

# Interrupção da Gravidez: Uma Questão de Direitos Humanos

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal (EMERJ).*

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde os tempos mais remotos, remanescente de velhas e arcaicas culturas, o aborto faz o registro da vida dos povos, lembrando que nossos índios já o praticavam. Ainda na estrutura familiar rural, de natureza patriarcal, a paternidade profícua ensejava poder de trabalho e riqueza, o filho era um *bem*, antes geratriz de mais deveres do que de direitos. Exalta-se, ainda na entrada do terceiro milênio, a necessidade de braços para a lavoura e o pastório. Agrava-se notar as múltiplas facetas em relação ao tempo e às sociedades, envolvendo fatores socioculturais, econômicos e religiosos.

O ordenamento jurídico sempre demonstrou a sua preocupação com a salvaguarda dos interesses dos *nasciturus*. De um lado, a sua própria *viabilidade*, de forma que essa *spes hominis* possa *transformar-se em vida* de um novo sujeito de direito; de outro, seus *interesses econômicos*, sendo conhecida a máxima *conceptus pro iam nato habetur* dos juristas clássicos.

Assinale-se que no Código de Hammurabi o provocador do aborto era punido com pena pecuniária, considerada a *qualidade* da gestante e a *acidentalidade* ou *voluntariedade* do ato, admitida

a *reparação civil* ao pai da gestante. Estava presente o interesse do marido, defraudado em sua prole; daí penas severas ao aborto provocado e doloso sem o seu consentimento.

Os registros históricos informam da época em que as *má-formações físicas* dos indivíduos provinham de transgressões do tipo religioso ou moral, frutos do “*pecado*”, que conduzia às vezes à *exclusão social* daqueles que as sofriam, havendo inclusive chegado ao infanticídio. Em Esparta, os recém-nascidos mal-formados eram considerados uma carga negativa para o Estado e deviam ser sacrificados no Monte Taigeto. Asúa recorda que os *brahmanes* tinham o costume de matar ou abandonar na selva os filhos que, logo decorridos dois meses desde o nascimento, lhes pareciam de “*má índole*”, e os celtas eliminavam os filhos disformes ou monstruosos.

É de estranhar-se o silêncio das leis helênicas em razão da posição arraigada, tanto a estoica como a epicúrea, de ser o *feto mera parte do corpo da genitora*, que passou como legado ao Direito dos romanos. Platão, Sócrates, Aristóteles e Hipócrates não condenam o abortamento, embora o juramento hipocrático incluísse a proibição imposta ao médico de indicar drogas abortivas às suas pacientes. Aduza-se que Aristóteles pregava a *limitação populacional* de Atenas, onde vamos encontrar as *raízes da função social e política do aborto*. Era também não punido no Direito Romano durante a época republicana, e somente no Império foi reprimido *extraordinem*, castigando-se com a pena *ad metalla*, e para os *honestiores* aplicavam-se as penas de desterro e confisco da metade do patrimônio. O aborto (*abacto de partu*) só era punido com a pena capital em caso de morte da gestante.

Cita Cícero, em sua *Oratio pro Cluentio*, que certa mulher de Mileto foi castigada, porque, após a morte do marido, havia feito perecer o feto em troca de dinheiro ofertado pelos herdeiros necessários a fim de excluí-lo da participação na herança. Durante largo período o aborto não foi punido, pois se considerava o feto *parte das vísceras da genitora (mulieris partio vel viscerum)*, podendo esta dispor livremente de seu corpo. O uso de substâncias abortivas só era punível se houvesse o emprego de veneno. No

Direito Romano, por outros caminhos, sempre sob o postulado de um atentado à integridade ou direitos da mãe e, principalmente, diante do supremo valor tutelar da vida a *patria potesta* do pai.

Os romanos possuíam uma visão conservadora da família, considerando o aborto motivo para que o marido se separasse da mulher, a qual tinha como missão principal a procriação (“*Si mulier praegnas venierit, munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*”).

A condição de *delitum gravissimum* sempre imperou entre os séculos XVI e XVII, aplicando-se as penas previstas na **Lex de Extraordinariis Criminalibus** e na **Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis**, que fixavam o exílio para a mãe reprovável ético-juridicamente (*quamvis sit grave peccatum, parricidium proprie, aut homicidium*).

No Direito germânico era considerado um *crime especial de homicídio*, e a **Constitutio Criminalis Carolina** (1532) distinguia entre *nasciturus animado* e *inanimado* (*animatus foetus* e *foetus inanimatus*), bem como certas formas de bruxaria eram punidas como práticas abortivas.

A equiparação do feto *animado* ao *homicídio* demorou em ser admitida pelas legislações da época, que mantinham as ideias clássicas do Direito Romano e que não assimilavam totalmente o não nascido à pessoa de direito. A máxima severidade das penas vamos encontrar no antigo Direito francês, que aplicava a *pena de morte* tanto no caso de feto *animado* como no *inanimado*. Há o conhecido edito de Enrique II, publicado em 1556, que sancionava com a pena de morte não só a prática de abortamento como também a de *ocultação da gravidez*.

O injusto de aborto *nasce* com o Cristianismo, que o condenou por razões dogmáticas, aplicando aos transgressores, por meio do Direito canônico, a *pena de excomunhão*. Assim, era equiparada a destruição do feto ao homicídio.

O injusto do tipo de aborto surge pela primeira vez na **Constitutio Bamberguensis** de 1507 e depois na **Constitutio Criminalis Carolina** de 1532, que distinguiam entre a morte do feto *animado* e do *inanimado*, punindo-se o primeiro caso com a pena de morte; no segundo, o castigo era arbitrado pelos juízes.

