tutelada com mais intensidade, tendo em vista o progressivo desenvolvimento da gestação.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) fez uma ponderação de interesses, da qual pode-se inferir que a vida tutelada pela Constituição é, imediatamente, aquela do indivíduo-pessoa, isto é, do indivíduo já nascido; e, mediamente, a da vida intrauterina. Esta última deve ser regulada de forma específica pela legislação infraconstitucional.

Segundo Claus Roxin (2002, p. 4), [...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.

Na mesma linha, segue Daniel Sarmento (2006, p. 119-120), ao dizer que a tese que aqui se defenderá é a de que a vida

humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido.

Em síntese, é possível afirmar que a Constituição delegou à legislação infraconstitucional a competência para dispor sobre o aborto, sendo que a vida intrauterina deve ser tutelada com mais intensidade, tendo em vista o progressivo desenvolvimento da gestação.

Não podemos olvidar de que existem outros direitos que também devem ser observados nesse juízo de ponderação. O direito à saúde corresponde a um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946), portanto, a mulher deve ter garantido o direito de preservar o seu corpo, o seu organismo funcionando o mais próximo possível da normalidade.

O direito à liberdade consiste na 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 (PRADO, 1997, p. 64). A mulher tem o direito de dispor sobre o seu próprio corpo na medida em que não prejudique a liberdade de outro cidadão. A liberdade de escolha da mulher é limitada pelo direito à vida do embrião, o qual, apesar, de ser superado, num juízo de ponderação, pelo direito à vida da mulher, não é sobreposto pelo direito à liberdade de escolha/disposição do próprio corpo quando apresentar potencialidade de vir a se tornar pessoa-indivíduo.

O direito à privacidade está ligado à autonomia de cada pessoa. É direito da personalidade e visa garantir que o indivíduo possua uma esfera íntima que não necessite ser exposta a todos. A mulher não deve ser julgada pela sociedade quando necessitar abortar. Suas motivações devem ser expostas apenas ao Judiciário, preferencialmente, em segredo de justiça. Todo indivíduo compartilha de fatos que não deseja que outros saibam e foi por isto que o Constituinte incluiu no catálogo de direitos fundamentais a privacidade: [...] *Os direitos de privacidade pessoal destinam-se a assegurar domínios de autonomia decisória para todos os indivíduos, não implicando uma concepção atomística ou voluntarista do indivíduo. Eles protegem a autonomia decisória de qualquer um vis-à-vis certos assuntos pessoais cruciais não determinam os tipos de razões que alguém dá para decisões morais ou éticas ou os processos reflexivos que informam a decisão. Assim, quanto à justificação para a escolha reprodutiva, uma mulher pode decidir favoravelmente ou contra o aborto com base nos valores de sua comunidade, em sua visão de mundo religiosa ou em suas discussões com “outros significativos” – sua relação com a tradição, com a comunidade ou com as pessoas que ama não está em questão aqui. Seu direito de decidir não determina o fundamento de sua decisão. Os direitos de privacidade decisória designam o indivíduo como o locus do processo decisório quando estão envolvidos certos tipos de questões éticas ou existenciais – eles não determinam a quem se precisa justificar as escolhas éticas nem os tipos de razões que se deve oferecer.* (COHEN, 2012, p. 184-185). Como disse Hannah Arendt há um bom tempo, tais direitos atribuem ao indivíduo uma persona legal que serve como um escudo protetor para sua identidade concreta

única, seus motivos particulares e suas escolhas pessoais, mas não as prescreve. Antes, proporcionam as condições que lhe possibilitam buscar sua concepção do bem sem interferência injusta do Estado ou de outros. (ARENDT, 1941, p. 267-302 apud COHEN, 2012, p. 185).

O direito à igualdade é aquele que assegura ser [...] 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. (PRADO, 1997, p. 64).

Não se visualiza igualdade social quando a mulher hipossuficiente se vê obrigada pela lei penal a carregar consigo um embrião, que não deseja, seja por motivos psicológicos econômicos ou sociais. Ela fica numa situação de subjuízo, pois tanto o controle social interno quanto o externo⁴ a coagem a manter a gestação. Por isso, recorre à clandestinidade, afinal se o estado não garante seus direitos, cabe-lhe fugir em direção à ilegalidade no intuito de esconder da sociedade sua conduta de abortamento, colocando sua vida e saúde em risco, haja vista que, geralmente, as práticas abortivas clandestinas são precárias.

As mulheres com algum poderio econômico fazem o mesmo, porém com melhor estrutura e segurança, o que diminui consideravelmente o risco de morte ou qualquer lesão à saúde. Isto, doutrinariamente, é chamado de “discriminação indireta ou impacto desproporcional”: *A teoria do Impacto desproporcional é uma doutrina do constitucionalismo norte-americano, que orienta a impugnação de medida legal ou política governamental, que mesmo não eivada de inconstitucionalidade na sua elaboração, quando esta na prática, incide desproporcionalmente prejudicando determinado grupo social.* (MATEUS, 2011, p. 1).

Daniel Sarmento (2006, p. 136) coaduna com esse pensamento ao dizer que [...] *se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adota-*

do. São elas as que mais freqüentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhamento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações.

Até então vimos que a criminalização do aborto entra em conflito com vários direitos tutelados constitucionalmente. É preciso adotar uma posição, baseada num juízo de ponderação, que garanta a efetividade desse rol de direitos, sem, por óbvio, deixar sem sanção aqueles que violarem as novas normas jurídicas, visto que estariam violando o interesse público.

3 CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE ABORTO

Ao observarmos o crime de aborto tipificado nos arts. 124-128 do Código Penal brasileiro, percebemos que o legislador não se preocupou em definir o que é aborto. Contudo, isso não significa que não exista um conceito jurídico-penal deste. Coube à doutrina elucidar tal conceituação. É válido ressaltar que o fato de tal conceito ter sido esclarecido doutrinariamente não o torna nada duvidoso. O Direito não é composto apenas por leis. Da doutrina, costumes, jurisprudência e dos princípios gerais do Direito também brota direito.

O Direito Penal leva em consideração o seguinte raciocínio: o bem jurídico protegido pelo crime de aborto é a vida intrauterina, ou seja, o óvulo fecundado está implantado no útero, dado que só assim terá viabilidade de se tornar pessoa-indivíduo. E quando acontece a implantação do óvulo no útero? Ocorre quando se dá a chamada “nidação” que consiste, justamente, na fixação do óvulo fecundado no útero. Adota-se a denominada “teoria nidacionista”.

A partir desse momento é que os hormônios femininos começam a sofrer alterações e que o embrião⁵ passa a ser alimentado pela mãe. A nidação se efetua de 7 a 15 dias após a concepção (momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide). O questionamento que

surge neste instante é: por que o Direito Penal não tutela a vida desde a concepção? O fundamento se encontra na impossibilidade de desenvolvimento da vida fora do útero e no bem jurídico protegido pelo Direito que, como supracitado, é a “vida intrauterina”: *A teoria em baila é defendida por vários ginecologistas, dentre eles Joaquim Toledo Lorentz, que utilizam o argumento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica.* (SOUZA, 2008, p. 5).