No início, estabeleceu-se a distinção de 40 a 80 dias depois da concepção para que o sêmen chegasse ao útero e formasse corpo para receber a *alma (animação)*, punindo-se a expulsão do corpo animado como homicídio, porque privava o *feto animado* da graça do batismo. Tal postura foi contestada por S. Basílio, pelos **Decretais** do Papa Gregório IX e pelo **Decretum** de Graciano, pois a *idade* do feto não importaria para a *punibilidade*, mas sim a *gravidade* da repercussão punitiva. A distinção veio a ser *abolida* com o advento da **Constituição Apostólica Sedes**, de Pio IX. Pela *posição* da Igreja, o aborto, como injusto penal sem qualquer atenuação, passa às codificações dos séculos XVII, XVIII e XIX, sendo por ela mantida nos tempos contemporâneos. Aliás, desde o Concílio de Elvira, que negou a comunhão perpétua às adúlteras que houvessem dado a morte aos seus filhos, e a posição de Sixto V, em sua bula **Ad Effraenatum** (1588), que cominava aos clérigos a *pena de degradação secular*, até o Concílio de Worms, no Sínodo de Ramberg e no de Wyrzburg, foram ditadas penas severíssimas contra os autores de manobras tendentes a reprimir a fecundação.

Santo Agostinho traduz a posição da Igreja quando afirma que “*toda mulher que faça com que não possa engendrar tantos filhos quanto poderia faz-se culpada de homicídio, da mesma forma que a mulher que procura ferir-se após a concepção*”.

Sabe-se que, com o Iluminismo, as legislações equipararam o aborto ao homicídio e, a partir do século XIX, o aborto passou a se constituir em tipo autônomo e a ser tratado com menor vigor punitivo. O aborto era equiparado ao homicídio, e significava que *mortale crimen ac precatum committit*. A mulher grávida sempre tinha o *ius praeferendi vitam suam spei vital futurae alienae*. A equiparação do aborto sobre o *animatus foetus* ao homicídio tardou a ser admitida pelas legislações, as quais seguiam as ideias clássicas do Direito Romano, que não assemelhava o “*não nascido*” à pessoa de direito. A máxima repressão aparece no Direito francês, que não atenuava, e, ao equiparar o aborto ao homicídio, cominava a *pena de morte*. Feuerbach combateu tal equiparação (valor da vida humana ao feto), e teve papel relevante nas legislações do século XIX para a atenuação das penas cominadas ao aborto em relação às penas aplicadas ao homicídio.

Diante dos impulsos trazidos pelo Cristianismo, na remoção de ideias e de conceitos que o inspiraram, o aborto foi criminalizado como injusto penal por quase todos os povos civilizados. Os problemas derivados do aborto e as consequências possíveis da *interrupção da gravidez* são desenvolvidos em polêmicas questões doutrinárias. Hoje está na pauta obrigatória das discussões sobre os *direitos humanos a descriminalização* total ou parcial do aborto e da *esterilização*, pleiteando-se a liberdade da mulher, através de certas *condições-limite*, (sistema de indicações e sistema de prazos), para abortar em hospitais sob a vigilância de profissionais codificados.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO PÁTRIO

O Código Criminal do Império incriminava o aborto no art. 199; punia o provocado por terceiro, *com* ou *sem* o consentimento da gestante, e não castigava o *autoaborto*. Ao fornecimento de drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verificasse, era cominada a pena de dois a seis anos de prisão com trabalho, e dobrada se o aborto fosse praticado por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes. A pena privativa de liberdade aplicada para o tipo fundamental era de um a cinco anos de prisão com trabalho.

Já o Código de 1890 estatuiu a matéria no Título X, Capítulo IV, nos arts. 300, 301 e 302. Ao tipo básico cominava a pena de *prisão celular* de dois a seis anos, previsto normativamente no caso de morte da mulher (prisão celular de seis a vinte e quatro anos). O *autoaborto* (aborto voluntário) passou a ser incriminado, bem como o praticado para ocultar a própria desonra (*honoris causa*), e no caso do médico ou *parteira*, se o aborto, legal ou necessário, ocasionasse a morte a título de culpa (prisão celular de dois meses a dois anos).

O Código Penal de 1940 tipifica o aborto provocado pela gestante, o provocado por terceiro, *com* ou *sem* seu consentimento, e sua forma qualificada (resultando morte ou lesões corporais de natureza grave), e isenta de punição (exclusão da antijuridicidade da ação) o médico, quando praticasse: a) o *aborto necessário*

para salvar a vida da gestante; b) ou quando a gravidez *resulta de estupro* e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante.

O Código Penal de 1969 previa o *autoaborto*, o aborto praticado *com* ou *sem* consentimento da gestante, a ausência de validade do consentimento (obtido mediante fraude ou coação, ou sendo menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental), o tipo qualificado pelo resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave), o *aborto preterdoloso* (empregar violência contra a mulher cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe o aborto) e fazia prever, seguindo o Código de 1830, o aborto por *motivo de honra*. O Código Penal de 1969, ao incriminar o *aborto preterdoloso*, inspirou-se no Projeto Soler, suprimindo a lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, § 2º, V do Código Penal de 1940. Adotava-se a *honoris causa*, em recuo histórico, circunstância especial só reconhecida à já superada expressão normativa “*mulher honesta*”, isto é, inaplicável à prostituta e à adúltera, podendo ser reconhecida às casadas e viúvas.