Existem outras teorias acerca do início da vida. São elas: teoria concepcionista, teoria das primeiras atividades cerebrais, teoria natalista etc. Após a concepção, vem a nidação e, posteriormente, as primeiras atividades cerebrais até chegar o momento do nascimento. Só a concepção não garante que o embrião se desenvolverá. Há hipóteses de descamiño do óvulo fecundado, o qual se aloja em outro lugar que não o útero, e, assim, nem chega a se tornar embrião, a exemplo da chamada “gravidez ectópica” que, segundo o Manual Merck de Medicina apud Rogério Greco (2009, p. 241), é a *gestação na qual a implantação ocorre em outro local que não o endométrio ou a cavidade endometrial; isto é, na cérvix, no tubo uterino, no ovário, nas cavidades abdominais ou pélvica.* Depois da nidação, o embrião, tende, totalmente ao desenvolvimento. A vida intrauterina gerada ali só tem dois caminhos: tornar-se pessoa-indivíduo ou não – por interferências fisiológicas ou externas. Fora do útero materno, o óvulo fecundado é só, e somente só, um óvulo fecundado.

O Direito Penal, ao definir o crime de aborto, visualiza proteger a vida intrauterina, pois a vida extrauterina já é tutelada por diversos outros dispositivos, com destaque para o art. 121, que cuida do homicídio. Não há necessidade para o Direito Penal, na tutela do aborto, de delimitar o início da vida humana *lato sensu*, mas sim, de fixar o início da vida humana intrauterina. A teoria nidacionista é considerada a mais adequada a tal necessidade, porque capta, de fato, o primeiro momento em que a vida intrauterina cria 100% de potencialidade, haja vista que já se restou comprovado que, fora do útero, o embrião é incapaz de se

desenvolver. O próprio nome do bem jurídico já fala por si: vida intrauterina, isto é, vida dentro do útero.

Dessa maneira, enfim podemos conceituar o crime de aborto de acordo com os aspectos elegidos pelo Direito Penal. O aborto, para fins penais, consiste na interrupção fisiológica da vida intrauterina. É a morte do embrião ou feto em decorrência da interrupção da gravidez.

4 TIPIFICAÇÃO DO ABORTO E SUAS CAUSAS (LEGAIS E SUPRALEGAIS) DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Dispõe o Código Penal Brasileiro de 1940:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe 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.

Forma qualificada

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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. (BRASIL, 1940).

O art. 124 do CP (Código Penal) versa sobre o auto-aborto e o aborto consentido. A gestante realiza, com suas próprias mãos, o aborto em si mesma ou consente para que um terceiro o realize. Observa-se que somente a gestante é punida, de acordo com o art. 124 do CP. O terceiro que produz o aborto com o consentimento da gestante é responsabilizado segundo o art. 126, CP, no qual a pena máxima é elevada em um ano, devido ao maior juízo de reprovabilidade que recai sobre a conduta do terceiro que efetua o aborto comparado ao praticado pela própria gestante. Contudo, é maior ainda o desvalor da ação do art. 125, CP, dado que, neste caso, o terceiro realiza o aborto sem o consentimento da gestante. O parágrafo único do art. 126, CP, afirma que será aplicada a mesma pena do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125) nos casos em que ela tiver idade inferior a 14 anos, possuir deficiência mental ou o consentimento obtido for fraudulento. *Nas duas primei-*

ras hipóteses, presume-se a ausência do consentimento da mulher grávida – por inexistência do discernimento necessário para tanto –; na última, a não concordância é real, pois foi a anuência obtida por fraude, grave ameaça ou violência, ou seja, para ser válido e não se adequar a terceira hipótese, o consentimento deve ser prévio e desprovido de vícios e/ou fraudes. (PRADO, 2011, p. 413, grifo nosso).

O art. 127, CP, majora (aumenta) as penas dos arts. 125 e 126 do CP em um terço, se, em decorrência do aborto, a gestante sofrer lesão de natureza grave. E duplica (multiplica por dois), se, em virtude das manobras abortivas, a gestante morrer. Vale dizer que, para a aplicação do art. 127, CP, as lesões ou a morte devem ser culposas [(art. 18, II, CP) por imprudência, negligência ou imperícia, o terceiro não observa o dever de cuidado objetivo necessário]; caso contrário, se o terceiro agir com a vontade e consciência de lesar ou matar a gestante, isto é, com o chamado dolo (art. 18, I, CP) e também praticar o aborto, responderá em concurso de crimes por lesão corporal gravíssima qualificada pelo aborto (art. 129, § 2º, V, do CP) ou homicídio (art. 121 do CP) cumulado com os arts. 125 ou 126 do CP.

O art. 128 traz as excludentes de ilicitude referentes ao crime de aborto. Elas retiram a ilicitude da conduta por constituírem norma permissiva desta. O ordenamento jurídico não pode entrar em conflito com ele mesmo, logo não há crime com lei anterior que afaste seu caráter antijurídico. No art. 128, I, CP, há o denominado “aborto necessário”, no qual a interrupção da gravidez resultante em morte do embrião ou feto é o único meio de manter a vida da gestante, portanto, há uma ponderação de valores entre a vida da gestante e a vida intrauterina do embrião ou feto, prevalecendo a primeira. O art. 128, II, CP disserta acerca do aborto decorrente de estupro⁶ (art. 213 e 217-A (estupro de vulnerável) do CP): *Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)*

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (BRASIL, 1940).

Regis Prado (2011, p. 414) traduz em palavras a amplitude do art. 128, II, do CP: *No aborto sentimental ou humanitário, o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar [...]* há a exclusão da culpabilidade da conduta por inexigibilidade de conduta diversa. O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente, as *cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento.*

Esses dispositivos legais só reforçam, o que foi dito no item 2 deste artigo, pois, se o aborto necessário e o sentimental fossem ilícitos, feririam a Constituição, haja vista que esta tutela, imediatamente, a vida do indivíduo-pessoa, isto é, do indivíduo já nascido; e, mediatamente, a vida intrauterina, a qual também deve ser ponderada com uma série de outros direitos, a exem-

plo, da liberdade e da igualdade.

Para a realização do aborto, é necessário que haja o prévio e expresso consentimento (sem vícios e/ou fraudes) da vítima ou de seu representante legal, se tiver idade inferior a 14 anos ou deficiência mental. A vítima não precisa de autorização judicial para realizar o aborto em decorrência de estupro, visto que a lei já a fornece. Não obstante, os conselhos de Medicina recomendam que a mulher registre o boletim de ocorrência referente ao estupro. *Se a decisão for pelo aborto devido a estupro, a vítima não precisa apresentar ao serviço Boletim de Ocorrência (BO), laudo do Instituto Médico Legal (IML) ou ordem judicial: basta a palavra da mulher. O próprio Código Penal defende a figura da presunção de veracidade. 'Se mentissem, uma superpopulação estaria atrás do aborto legal, o que não é o caso', garante Cristiano. Ainda que não haja sinais clínicos (pelo tempo decorrido depois da violência), cabe ao médico, com o apoio de demais membros da equipe multidisciplinar, levantar o relato dos fatos, a serem anotados em prontuário.* (CREMESP, 2014, p. 15).

As excludentes de ilicitude relativas ao aborto não se esgotam no Código Penal. A jurisprudência também cuida dessa questão, afinal nem sempre a lei, por mais genérica (imposta a todos, indeterminando os destinatários) e abstrata (prevê um fato-espécie que pode se reproduzir por diversas vezes na sociedade) que seja, não consegue abarcar todas as situações que ocorrem no mundo fático.

Geralmente, os casos de aborto sem ligação com os dispositivos legais do Código Penal, quando não se referem a questões de ordem psicológica, econômica ou social da mulher, estão relacionados com o chamado “aborto eugênico”, justamente por não haver qualquer previsão legal a respeito dele. *O aborto eugênico ou, como os médicos preferem denominar, aborto seletivo ou, de uma forma menos ofensiva aos ouvidos, interrupção seletiva da gravidez, consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais.* (TEODORO apud FERREIRA, 2009, p. 57).

Segundo Noronha (apud COELHO,

2009), ocorre o aborto eugênico: [...] *quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc.*

Como a lei não autoriza a realização do aborto eugênico e muitos casos desse tipo chegam aos tribunais, a jurisprudência precisava se posicionar sobre isto, haja vista que o juiz não pode deixar de julgar alegando inexistência ou obscuridade da lei. Isso geraria incerteza na sociedade, ferindo a segurança jurídica.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) julgou improcedente ação sobre aborto eugênico por não estar comprovada a impossibilidade de vida extrauterina: *APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO EUGÊNICO. GASTROQUISE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DO FETO COM A VIDA EXTRAUTERINA QUE NÃO SE DEMONSTRA MODO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.*

Recurso desprovido, por maioria. (BRASIL, TJ-RS, 2012).

Novamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a prática do aborto eugênico. Dessa vez, em vez de não se atestar a inviabilidade extrauterina, restou-se comprovada a possibilidade de vida extrauterina.

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

1. *Os apelantes buscam a reforma da decisão que indeferiu pedido de autorização judicial para proceder a interrupção da gravidez, alegando que a saúde da gestante está em risco, em razão de o feto apresentar a anomalia genética chamada Síndrome de Edwards ou trissomia do cromossomo 18, a qual lhe causa múltiplas malformações que o levarão a morte antes ou logo após o parto.*

2. *Quando comprovado que o feto não terá chances de conhecer a vida fora do útero materno, a interrupção da*

gestação merece ser judicialmente autorizada, tal como decidido nos autos da ADPF nº 54, pelo Pleno do STF.

3. *Contudo, na presente hipótese, não se trata de feto anencéfalo, cuja vida extra-uterina, de forma unânime, na literatura médica, é dada como inviável, mas de possuidor de Síndrome de Edwards. Segundo o laudo médico juntado pelos autores, há possibilidade de vida fora do ventre, ainda que por “2 a 3 meses em média”.*

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

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

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

7. *APELAÇÃO IMPROVIDA.* (BRASIL, TJ-RS, 2013).

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS) também já proferiu decisão nesse sentido: *APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ – ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO – HIDROCEFALIA – POSSIBILIDADE DE EXAME DO PEDIDO PELO JUDICIÁRIO – PEDIDO INDEFERIDO EM 1º GRAU – ESTADO GESTACIONAL ADIANTADO – POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA – FETO QUE ADQUIRE DIREITOS AO NASCER COM VIDA – RECURSO IMPROVIDO.* (BRASIL, TJ-MS, 2002).

Quando comprovada a impossibilidade de vida extrauterina, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) cuidou de julgar procedente a ação: *Ementa: Mandado de Segurança. Interrupção de gravidez de 22 semanas indeferida pela origem. Feto portador de trissomia do cromossomo 18 (Síndrome de Edwards). Aborto eugênico – Liminar concedida. Medida convalidada. Ordem concedida.* (BRASIL, TJ-SP, 2014).

Percebe-se que os tribunais costumam julgar impropriedades as ações sobre aborto eugênico nas quais não há comprovação médica da impossibilidade de vida extrauterina. Consequentemente, nas ações em que a inviabilidade extrauterina é constatada, a opção é pela procedência delas.

O aborto de anencéfalo *consiste na ausência parcial ou completa da abóbada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa “sem encéfalo”, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.* (FEITOSA, 2006, p. 18 apud CARVALHO, 2011)

Observa-se que ao julgar inconstitucional a interpretação de que o aborto de anencéfalo é crime tipificado pelo Código Penal, por conseguinte, julga-se constitucional a sua prática.

Feitosa foi direto e simples com a afirmação “sem encéfalo” ao final, facilitando o entendimento para as pessoas que não têm o mínimo de contato com a ciência médica. A Medicina costuma trazer esse mesmo conceito de um modo apenas técnico, como podemos observar abaixo: *A anencefalia é definida na literatura médica como a “má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”.* (BEHRMAN; KLIEGMAN; JENSON, 2002, p. 1777 apud GUASQUE; GUASQUE; FERRAZ, 2012).

O aborto de anencéfalo é uma espécie de aborto eugênico, sua peculiaridade é que o Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito de sua prática em 12 de abril de 2012, data em que o STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e firmou a posição do Judiciário brasileiro no que tange ao aborto de anencéfalo.

Ementa: ESTADO. LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUPÇÃO 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. (BRASIL, STF, 2013).

Observa-se que ao julgar inconstitucional a interpretação de que o aborto de anencéfalo é crime tipificado pelo Código Penal, por conseguinte, julga-se constitucional a sua prática. O STF enquadrado o aborto de anencéfalo como excludente de ilicitude em razão, sobretudo, dos danos psíquicos que a mulher sofrerá mantendo essa gravidez, além, é claro dos danos físicos e da ofensa à dignidade e liberdade de escolha. Segundo o Ministro Gilmar Mendes (ARGUIÇÃO..., 2012), *a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade.*

A grande questão que deve surgir agora é: Por que o aborto

de anencéfalo configura excludente de ilicitude e o aborto eugênico, não? Simples, o aborto eugênico é gênero e o aborto de anencéfalo é espécie. Lembre-se que o aborto eugênico abrange qualquer forma de enfermidade grave e inconversível, além de deformidades físicas e/ou psíquicas, enquanto o aborto de anencéfalo envolve a formação imperfeita do encéfalo.