A Reforma Penal da Parte Especial, a ser realizada, não poderá olvidar que, quanto mais repressiva for a legislação, maior estímulo haverá às práticas abortivas, colocando em *risco a saúde da gestante*, devendo o aborto ser tratado como um problema de saúde pública, conforme as recomendações do Cairo (1944) e de Beijing (1945). O “*Cairo Programm on action*” desaprova a edição de leis repressivas que proibam as mulheres de realizar abortos com profissionais qualificados, em condições higiênicas adequadas e seguras. A nossa atual legislação, na prática, é predominantemente elitista, reforçando ainda mais as desigualdades sociais.

Merece destaque, inicialmente, o enfoque do anteprojeto de 1984, que manteve a criminalização do *aborto consensual*, apenas moderando diante da “realidade brasileira” no que tange à cominação da pena privativa de liberdade, que passa para *detenção*, de três meses a um ano. Na distribuição geográfica da tipologia penal, situa-se em primeiro lugar o tipo relativo ao *aborto consensual provocado por terceiro* com o consentimento da gestante, também modificado em relação à natureza e ao *quantum* da pena

(detenção: de três meses a um ano). Também em relação ao aborto provocado por terceiro, *sem* o consentimento da gestante, há uma diminuição no marco máximo da pena de reclusão, pois fica na faixa de dois a cinco anos.

Como limitar-nos-emos a expor, as modificações do projeto de 1984, depois de quarenta e quatro anos da edição do Código Penal vigente, nas causas de aumento da pena, *permaneceram* duas: a) a gestante ser menor de catorze anos, alienada ou débil mental; b) o injusto ser praticado com o fim de lucro. Desta forma, deixou de configurar como causa de aumento o fato de o consentimento ser obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o que equivale à ausência do consentimento, visto que é o que consta do parágrafo único do art. 126 do Código Penal, tipo relativo ao aborto consensual praticado por terceiro.

Como se vê, em todo o anteprojeto destaca-se a *forma qualificada pelo resultado*, sendo que se resultar lesão corporal grave à gestante, a pena passa a ser de reclusão, de três a seis anos; ao passo que, se resultar a morte, será de reclusão de quatro a oito anos. Modifica-se a técnica utilizada no Código de 1940, estabelecendo para cada subtipo uma faixa de reprovação própria.

A matéria mais polêmica do anteprojeto de 1984, como sempre, está no elenco das *causas especiais de exclusão de antijuridicidade*, incluindo-se o denominado *aborto piedoso* (se houver fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o *nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais*). Nas hipóteses de *aborto sentimental* e *piedoso*, a intervenção deverá ser precedida de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal, e do seu cônjuge, quando casada.

A Constituição Federativa de 1988 estabeleceu o direito à vida, à dignidade, e o direito à igualdade: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à segurança, isto é, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. O ponto enfatizado é o *direito à vida*, fonte originária de todos os demais direitos constitucionais básicos, que englobam em sua inviolabilidade, secundariamente, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à

privacidade, à saúde, o direito à integridade física e moral, enfim, o direito à própria existência. Há duas situações na esfera constitucional da segurança: a) *o dever de respeitar a vida humana* e b) *o dever constitucional de protegê-la*. A grande discussão na elaboração do texto da Carta Republicana de 1988 dizia respeito à inclusão do “*direito a uma existência digna*”. Haveria a possibilidade de ser resolvida a questão da *eutanásia*, mas, também, poderia dar ensejo a autorizar a eliminação de portador de deficiência, subtraindo-lhe o direito a uma existência humana digna. O texto constitucional não se refere ao *recém-nascido*, porém não haveria necessidade de tal especificação, visto que é inviolável o direito à vida *erga omnes*, incluindo-se, por óbvio, a vida *intrauterina*. Dentro dos *direitos humanos* há uma escala lógica de limitações, inclusive entre os denominados básicos ou fundamentais, razão pela qual a importância da vida do nascituro deverá ter um grau inferior à importância da vida do já nascido. A individualização de um novo ser requer a *unicidade* e a *unidade*.

Assim, ressalta-se a tutela da vida humana no plano constitucional, incluída a vida *intrauterina a partir da nidificação do ovo no útero da mulher*, até a norma penal típica à hipótese. A falta de estabilidade da gestação, antes da nidação, torna ilegítima a intervenção penal.

É relevante estabelecer o divisor entre a *vida intrauterina* e o início da *vida humana* para efeitos da tutela pessoal (início do nascimento). A controvérsia gira em torno do *início da vida intrauterina* para efeitos da proteção jurídico-penal: a) se a partir da *fecundação* (inicia-se no ato da concepção, isto é, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero); b) da *nidação* (momento da nidação do zigoto no útero), que ocorre, em regra, no 13º dia após a fecundação. A questão teria pouca relevância prática, porque se limita à exclusão do âmbito do injusto dos atos impeditivos da *nidação*, ainda que não utilizados após a fecundação (não são considerados anticoncepcionais a pílula do dia seguinte e o dispositivo intrauterino). Como modelo legislativo, poderíamos citar o modelo alemão. Sabemos que a ontogênese se divide em quatro períodos: a) *ovular*, até o primeiro mês; b)

*embrionária*, que compreende o segundo e o terceiro meses: c) *fetal*, até o sexto mês inclusive; d) *viável*, do sétimo ao nono. Chama-se de *óvulo fecundado* o que resulta da fusão do nemaesperma e da colisão dos referidos germinados; ao passo que *embrião* é o organismo em via de desenvolvimento, desde a fecundação até o óvulo, até a capacidade vital; já o *feto* é o produto da concepção desde que findo o período embrionário, isto é, a partir do momento em que adquire a forma característica de sua espécie até o nascimento. A doutrina brasileira reconhece suficiente o rompimento do *saco aniótico*, pois inclui o feto nascente.