Nas palavras de Feitosa (2006, p. 18 apud Carvalho, 2011), *encéfalo é o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.* Nem toda enfermidade e/ou deformidade, mesmo sendo grave e inconversível, acarreta na impossibilidade de vida extrauterina. É fato comprovado que a anencefalia inviabiliza a vivência extrauterina. Inferimos analisando as jurisprudências supracitadas que, quando se trata de aborto eugênico, não fundamentado em anencefalia, muitas ações são julgadas improcedentes devido à falta de certeza expressa no laudo médico, no que se refere à possibilidade de vida extrauterina ou não.

Em síntese, o aborto de anencéfalo é excludente de ilicitude suprallegal porque o STF tomou ciência que a Medicina comprovou a inviabilidade do feto anencéfalo, e o aborto eugênico em geral não é permitido no nosso ordenamento jurídico porque é preciso que os médicos e, por conseguinte, o Judiciário, analisem caso a caso se há ou não possibilidade de vida extrauterina – exceto em hipótese de aborto de anencéfalo.

5 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VS. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O ordenamento jurídico brasileiro já foi analisado por nós. Visualizamos, nas seções acima, a relação do aborto com a Constituição Federal de 1988, a tipificação do aborto no Código Penal de 1940 e suas causas de exclusão de ilicitude legais e suprallegais. Agora, vamos expor as disposições de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, buscando compará-los ao brasileiro.

Nos Estados Unidos houve um grande debate acerca da legalização ou não do aborto. *A questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso Roe v. Wade, julgado pela Suprema Corte em 1973, entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso Griswold v. Connecticut, de 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante.* (SARMENTO, 2006, p. 99).

Foi nesse mesmo julgamento (Roe v. Wade) que a Suprema Corte americana definiu os critérios para a prática do aborto de forma da lícita. Os Estados-membros que compõem os Estados Unidos da América ficaram vinculados a adotar os critérios determinados pela Suprema Corte ao editar suas leis referentes ao aborto.

Nas palavras de Daniel Sarmento (2006, p. 100): *A Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislar sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre*

da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina –, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe.

Diante da polêmica que a decisão da Suprema Corte causou, algum tempo depois, ocorreram algumas modificações nos seus critérios: *Em decisões posteriores, como Planned Parenthood v. Casey, proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extra-uterina.* (SARMENTO, 2006, p. 100).

Outra observação importante acerca do aborto nos Estados Unidos é o fato de a decisão relativa a sua prática pertencer exclusivamente à mulher – isso não ocorre, por exemplo, na Itália. O consentimento do genitor não se faz necessário. Nos Estados Unidos, o aborto tange, sobretudo, à privacidade da mulher; afinal é ela quem sentirá os ônus da gravidez. Seu corpo e sua mente serão afetados. O Estado deve intervir em assuntos privados quando estes estiverem ligados a interesses públicos. Sucede que devemos lembrar que é preciso haver proporcionalidade nas intervenções, isto é, os meios usados devem ser adequados e necessários para atingir a finalidade desejada.

Percebe-se que a Suprema Corte mensurou os danos que o aborto causa à sociedade e também os danos que recaem individualmente sobre a mulher. Assim, optou por não adotar extremismos. Não proibiu totalmente o aborto, pois isto seria um ônus para a sociedade, a qual estaria preservando mais possibilidades de vida humana (assim como a Constituição brasileira, a Suprema Corte americana vê o embrião ou feto como um ser humano em potencial), mas, na via oposta, seria um imenso ônus para a mulher que teria 0% de opção quanto a levar a gravidez adiante ou não. Vale ainda dizer que a proibição total do aborto dá margem à clandestinidade e aquilo que configuraria um benefício para a sociedade, a longo prazo, tende a se tornar uma questão problemática. Também não liberou absolutamente o aborto, o

que ampliaria a margem de liberdade da mulher; contudo, colocaria em risco o direito de viver dos fetos com amplo desenvolvimento e comprovada viabilidade extrauterina, gerando ônus à sociedade e exagerado ônus à mulher.

Diante disso, feliz foi a Suprema Corte americana ao estabelecer critérios intermediários, ocasionando ônus e ônus tanto à mulher, quanto à sociedade e, deste modo, intervindo proporcionalmente nos interesses privados para garantir o interesse público.

Na França, diferentemente dos Estados Unidos, o aborto teve seus critérios definidos pelo Legislativo – não, pelo Judiciário. Data de 1975 a aprovação da lei regulamentadora do aborto, a qual foi aprovada para vigor temporariamente por 5 anos, porém, em 1979, tornou-se definitiva por via da atuação legislativa. De acordo com tal norma, é permitida *a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angústia (détresse), ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de “doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico”.* Pela lei em questão, deveria a gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez. (SARMENTO, 2006, p. 101-102).

Os critérios italianos se assemelham aos brasileiros, porém são um pouco mais flexíveis. O aborto é permitido nos primeiros três meses de gravidez por razões, tipificadas em lei⁷, de escolha da mulher. E, a qualquer tempo, é possível o aborto *quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher.* (IDEM, p. 104).

Na Alemanha, o aborto não constitui crime desde que realizado até o tercei-

ro mês de gestação e configurar imenso peso para a mulher, sendo-lhe oferecido apoio institucional, o qual visa convencê-la a não interromper a gravidez. Nota-se a postura mais rígida dos alemães no tocante às justificativas para abortar.

Em Portugal, análogo ao Brasil, *o aborto só é legal em casos específicos, de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual.* (IDEM, p. 109). Já na Espanha, o aborto é permitido *em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas.* (IDEM).

Os critérios são vários e, *a priori*, podem até parecer distintos por conterem certas especificidades que os diferenciam. Entretanto, visualiza-se um ponto comum entre eles: a busca do equilíbrio entre os direitos da mulher – tais como vida, liberdade (com destaque para a autonomia reprodutiva) e privacidade – e o direito de vida potencial do feto.

6 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DO ABORTO

Neste tópico, primeiro listaremos as mais evidentes consequências que a criminalização do aborto acarreta na sociedade brasileira e, posteriormente, travaremos discussões a respeito de cada um desses efeitos.

- a) Ineficácia social;
- b) Clandestinidade;
- c) Risco de vida e saúde da mulher;
- d) Desigualdade social.

Quando falamos em norma jurídica, faz-se necessário considerar quatro aspectos importantes: validade, vigência, vigor e eficácia.

Para ser válida, a norma precisa atender a dois parâmetros: o formal e o material. Uma norma é formalmente válida quando aprovada de acordo com o rito previsto para tal pela Constituição; e é materialmente válida quando em conformidade hierárquica com as demais normas do ordenamento jurídico, ou seja, sem contradições com as normas hierarquicamente superiores.

A vigência é o intervalo de tempo durante o qual a norma é válida. Geralmente, o prazo de vigência de uma

norma é indeterminado, só terminando com a revogação desta. Mas há também normas temporárias, que podem ter sua vigência datada com termo inicial e termo final. O vigor é o período em que a norma estará apta a produzir efeitos jurídicos.

Um exemplo de aplicação desses parâmetros é o seguinte: o Código Civil Brasileiro de 2002 foi publicado em 10 de janeiro de 2002, a partir daí passou a ser válido e a vigor. Contudo, como seu art. 2.044 instituiu “*vacatio legis*”⁸ de um ano, o Código Civil de 2002 passou a vigorar somente a partir de 11 de janeiro de 2003.

Isso não significa que o Código Civil anterior ao de 2002, ou seja, o Código Civil de 1916 não possa mais produzir efeitos, isto é, vigorar, visto que, na órbita jurídica, em regra, “o tempo rege o ato”. Pablo Stolze, em seu artigo *Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil*, destaca que atos jurídicos praticados à luz do Código Civil de 1916 devem ser por ele regulados. *A despeito de o art. 2.039 determinar que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é por ele estabelecido”, esta regra apenas explicita que para os casamentos anteriores ao Código de 2002, o juiz, quando da separação ou do divórcio, não poderá lançar mão das regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens (arts. 1658 a 1688), para efeito de partilhar o patrimônio do casal. Deverá, pois, aplicar ainda os dispositivos do Código de 1916 (arts. 262 a 311).* (GAGLIANO, 2003).

No que tange à eficácia, esta também se divide em dois aspectos: a eficácia técnica ou aplicabilidade e a eficácia social ou efetividade.

A eficácia técnica ou aplicabilidade consiste na capacidade de a norma produzir efeitos jurídicos. É a capacidade de a

uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas futuras gerações.

Já foi falado que há interesses particulares e interesses públicos referentes à regulação jurídica do aborto. Há questões que dizem respeito exclusivamente à mulher – as quais devem ser resguardadas na medida do possível, visto que a intervenção estatal na vida privada deve respeitar o princípio da proporcionalidade – e questões ligadas à sociedade como um todo. São essas últimas que configuram interesse público e que, talvez, envolvam o maior dos interesses públicos: a vida.

O aborto envolve a vida humana (fundamento da instituição da sociedade) da mulher (pessoa-indivíduo). Nós nos unimos em sociedade com o intuito de preservar, imediatamente, a vida de cada pessoa-indivíduo e, mediamente, a vida das futuras gerações. Portanto, a vida em potencial do feto também é questão de interesse público. Em face disso, a própria sociedade realiza um juízo de ponderação do qual resulta uma valoração menor da vida em potencial do feto quando contraposta à vida efetiva da pessoa-indivíduo: *A ideia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto – 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal) –, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código). Trata-se, por outro lado, de noção fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto. Tome-se o exemplo do aborto espontâneo: 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.* (SARMENTO, 2006, p. 119).

Normas que se desencontrem da satisfação e proteção do interesse público – mesmo as referentes ao aborto, que pecam pela restritividade –, com certeza, acarretam malefícios à sociedade, a qual buscará modos alternativos de minimizar os danos sofridos, não cumprirá os preceitos normativos e, quando necessário, os burlará. É justamente isto que acontece com as normas sobre o aborto. Em razão de as causas (legais e supra-legais) excludentes de ilicitude não atenderem amplamente aos anseios sociais, a norma perde (e muito) efetividade. As mulheres, ao se verem sem opções, burlam a lei e acabam emergindo na clandestinidade.

Clandestino, segundo o dicionário Michaelis (MICHAELIS), é aquilo *feito às escondidas ou que não apresenta as condições de publicidade prescritas na lei*. Se o Estado não oferece os meios necessários para tutelar tanto a vida da mulher, quanto a vida em potencial do feto, a própria sociedade constrói seu refúgio. Clandestina não é apenas a mulher que se dirige ao abortamento, mas também o indivíduo que instiga, induz, auxilia materialmente ou provoca o aborto.

As mulheres não acolhidas pelo ordenamento jurídico, devido à restritividade deste, se com boas condições econômicas, destinam-se a médicos qualificados, de fato, para realizar

A grande questão que deve surgir agora é: Por que o aborto de anencéfalo configura excludente de ilicitude e o aborto eugênico, não? Simples, o aborto eugênico é gênero e o aborto de anencéfalo é espécie.

norma atingir a concretude, de fazer com que fatos sociais se subsumam a ela.

Já a eficácia social ou efetividade está relacionada à inserção da norma na consciência da coletividade. Diz-se que uma norma tem efetividade quando é seguida e respeitada pelos membros da sociedade, ou seja, quando consegue exercer coercibilidade. Todavia, para que uma norma adquira respeito deve igualmente respeitar o interesse público.

O interesse público não considera a posição do cidadão relativa a sua individualidade, mas sim, ao fato de fazer parte de uma sociedade. Como bem menciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 60-61, grifo do autor), *existe, de um lado, o interesse individual, particular atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas –, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de*

o procedimento abortivo, o que, apesar de também ser inseguro, é menos precário e diminui o risco de morte e complicações na saúde da mulher. Por outro lado, as mulheres com baixo poderio econômico procuram indivíduos que não possuem o grau de conhecimento técnico necessário para a realização do abortamento ou se valem de métodos incomuns e perigosos aplicados por elas próprias ou por amigas íntimas, quando necessário.

Assim, terminam por colocar sua vida ou saúde exposta a um risco bem maior, haja vista que, após a realização do aborto, caso haja alguma complicação, não haverá atendimento médico imediato e elas precisarão ser encaminhadas ao hospital público mais próximo, ou até ao mais longínquo, na falta de vaga disponível nos hospitais de maior proximidade. Estes, frequentemente, não dispõem de equipamentos adequados e profissionais de saúde em número suficiente, causando espera, atraso ou ausência de atendimento, acarretando sofrimentos, agravamentos ou, inclusive, a morte de pacientes, os quais pagam tributos dia após dia, porém são humilhados quando carecem de um serviço público essencial. Martins et al. (1991, p. 252) coadunam com essa opinião: *O principal efeito dessas medidas restritivas, no entanto, é justamente exacerbar as desigualdades sócio-econômicas existentes entre nós. Na maioria das cidades, existem serviços de bom padrão, aos quais as mulheres que podem pagar recorrem para induzir o aborto sem risco excessivo. No entanto, essa não é a realidade para muitas mulheres que, pela sua pobreza ou por razões de constrangimento social, terminam recorrendo a pessoal não-treinado, sendo o aborto praticado em precárias condições de higiene. Muitas vezes a própria mulher tenta primeiro induzir o aborto, usando procedimentos perigosos como a introdução de talos, agulhas de crochê, uso de permanganato, soda cáustica etc.*

Entre as mulheres de alta e baixa renda, observamos existir uma faixa de desigualdade social que separa aquelas com maiores chances de preservar sua saúde daquelas condenadas ao descaso e desamparo. Sabemos que a igualdade deve ser para todos, mas com a ausência

de políticas públicas de qualidade ocorre um impacto desproporcional, que atinge ferozmente mulheres hipossuficientes. Lutemos para que um dia o preceito de Rui Barbosa (1999, p. 26) seja cumprido na realidade fática e que passemos a *quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem*, pois *nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.*

7 PROPOSTAS

Estes são os artigos do Projeto do novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236/2012) referentes ao crime de aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Aborto consensual provocado por terceiro

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

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente.