No estuário desses apontamentos, aduza-se que o anteprojeto de 1999, a final do século XX, deu a mais relevante contribuição para a atualização do *sistema de indicações* pertinentes à exclusão da antijuridicidade, quando o aborto for praticado por médico: a) *se não há outro meio para salvar a vida ou preservar a saúde da gestante*; b) *se a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida*; c) *se há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais (dependendo do consentimento da gestante e da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro)*. Sem dúvida, dávamos um grande salto no mar revolto de controvérsias. No *aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento*, o anteprojeto reduz os marcos mínimo e máximo da resposta penal (detenção, de dois anos a quatro anos) e inova quando possibilita ao juiz o perdão judicial. No caso mais grave do elenco criminalizador, o *aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante*, também reduz-se o máximo e permite-se o mínimo da resposta penal (reclusão de quatro a oito anos); na hipótese de haver o consentimento, a reprovação fica a mesma do Código Penal de 1940 (reclusão, de um a quatro anos). Cria-se uma majorante (aumento da metade e a inclusão da pena pecuniária), se o injusto é cometido com o *fim de lucro*. O anteprojeto de 1999, com sua redação mais técnica, prevê na hipótese de lesão corporal grave ou de morte da gestante, no *aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante*, e se as circunstâncias eviden-

ciarem que o agente não quis, nem assumiu o risco da produção do resultado, a aplicação também da pena de lesão corporal negligente ou de homicídio negligente.

O injusto de aborto é a conduta dirigida à interrupção ilegítima do processo fisiológico da gravidez, causando a destruição do embrião ou a morte do feto, *com* ou *sem* o consentimento da gestante. Há autores que sustentam a simples interrupção da gravidez, e outros que defendem a necessidade do requisito morte do feto. Há uma forte vertente doutrinária que requer unicamente a expulsão do feto, ao passo que outra defende a destruição no claustro maternal, com ou sem a expulsão uterina posterior.

É necessário, como foi ressaltado, ter presente a relevância do divisor entre a *vida intrauterina* e o *início da vida humana* para os efeitos da tutela penal (*início do nascimento*).

O *bem jurídico* é a *vida intrauterina*, autônoma e pessoal, por motivos de ordem político-criminal; ainda que admitida a denominada *unidade de duplicidade* na pessoa da mulher grávida, o bem jurídico *vida intrauterina* é autônomo perante a genitora, guardiã da tutela. Cumpre ter presente que o objeto de proteção é a *vida humana implantada* no útero da mãe, pois o embrião não implantado no útero não é protegido pelo injusto do tipo de aborto. Aqui se torna necessário referir que as técnicas de *reprodução assistida* têm por objetivo auxiliar nos casos de problemas de fertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapias se mostrarem ineficazes ou ineficientes.

Cumpre enfatizar que o *bem jurídico fundamental* no injusto de aborto é a *vida intrauterina*, mas que esta também intervém na concreta formação típica complexa dos valores pertinentes à liberdade e à saúde, isto é, integridade física e psíquica da mulher grávida. O valor da liberdade como decisão e realização da vontade da gestante é relevante para a medida do agravamento da antijuridicidade do aborto (*consentido* e *não consentido*).

A questão relativa ao bem jurídico tutelado no injusto de aborto é questionada por várias razões doutrinárias: **a)** o direito do *nasciturus* à vida; **b)** o direito à ordem familiar; **c)** o direito de a comunidade propagar-se; **d)** o direito à vida como bem coletivo;

e) o interesse do Estado em assegurar a continuidade da estirpe. Há uma corrente doutrinária que considera o aborto bem jurídico *complexo*, pois o interesse tutelado seria duplo: a) *o direito à integridade pessoal da mulher*; b) *o interesse social de proteção à gravidez*. Portanto, haveria um complexo de direitos, em que estaria presente o direito-interesse do Estado à preservação da inviolabilidade da vida dos membros do grupo societário, bem como o respeito do ordenamento jurídico à *spes hominis*.

A nosso aviso, o Estado e a comunidade não são sujeitos passivos do injusto do tipo de aborto, pois não se trata de bem coletivo, mas individual.

É imperativo que o Estado, na condição de tutor normativo dos reflexos socioculturais, outorgue sua proteção, ainda que conjuntural, dentro de sua realidade temporal. Efetivamente, a integridade física e psíquica e a vida da a genitora devem ser objeto de tipologias mais adequadas (lesão corporal e homicídio). É certo que na saúde física e psíquica e na vida da mulher grávida é comum o grave risco quando a intervenção é realizada sem as cautelas devidas, geradas na clandestinidade através de condições anti-higiênicas, além das angústias e temores que vulneram a sua saúde mental. O *interesse democrático-estatal é predominante como bem jurídico conjuntural*. Nossa norma civil protege os direitos do nascituro desde a concepção.

O *objeto jurídico mediato* é a vida e a integridade física e psíquica da gestante, e o *imediato* é a vida do produto da concepção (dizia Tertuliano: “*Homo est qui futurus est; etiam fructus omnis iam in semine est*”). Talvez melhor atendesse à direção única para a tutela da vida fetal, motivação primária e última, ficando os demais interesses paralelos, como a vida, a saúde materna e até aspectos demográficos ou econômicos, acolhidos em tipicidades diferentes. A defesa é dirigida ao embrião humano, entendido como *spes personae*.

O *objeto material* da ação no injusto de aborto é o *produto da concepção*, deixando de sê-lo no exato momento em que se converte em pessoa viva.

Insistimos em que as legislações são coincidentes no sentido de que é necessária a *morte do embrião* para a configuração típi-

ca. A doutrina é rica em divergências: a) há autores que consideram o *parto antecipado* suscetível de reprovabilidade. A vertente majoritária advoga tão só em relação à figura reitora; b) outros consideram não só a expulsão prematura do produto da concepção, como sua destruição no interior do ventre materno.