§ 2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a

vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro. (SENADO FEDERAL, 2012).

Responderemos às seguintes perguntas: o que muda em relação ao Código Penal de 1940? E o que ainda precisa ser mudado para diminuir drasticamente os efeitos maléficos do aborto no Brasil?

No Projeto do novo Código Penal (PLS n. 236/2012) o aborto continua a ser crime, ou seja, não houve descriminalização, nem legalização. Todavia, algumas alterações foram feitas. As penas para o autoaborto e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante foram reduzidas, passaram, respectivamente, de 1 a 3 anos para 6 meses a 2 anos e de 1 a 4 anos para também 6 meses a 2 anos. O desvalor da ação, instituído pelo legislador, foi menor em virtude do consentimento da gestante.

O aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante teve sua pena mínima aumentada. A pena foi de 3 a 10 anos para 4 a 10 anos. A forma qualificada aplicada aos artigos do aborto provocado por terceiro com e sem consentimento da gestante previa majoração de 1/3 (um terço) para lesões corporais resultantes e do dobro quando resultassem em morte. No PLS n. 236/2012 essa qualificadora se aplica somente ao aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. A duplicação para o resultado morte foi mantida, mas, em casos de lesões corporais decorrentes, a pena será majorada em 1/2 (metade). Também foi inserida uma nova qualificadora para o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, majora-se a pena de 1/3 a 2/3 (um terço a dois terços) se, em razão do

aborto ou sua tentativa, o feto sobreviver com má-formação. O desvalor da ação, justamente, pela ausência do consentimento da gestante.

As excludentes de ilicitude foram ampliadas. No Código Penal de 1940, o aborto só é permitido se for a única forma de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. A jurisprudência acrescenta, como excludente, a anencefalia. O PLS n. 236/2012 alarga essas hipóteses. Basta o grave risco à vida ou à saúde da gestante para descaracterizar a ilicitude. A gravidez resultante de estupro foi substituída por violação da dignidade sexual e adiciona-se o emprego não autorizado de técnica reprodutiva assistida, o que engrandece a causa excludente de ilicitude comparado ao Código Penal de 1940. A anencefalia integra o texto da PLS n. 236/2012 e traz consigo anomalias análogas, isto é, que inviabilizem a vida extrauterina. Uma nova excludente foi inserida, ela menciona que, se a mulher não tiver condições psicológicas de suportar a maternidade, comprovada por médico ou psicólogo, poderá, se assim desejar, interromper a gravidez até a 12ª semana (1º trimestre) da gestação.

Normas que se desencontrem da satisfação e proteção do interesse público – mesmo as referentes ao aborto, que pecam pela restritividade –, com certeza, acarretam malefícios à sociedade, a qual buscará modos alternativos de minimizar os danos sofridos [...]

Respondendo à segunda pergunta, partimos da premissa de que o aborto não deve ser banalizado e que os interesses da mulher e o interesse público devem ser ponderados para se chegar a uma conclusão favorável a ambos. Pensa-se em um modelo que flexibiliza o crime de aborto, concedendo à mulher a parcela de autonomia necessária e garantindo o interesse público. Relembrem que: *A decisão de ser ou não mãe é frequentemente vista apenas como de ordem individual, da mulher, omitindo-se o envolvimento de série de fatores econômicos e sociais, além de implicar as condições da relação dela com o companheiro* (VERARDO, 1987, apud HARDY et al, 1994, p. 82). *Na verdade, é uma questão complexa discutir porque algumas mulheres chegam a abortar e outras não. Trata-se de uma decisão que envolve elementos de cunho pessoal, econômico e social ao mesmo tempo.* (HARDY et al, 1994, p. 82)

Não estamos propondo nem a descriminalização, nem a legalização do aborto. A ideia é uma nova regulação penal desse crime, promovendo a ampliação da abrangência das excludentes de ilicitude dele.

Os Estados Unidos dão um tratamento muito interessante ao tema. Seria bonito transpô-lo para o Brasil, contudo, seria uma cópia ineficaz, pois não se adaptaria à cultura, aos costumes brasileiros. As normas devem ser feitas cada uma para e pelo seu povo (o dito “soberano” pela CF). O tratamento estadunidense acerca do aborto não exige justificção por parte da mulher para abortar até o terceiro mês da gravidez.

A legislação brasileira não permite o aborto, salvo quando justificado por alguma de suas restritas excludentes (legais ou supralais) de ilicitude. Seria uma modificação muito brusca de posicionamento. A questão do aborto deve ser tratada com cautela. Uma mudança desse nível poderia causar confusão na sociedade, a qual poderia interpretar isto como banalização, e, a longo prazo, os efeitos seriam mais negativos do que positivos. A melhor escolha seria continuar a manter a exigência de justificativas, entretanto, ampliando-as o suficiente para abarcar os principais e justos motivos que levam as mulheres a praticar o aborto.

A legislação italiana possui quatro excludentes de ilicitude (*risco à saúde física ou psíquica; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou em casos de má-formação fetal* (SARMENTO, 2006), das quais nós já adotamos três – redigidas de forma mais ampla e adequada – bem parecidas (risco de vida da gestante, gravidez resultante de estupro e anencefalia) e, pelo novo Código Penal (PLS n. 236/2012), também adotariamos estas três, e haveria a inserção de uma nova: *a possibilidade de interrupção da gestação, até a 12ª semana, por vontade de gestante, quando for atestado (por médico ou psicólogo) que ela não tem condições psicológicas de ser mãe (arcar com a maternidade)* (PRUDENTE, 2013). O problema dessa nova excludente de ilicitude é que abrange somente as “condições psicológicas”, esquecendo dos fatores sociais e econômicos. Se médicos e psicólogos atestariam a falta de condições psicológicas; assistentes sociais poderiam atestar a ausência de condições sociais e/ou econômicas.

A entrada em vigor dessas normas também estaria sujeita a uma condição, caso contrário não teriam a eficácia social almejada. Devem ser implantadas políticas públicas com aptidão para promover a conscientização da população, principalmente, nos lugares mais pobres. A educação sexual precisa ser amplamente difundida. Isso é um pré-requisito para que haja efetividade – diferentemente da atual legislação sobre o aborto. É necessário deixar toda a população ciente acerca dos métodos contraceptivos e fornecer vasto acesso a eles, além de ensiná-la sobre planejamento familiar e oferecer serviços voltados para esse tipo de atendimento.

A educação salva vidas! É importante todo esse empenho na difusão do conhecimento sexual, tendo em vista que não devemos incentivar uma cidadania irresponsável. As pessoas devem responder pelos seus atos, desde que possuam discernimento para tanto. Ademais, o Estado deve trabalhar corretamente cumprindo o dever constitucional de educar seus cidadãos (art. 205 da CF)⁹.