São *pressupostos* do injusto do tipo de aborto: a) a gravidez da gestante; b) a vida do produto da concepção.

Já no caso do *anencefálico*, remete-se para as regras gerais das *causas de justificação* da interrupção da gravidez consentida pela gestante. A anencefalia deixa o tecido cerebral exposto, sem proteção do crânio ou da pele. Na gravidez encefálica, o feto não possui a maior parte do cérebro, morre ainda na gestação ou logo após o parto.

A discussão sobre o *thema* a respeito dos fetos que apresentam em seu processo de desenvolvimento uma alteração congênita de que resulta a ausência dos hemisférios cerebrais e a estrutura do crânio, cuja deformação não possibilita a sobrevivência por poucas horas (doze horas), apresenta sentimental, religioso e jurídico confronto, pois alguns sustentam que possa viver, inclusive por vários meses.

Entendo que há *causa de justificação* na hipótese de fetos em má-formação congênita do cérebro, *inviáveis após o nascimento*, desde que seja a vontade da gestante, através de perícia médica, o abortamento. Cumpre assinalar que se a genitora, por motivos sentimentais ou religiosos, optar por levar a gravidez até o parto, e não ocorrer aborto espontâneo, deve ter o *direito de fazê-lo*. O que não se pode impor é um sofrimento *indesejável e inútil*. Em direção contrária à nossa posição, sustenta-se que a interrupção da gravidez afeta o direito dos *nascituros* a seguir, durante o lapso diferencial, e que a afirmação “*de todas as maneiras morrerá*” encobriria uma elíptica condenação a uma morte antecipada, com patamar na exígua quantidade de tempo por que o *feto anencefálico* tem vida, como se tal circunstância afetasse substancialmente a *qualidade da proteção jurídica* (não se pode olvidar: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”).

Para tal corrente, abrir-se-ia uma perigosa janela para permitir a autorização de mortes de fetos por questões eugenésicas (abortos eugenésicos). É respeitável a posição contrária, principalmente da corrente religiosa; porém, num Estado Democrático de Direito, a Carta Republicana e as leis ordinárias não podem estar subordinadas aos dogmas de fé.

É importante analisarmos as posturas relativas aos fetos *disformes* (desproporcionados ou de forma irregular) e aos monstruosos (contra a natureza). Entendemos que os *fetos disformes* podem ser sujeito passivo do aborto, observando-se, caso a caso, as deformidades profundas que legitimam a interrupção da gravidez por razões eugênicas. Quanto aos *monstros* (falta de coração, cabeça, crânio etc.), que a arquitetura genética *impede de considerar como pessoa humana*, não devem ser admitidos como sujeito passivo de injusto de aborto.

### 3. A QUESTÃO DAS CAUSAS DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ JUSTIFICADA

Na questão mais polêmica pertinente à *exclusão de antijuridicidade*, o Código Penal de 1940, desde a década inicial da metade do século XIX, reza que, sendo sujeito ativo o *médico*, não se pune o aborto, se: a) *não houver outro meio de salvar a vida da gestante*; b) *a gravidez resultar de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*. O texto do Esboço Evandro Lins, a meu sentir, atende às orientações das contemporâneas legislações sobre o *thema*, incluindo a saúde física e psíquica da gestante, a possibilidade de o *nasciturus* apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável, além da cláusula de ser procedida com o consentimento da mulher ou do seu representante legal e, no caso de não concordância do cônjuge ou companheiro, a justificativa. O texto é, obviamente, superior ao da legislação em vigor e do anteprojeto de 1984, dando um grande avanço, no *aborto ético*, da limitação ao injusto de estupro para injusto contra a *liberdade sexual*, com a hipótese *ut* referida do *aborto terapêutico*. Não foi descuidada a figura do *aborto eugenésico ou embriopático (taras físicas ou psíquicas)*.

Não se pode olvidar que existe, durante a gravidez, uma relação orgânica entre o *nasciturus* e a gestante, o que condiciona a proteção jurídico-penal que se deve à *vida intrauterina*. Há outros bens jurídicos dignos de proteção, como a *vida humana*, a *saúde*, a *liberdade* ou a *dignidade da gestante*, enfim, os *direitos humanos*. Cria-se um *conflito de interesses* que é solvido diante do *princípio de salvaguarda do interesse predominante*. A indicação terapêutica da *interrupção da gravidez* encontra-se justificada quando for o único meio de tutela que se revele indispensável para salvar a vida da gestante. A nosso sentir, a reforma da legislação brasileira *olvidou de incluir a grave e irreversível lesão para o corpo ou a saúde física e psíquica* da mulher grávida. No texto do art. 128 do Código Penal de 1940, a tutela se *restringe à vida* e não à *saúde física ou psíquica* - alterações psiconeuróticas da personalidade em evolução neurastênica ou depressiva de tendências suicidas, obviamente, desde que *graves e irreversíveis*; verificada a existência da *indicação médica*, a interrupção ocorrerá a qualquer momento temporal da evolução da gravidez. Cita-se Maiwald quando ressalta que, no mundo das representações pessoais e da macrosociedade, o *valor do nasciturus* aumenta na proporção do estágio da gravidez (circunstância de a interrupção ser mais perigosa).

Quando se refere o texto legal não só à *vida da gestante*, deve-se entender também, em sentido lato, a sua *futura qualidade de vida*. A meu aviso, a melhor solução seria a *avaliação do quadro clínico* através de um *modelo integrado* diante do especial caso concreto. A indicação médica ou terapêutica abrangeria em *sentido global* também nos graves e irreversíveis requisitos cumulativos e não alternativos danos à integridade física e psíquica da gestante, no momento da evolução temporal da gravidez, diante do enquadramento conferido pelo avanço de conhecimento da ciência médica. Aduzem-se os efeitos da incapacidade real futura da genitora para custodiar o nascido. Repita-se a correta colocação do Esboço Evandro Lins e do atual texto no Código Penal português ao tratar das *causas de interrupção da gravidez justificada*, que reza “*constituir único meio de remover o perigo de morte ou grave e irreversível lesão ao corpo ou a saúde física ou psíquica*”

da mulher grávida”. A solução de fundo é relativizar, através da cláusula da não exigibilidade.

A doutrina estrangeira vê sob o ponto de vista *dogmático jurídico-penal* e de *política criminal* a tese das indicações verdadeiras causas de justificação ou exclusão da ilicitude. Na questão pertinente aos injustos contra a *vida intrauterina*, a doutrina internacional tem estimulado a discussão parlamentar em torno de *dois modelos*: a) *modelo das indicações*, que significa que as soluções para a impunidade da interrupção da gravidez devem ter como patamar uma ideia de *conflito de valores*, e a solução é a *regulamentação das indicações* (médica, fetopatológica e criminológica); b) *modelo dos prazos*, dependente ou não de um *sistema de aconselhamento* da mulher grávida; a questão resulta de um *princípio de paridade* do injusto de aborto em correspondência com a ideia de dignidade e proteção da vida intrauterina. Torna-se necessário questionar a melhor forma para a solução no plano do injusto: a) exclusão da antijuricidade do aborto; b) exclusão da punibilidade; c) exclusão da tipicidade. No caso da legislação brasileira, o Código de 1940 usou a expressão “*não se pune o aborto praticado por médico*”. A meu sentir, as situações descritas no art. 128 do Código Penal configuram *causas de justificação*.

O ponto central do dissenso se coloca em que para uma corrente o *interesse preponderante* é o da *vida dependente* (intrauterina), ao passo que a outra sustenta que o *interesse prevalente* é sempre o da *vida humana* (da gestante). A primeira corrente defende a *penalização total* do aborto provocado, sem qualquer causa de justificação, e a segunda vertente defende a *despenalização total* do aborto realizado com o *consentimento da gestante*, observado o primeiro prazo trimestral, à qual se reconhece o *direito relativado* de dispor do próprio corpo. Ficamos com a *postura intermediária*, tendo em vista a proteção devida à vida dependente e à gestante, admitindo as causas de justificação. A vida intrauterina dependente é um bem jurídico que o Estado deve proteger, mas o *nasciturus* não é titular de nenhum bem subjetivo; a proteção jurídica não é absoluta, e os bens jurídicos do *direito à*

*vida, à saúde, à liberdade e à dignidade da mulher* devem também ser protegidos pelo Estado no conjunto da esfera de âmbito dos *direitos humanos* num Estado social e democrático de Direito.

O aborto por *indicação médica*, mais corretamente denominado de *terapêutico*, consiste em causar a destruição do feto para salvar a vida ou evitar gravíssimos riscos à saúde física e mental da genitora. Cuida-se do velho questionamento, diante do estágio dos conhecimentos, ou mesmo de invocar diretamente a causa de justificação por *estado de necessidade* ou por *conflito de interesses*. Já na moderna doutrina francesa do século XX, na esteira de Radbruch (o *plus* valor social da vida da mãe), prevaleceu a *tese da assimilação do estado de necessidade*, solução para as legislações que silenciam em relação à hipótese do *aborto terapêutico*. A legislação brasileira, lamentavelmente, não inseriu a cláusula “grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida”. Todavia, o anteprojeto da Parte Especial de 1999 inclui “ou preservar a saúde da gestante”.

O Código Penal de 1940 enumera duas causas excludentes especiais da antijuridicidade: a) *aborto necessário ou terapêutico*; b) *aborto humanitário ou ético*. A doutrina também usa diferenciar segundo o sistema de indicações: a) *indicação médica ou terapêutica* (sentido estrito ou lato); b) *indicação criminal* (ética, criminológica ou humanitária). Quando praticado com o *consentimento* da gestante, por *médico*, em razão do modelo das indicações, teríamos o seguinte quadro: a) *indicação terapêutica*; b) *indicação embriopática, fetopática* ou por *lesão ao nasciturus*; c) *indicação criminal, criminológica, ética* ou *humanitária*; d) *indicação social* ou em *situação de necessidade*. Figueiredo Dias defende que o *modelo das indicações* (situações taxativamente indicadas e objetivamente controláveis), baseado no modelo dos prazos, “*contém dentro de mais apartados limites a impunidade de uma interrupção médica consentida da gravidez*”.

Na grande maioria dos países em que a *indicação eugênica* não está consignada no campo normativo, a doutrina repugna

acobertá-la nos casos de *estado de necessidade*. A *indicação socio-econômica* apresenta dois aspectos: **a)** estritamente individual em razão do estado de extrema pobreza da gestante; **b)** a questão da crise demográfica e da miséria coletiva.

O art. 128, Código Penal brasileiro isenta de pena o aborto *praticado por médico* em dois casos: **(a)** se não houver outro meio de salvar a vida da gestante; **(b)** se a gravidez resultar de estupro e o aborto for *procedido com consentimento* da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No primeiro caso **(a)** encontramos o *aborto terapêutico* ou *necessário*, circunstância amplamente conhecida pelo Direito comparado em seus diferentes modelos, pois visa a resolver o conflito entre a vida e a saúde da gestante e a do *produto da concepção*, optando-se pela existência socialmente mais relevante.