8 E O PACTO DE SAN JOSÉ?

Diz o art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH ou Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 26 de setembro de 1992: *Artigo 4º – Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*

Sendo o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica, aparentemente, há um conflito entre o art. 4.1 do Pacto

e as propostas de normas reguladoras do aborto.

Dispõe o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988: *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).* (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que esse parágrafo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, pergunta-se se o efeito da sua disposição tem efeitos retroativos, fazendo com que tratados internacionais sobre direitos humanos que não passaram pelo rito previsto pelo § 3º art. 5º da CF também adquiram caráter de norma constitucional? Responde-se negativamente a esta indagação. Os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores a 2004, que não passaram pelo rito previsto no § 3º art. 5º da CF, possuem natureza supralegal, assim como os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos. Esse caráter supralegal dos tratados internacionais não relacionados ao § 3º art. 5º da CF foi atribuído pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em 1977, o STF decidiu pelo caráter legal dos tratados internacionais, ou seja, tais tratados tinham força de lei. Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, esta posição continuou mantida.

Antes de 1988, o STF havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº 80.004 (J. 01/06/1977) de que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica. A necessidade de uma construção pretoriana sobre a questão também se deve ao silêncio da Constituição sobre a recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno, uma vez que as normas constitucionais sobre o assunto se limi-

tam a tratar do processo de celebração e aprovação de tratados (DALLARI, 2003, p. 46 apud MAUÉS, 2013, p. 217).

A partir da Emenda n. 45/2004, o STF retomou a discussão acerca do caráter dos tratados internacionais, e no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343 (relativo à prisão do depositário infiel) assentou o caráter supralegal dos tratados internacionais – exceto os que se encaixam na previsão do § 3º art. 5º da CF, isto é, sobre direitos humanos que tenham sido aprovados pelo rito de emenda constitucional – ou seja, se o tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil não houver passado pelo rito previsto no § 3º art. 5º da CF, independentemente, da data da sua ratificação anteceder ou suceder a EC n. 45/2004, terá caráter supralegal. Se houver passado pelo rito, terá natureza constitucional: [...] *O STF decidiu afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida a posição hierárquica constitucional desses tratados, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.* (MAUÉS, 2013, p. 216). Como a maioria dos membros do STF decidiu pela supralegalidade do Pacto de San José, assim restou firmado na jurisprudência.

O Código Penal brasileiro tem *status* de lei e mesmo quando reformulado continuará assim. Como adequá-lo ao Pacto de San José, norma com *status* supralegal? No início deste tópico afirmamos que o conflito entre as normas supramencionadas era aparente. Agora diremos o porquê. Duas cláusulas merecem muita atenção no art. 4.1 do Pacto de San José, são elas: *em geral e arbi-*

trariamente. Observe que a previsão de garantia da vida, “em geral”, desde a concepção, constitui regra, abrindo espaço para exceções. E o termo “arbitrariamente” estabelece um limite às exceções.

Via de regra, ninguém pode ser privado da sua vida, exceto em casos de grande relevância social devidamente justificados, pois estes fogem do conceito de arbitrariedade. A ninguém é permitido realizar o aborto, simplesmente, porque assim deseja. É preciso que haja razões fáticas – as quais já foram mencionadas em tópicos anteriores – que comprovem a necessidade do aborto. A Doutora Luz Patrícia Mejía compartilha dessa mesma opinião: *La definición más contundente de la Dra. Mejía fue que el aborto legal de ninguna manera contraría los pactos sobre Derechos Humanos, ni contraviene el Pacto de San José de Costa Rica. “Por el contrario, sostuvo, permitir que las mujeres mueran por no haber atendido sus problemas de salud, sí es un ataque a los derechos de las personas. La penalización del aborto es un problema del que no se habla y que criminaliza la pobreza de las mujeres, y no es posible soslayarlo más, en pos de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en la Argentina y todo el continente americano”. Respecto de cuál es el límite de la protección de la vida para los Estados, afirmó que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya se expidió respecto a que la Convención Interamericana no se opone al reconocimiento del derecho al aborto” [...] Mejía explicó que la adición de la frase “en general” desde el momento de la concepción, hace a la diferencia jurídica para que los países que permitieran el aborto no se sintieran impedidos de firmar la Convención.*¹⁰ (MEJÍA, 2011)¹¹

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, discutimos questões referentes à regulação jurídica do aborto provocado. Iniciamos o debate explanando aspectos da relação entre o crime de aborto e a Constituição Federal de 1988, a qual, segundo o STF, tutela a vida humana da pessoa-indivíduo (aquela já nascida) imediatamente, deixando a vida humana intrauterina (bem jurídico resguardado pelo direito penal, no caso) numa espécie de segundo plano e lhe

concedendo proteção mediata. Na ponderação entre a vida da pessoa-indivíduo e a vida intrauterina, é o primeiro bem jurídico que prevalece.

Contudo, há outros direitos que devem ser ponderados em face da vida intrauterina. Direitos, estes, que, quando se fala em aborto, giram em torno da mulher. São eles: liberdade de escolha, autonomia reprodutiva, saúde, privacidade, igualdade. A problemática é que, diferentemente, da ponderação com a vida da pessoa-indivíduo; a vida intrauterina quando ponderada com os direitos supramencionados não possibilita a obtenção de uma resposta abstrata e imediata, isto é, não se pode dizer *a priori* qual direito prevalecerá. Essa constatação deve ser feita, caso a caso, observada a facticidade social. As excludentes de ilicitude do crime de aborto funcionam como guia e auxiliam na decisão a respeito do direito que deverá prevalecer.

Propomos a ampliação dessas excludentes de ilicitude, pois a restritividade das normas vigentes tem gerado muitos males à sociedade brasileira. Risco à vida ou à saúde da gestante, gravidez resultante de violação da dignidade sexual ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, anencefalia ou anomalia que impossibilite a vida extrauterina e ausência de condições psicológicas para ser mãe são as causas justificadoras do aborto que se encontram no texto do PLS n. 236/2012. Concordamos com essas causas e visualizamos como de grande relevância o acréscimo da cláusula: ausência de “condições sociais e/ou econômicas” para arcar com a maternidade, assim ampliando o âmbito de incidência da norma e abrangendo melhor os anseios sociais.

Políticas públicas de qualidade são imprescindíveis para tornar efetivo o que for legislado. A população precisa ter ciência do que significa uma reforma nas normas sobre o aborto. Necessita-se de que a população conheça amplamente sobre métodos contraceptivos, demais cuidados sexuais, a importância de ir ao médico especialista no assunto etc. Por óbvio, o Estado também deve acordar e cumprir com seus deveres, fornecendo à população os subsídios necessários.