Constitui-se na interrupção artificial da gravidez para salvar *a vida* (modelo normativo) *ou a saúde física e psíquica da gestante* (contemporâneas legislações). A doutrina majoritária, diante do texto legal, sustenta que não se faz presente quando o ato é realizado para preservar a saúde da gestante, ficando *restrito à prova do perigo iminente à vida* da mulher grávida, isto é, o aborto seria o único meio capaz de salvar a *vida* da gestante. Vejo grande atraso normativo na legislação brasileira, reconhecido no anteprojeto de 1999, no que tange à *proteção da saúde física e psíquica da gestante diante da vida intrauterina*. A meu aviso, a causa de justificação abrigaria o conflito de interesses na hipótese do silêncio diante da especial situação do caso concreto. De outro lado, a doutrina questiona se o aborto terapêutico possui caráter *impositivo*, dividindo-se em duas correntes: **a)** pode ser praticado contra a vontade da gestante, dispensável a sua concordância ou de seu representante legal, atuando o médico como garantidor no estrito cumprimento do dever legal; **b)** teria caráter meramente *facultativo*, diante da ausência expressa ou tácita de vontade da gestante de querer correr o risco, ficando o atuar do médico restrito à sua consciência e ao dever deontológico. A meu sentir, a posição do caráter *impositivo* é a que melhor atende à tutela do bem jurídico mais relevante, que é a vida humana (da gestante).

Configura-se um *caso especial de estado de necessidade*. A necessidade da intervenção praticada pelo médico é ditada pela técnica e pela consciência profissional habilitada. Para a inexistência do injusto penal, deverá ocorrer o *grave risco de vida* da gestante e ser o aborto praticado para evitar a morte da mesma, sendo indiferente seu consentimento ou dissenso.

A *enfermeira* responde pelo injusto (*desde que praticado por médico*), porém poderá ser beneficiada pelo *estado de necessidade*, que exclui a antijuridicidade do ato, quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante, principalmente considerando-se as condições socioeconômicas brasileiras. É a lição de Soler, que, em caso de *extrema urgência*, aplicam-se os princípios do estado de necessidade e do conflito entre duas vidas.

Elegante questão é levantada em relação à *doença mental*. O perigo da prática do *suicídio* ou do *infanticídio* não legitima o perigo de vida perante a nossa legislação. Nossa legislação adota o princípio traduzido pelo Projeto do Código Penal suíço (*se o embaraço provém de uma violação, de um atentado contra o pudor cometido em mulher idiota, alienada, inconsciente ou incapaz de resistência, ou de um incesto*). No segundo caso, encontramos o aborto praticado quando a gravidez resulta de *estupro*, constituindo-se, na hipótese, o aborto *sentimental* ou *humanitário*.

A *vexata quaestio* e o problema da legitimidade do aborto eram objeto de grande debate público em razão do grande número de mulheres violentadas por soldados de tropas invasoras (1914-1918). Embora tivesse sido suscitado caloroso debate em relação ao *aborto eugênico*, tal orientação iluminou várias legislações (Polônia, Letônia, Estônia, Romênia, Dinamarca, Cuba, Equador, México, Uruguai). O modelo brasileiro não observa o aborto *eugenésico* ou *embriopático* (modelo dinamarquês de 1936), que Hungria justificou alegando que “*não passa de uma das muitas **trouvailles** dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de **eugenis**”, “*consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica*”. Nessa orientação, seguindo a lição de Franqué, não há *segurança* para se afirmar, à luz da ciência,*

serem produtos degenerados os havidos de doente mental. Contudo, a ciência muito evoluiu, e a questão da *indicação terapêutica* tomou outro colorido, como bem acentua o penalista paulista Alberto da Silva Franco, necessitando ser debatida na Reforma da Parte Especial.

O aborto só se justifica quando praticado por *médico*, em virtude da gravidez resultante de injusto contra a liberdade sexual, precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal. A lição do mestre Manzini é modelar, ao afirmar que não se pode constranger a mulher que foi brutalizada sexualmente a conviver com o retrato de seu estuprador.

O *estupro* está normatizado no art. 213 do Código Penal com nova moldura reitora típica (“*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”).

A lei contempla o estupro como caso de não exigibilidade de outra conduta na qual exista o pressuposto lógico dos elementos de unidade conceitual do injusto (tipicidade e antijuridicidade). A antijuridicidade do atuar resulta da ausência de alguma causa que a justifique. Aliás, Binding tratou da questão secular no campo jurídico-penal do *aborto sentimental* como causa de inexistência do injusto, salientando-se que a teoria da não exigibilidade de outra conduta ainda não havia sido formulada no campo da culpabilidade, mas já encontrava resposta em razão da injustiça que significava a terrível exigência de que a mulher suportasse o fruto de sua desonra, por ser antinatural, desumana e injusta uma gravidez produto de uma violência contra a sua vontade (a questão aflorou após a Primeira Grande Guerra Mundial, quando mulheres dos países ocupados foram vítimas de violência por parte de soldados dos países ocupantes). Há que reconhecer o *direito da mulher* de abortar o produto de um injusto penal do qual é sujeito passivo, e o aborto por causa sentimental tem suporte na própria essência da não exigibilidade de outra conduta.

O fundamento básico tem como suporte a injustiça da imposição à mulher violada de uma maternidade não consentida, isto é, *a ausência de vontade da mulher*, sujeito passivo do injusto.

#### 4. EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

A tendência das legislações contemporâneas é no sentido da atenuação da pena privativa de liberdade para a mulher que provoca o aborto ou consente que terceiro lhe provoque e, a contrário senso, aumenta-se a gravidade da pena imposta para o agente provocador.