Ademais, comparamos a legislação brasileira com a de alguns países estrangeiros, expondo os pontos convergentes e divergentes entre eles. Explicamos o porquê de o Pacto de San José da Costa Rica não ser um empecilho às modificações nas normas brasileiras acerca do aborto e, por fim, inferimos ser notável que mudanças se fazem necessárias e que buscamos sugerir uma forma de regulação do problema, no qual o aborto se transformou, apto à efetividade e que equilibre os direitos da mulher e o interesse público.

NOTAS

- 1 É válido lembrar que o crime de aborto versa sobre aborto provocado, o qual consiste naquele *causado por condutas humanas dirigidas à interrupção da gravidez, com o fim de impedir o desenvolvimento e nascimento do ser humano em formação*. (TELES apud FERREIRA, 2009)
- 2 Referimo-nos à ponderação da vida da mulher que, com receio da legislação penal vigente, recorre à clandestinidade para abortar, colocando sua saúde em risco. E do embrião, depois feto, o qual, a partir da nidação, começa a desenvolver condições de alcançar a vida extrauterina, salvo em caso de anencefalia.
- 3 Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*. (BRASIL, 1988).

- 4 O controle social consiste nos meios que aplica a sociedade para pressionar o indivíduo a adotar um comportamento conforme os valores sociais e, dessa forma, garantir uma convivência pacífica. (SABADELL, 2010, p. 154)
- 5 Cientificamente, até a oitava semana da gravidez, ele é classificado como embrião e, daí em diante, até o nascimento, como feto. Depois do nascimento, é chamado de recém-nascido. (BURLACCHINI, 2011)
- 6 Também chamado de aborto sentimental ou humanitário.
- 7 Risco à saúde física ou psíquica; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou em casos de má-formação fetal. (SARMENTO, 2006, p. 103)
- 8 Período de tempo entre o início da vigência de uma norma e a sua entrada em vigor.
- 9 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)
- 10 Tradução livre do autor: *A definição mais forte da Dra. Mejía foi que o aborto legal em nada contradiz os pactos sobre direitos humanos, ou viola o Pacto de San José de Costa Rica. “Pelo contrário, disse ela, permitir que as mulheres morram por não ter assistência a seus problemas de saúde, é um ataque aos direitos dos indivíduos. A criminalização do aborto é um problema que não é falado e que criminaliza a pobreza das mulheres, e não é possível contornar mais no sentido de assegurar o cumprimento dos direitos humanos na Argentina e em todas as Américas”. A respeito de qual é o limite da proteção da vida para os Estados, ela disse que “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já pronunciou que a Convenção Interamericana não impede o reconhecimento do direito ao aborto” [...] Mejía disse que a adição da frase “em geral” desde o momento da concepção, faz a diferença jurídica para que os países que permitem o aborto não se sintam impedidos de assinar a Convenção.*
- 11 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é o órgão que cuida da interpretação do Pacto de San José, pois isto é de sua competência.

REFERÊNCIAS

- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 é julgada procedente pelo Ministro Gilmar Mendes. *Supremo Tribunal Federal*: notícias, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*: edição popular anotada por Adriano da Gama Cury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 jul. 2015.
- _____. Decreto n. 678/92. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 maio 2015.
- _____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 7 jul. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data de Julgamento: 29/5/2008. Data de publicação: 4/6/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 22 maio 2015.
- _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/4/2012, Tribunal Pleno. Data de publicação: 30/4/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Fato Atípico: 20299867720148260000 SP 2029986-77.2014.8.26.0000*. Relator: Pedro Menin. Data de Julgamento: 8/4/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal. Data de publicação: 10/4/2014. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1209141/fato-atipico-20299867720148260000-sp-2029986-7720148260000>>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- _____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação cível n. 466*,

Mandado de Segurança 2002.000466-0. Relator: Desembargador João Maria Lós. Data de Julgamento: 25/2/2002, 4ª Turma Cível. Data de publicação: 27/2/2002. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3737761/apelacao-civel-ac-466>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime 70051817393 RS*. Relator: João Batista Marques Tovo. Data de Julgamento: 22/11/2012, Terceira Câmara Criminal. Data de publicação: 6/12/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112438202/apelacao-crime-acr-70051817393-rs>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. _____. *Apelação Crime 70055089049 RS*. Relator: Julio Cesar Finger. Data de Julgamento: 26/6/2013, Primeira Câmara Criminal. Data de publicação: 10/7/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112997864/apelacao-crime-acr-70055089049-rs>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BURLACCHINI, Mario. *Medicina fetal: site Drauzio Varella*, 15 set. 2011. Entrevista concedida a Drauzio Varella. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/medicina-fetal/>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

CARVALHO, Volgane Oliveira. A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em: 5 jun. 2015.

COELHO, André Oliveira de Andrade. Natureza jurídica do aborto eugênico. *Viajus*, Porto Alegre, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2267>>. Acesso em: 28 maio 2015.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 7, p. 165-203, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a09n7.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

CREMESP. Dificuldades e controvérsias marcam a prática do aborto legal: apenas dois hospitais da Capital confirmam que fazem o aborto legal, além da Casa Domingos Delácio (Unifesp), que oferece atendimento integral às vítimas de estupro. *Jornal do Cremesp*, São Paulo, n. 312, p. 15, mar. 2014. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1854>>. Acesso em: 28 maio 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERREIRA, Soraya Goretti dos Santos. *A posição legislativa e jurisprudencial brasileira sobre o aborto*. 2009. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Vale do Itajaí (Univali), Itajaí, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade formada por cônjuges e o novo Código civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 64, 1º abr. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4001>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009. v. 3.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 15, n. 105, out. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11924&revista_caderno=6>. Acesso em: 5 jun. 2015.

HARDY, Ellen et al. Características atuais associadas à história de aborto provocado. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 82-85, fev. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101994000100010&script=sci_arttext>. Acesso em: 8 jun. 2015.

MARTINS, Ignez Ramos et al. Aborto induzido em mulheres de baixa renda: dimensão de um problema. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 251-266, 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000200009>. Acesso em: 17 jun. 2015.

MATEUS, Kayse Gabrielle de Farias. A igualdade enquanto norte: considerações acerca da teoria do impacto desproporcional e o crime de pederastia. *Revista Gestão, Educação e Sociedade*, Jandira, ano 1, n. 3, set. 2011. Disponível em: <<http://www.faceq.edu.br/regs/downloads/numero03/algualdadeNorte.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, p. 215-235, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

MEIJA, Luz Patricia. El aborto legal no contraria pactos de DDHH. In: *Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito*, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.abortolegal.com.ar/?p=1295>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da>

-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 23 maio 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Comentários ao código penal: doutrina; casuística; conexões com os vários ramos do direito*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRUDENTE, Neemias. Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo código penal (pls 236/2012). *JusBrasil*, [S.l.], 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. In: *Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 95-137.

SOUZA, Priscila Boim. Teorias do início da vida e lei de biossegurança. *ETIC – Encontro de Iniciação Científica*, Presidente Prudente, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em: 25 maio 2015.

Artigo recebido em 3/3/2016.

Artigo aprovado em 16/12/2016.