A *vexata quaestio* é altamente polêmica, e podemos resumir em três correntes básicas a orientação das legislações contemporâneas: a) o aborto só é *permitido* em circunstâncias *limitadas e excepcionais*; b) o aborto só é *permitido* após um *processo de autorização*; c) o aborto é *permitido*, embora prescrita *condição-limite*. Assim, temos: a) na primeira hipótese, encontram-se as legislações *mais restritivas* (v.g.: a interrupção da gravidez só é admissível: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro, sendo o aborto praticado com o seu consentimento, ou, quando incapaz, de seu representante legal); b) na segunda hipótese, as legislações que buscam *concluir* a questão, mantendo um *modelo eclético* (v.g.: a) nos casos de extrema pobreza, para evitar graves males à família e à sociedade (*econômico*); b) para evitar a degeneração da raça humana (*eugênico*); c) para evitar os casos de fecundação ilegítima, ou para esconder a própria desonra (*honoris causa*); d) provocado para salvaguardar a vida da gestante ou defender a sua saúde (*terapêutico*); c) finalmente, na terceira hipótese, condiciona-se o aborto apenas ao *querer da gestante e à avaliação do médico* para a sua realização. No século XXI, há duas vertentes: a) a da descriminalização total ou parcial do aborto; b) a da sua incriminação, com a resposta penal menos severa para a mulher que *comete* ou *consente*, e agravada em relação aos abortadores. Na Inglaterra, até 1967, estava em vigor o art. 58 do **Offences Against the Person Act**, de 1861, com a pena de trabalho perpétuo. Vale recordar que até a metade do século XX (1967) o aborto era praticamente *ilegal*, com exceção da Suécia e da Dinamarca.

O primeiro estatuto do aborto na Inglaterra foi o **Ellenbrogh's Act**, de 1803, que punia com a pena de morte o aborto praticado sobre o feto animado com emprego de veneno, e com menos gra-

vidade (deportação para a colônia penal) quando praticado antes da animação fetal. Com o **Abortion Act**, a Inglaterra (1967) liberou aos médicos a decisão sobre a melhor estratégia a ser adotada para a defesa da vida e do bem-estar da gestante. A agência *Aid for Women* cobrava de 80 a 100 libras esterlinas sempre que a interrupção da gravidez se produzia nas doze primeiras semanas. O *turismo abortivo* chegou a denominar Londres como a “capital mundial do aborto”.

Cita-se o caso *Roe vs. Wade*, *modelo americano*, que é um marco da jurisprudência americana, pelo voto condutor do Juiz Blackmun, que reconheceu a *privacidade pessoal* e, conseqüentemente, a decisão de abortar, mas que tal *direito* não carece de postulação e deve ser considerado diante de importantes interesses estatais em sua regulamentação. A Corte Suprema decidiu que a palavra *pessoa*, tal como é empregada na Emenda nº 14, não inclui o *não nascido*, e que a mulher grávida não pode ser isolada em sua *privacidade*, pois leva consigo o embrião e depois o feto, e qualquer *direito à privacidade* deve ser medido *conjuntamente*. Aduz, em seu voto, que o interesse do Estado na vida em potencial é a *viabilidade*, capacidade de viver fora do útero materno. Daí a Corte Suprema, com patamar no *direito à privacidade (right of personal privacy)*, ter dividido a gravidez em três períodos trimestrais: a) *no primeiro trimestre*, autoriza o aborto sem restrição; b) *no segundo trimestre*, reconhece a existência de um interesse do Estado em preservar a saúde da mãe e autoriza restrições referentes à forma como o aborto poderia ser realizado; c) *no terceiro trimestre*, reconhece um interesse do Estado em preservar a vida potencial, de modo que inclusive pode proibir o aborto neste período, salvo se ocorrer perigo para a vida ou a saúde da mãe.

A República Federal da Alemanha (1974) aprovou projeto de *descriminalização* do aborto voluntário, realizado nos primeiros três meses de gravidez. Assim, o projeto de 1960 contemplava o **Alternativ Entwurt**, dando grande amplitude às indicações médica, eugênica e social. A então República Democrática da Alemanha, por lei de 9 de março de 1972, *autorizou a interrupção da gravidez até o prazo de três meses*. O projeto, aprovado em 1974 pelo Bundes-

tag, foi declarado inconstitucional em 25 de fevereiro de 1975 pelo Tribunal de Karlsruhe. Na atual legislação, as ações cujo efeito se apresenta antes da terminação da anidação do ovo fecundado na matriz não se consideram como interrupção da gravidez. No autoaborto, a gestante é punida com pena privativa de liberdade de até um ano ou multa. A gestante não é punida pela tentativa.

O modelo alemão *não* pune a interrupção da gravidez quando: **a)** a mulher grávida solicitar a interrupção da gravidez tendo demonstrado ao médico por meio de um certificado da assessoria para a proteção da vida pré-natal (tem por objetivo o empenho de animá-la para continuar a gravidez e abrir-lhe perspectivas para a vida com o filho, nos termos da *Lei de conflito da gravidez*), que não deseja ser assessorada pelos três dias antes da intervenção. A assessoria contribui para que ela *tome* uma *decisão responsável e conscientizada*. Há uma legislação específica para os *casos de conflito da gravidez (Schwangerschaftskontiktzets)*; **b)** a intervenção seja praticada por médico; **c)** desde a concepção *não* tenham decorrido mais de 12 semanas; **d)** praticada por médico com consentimento, quando necessária para eliminar perigo de vida da gestante ou grave prejuízo à sua saúde física ou anímica, e, este perigo, não possa ser eliminado de outra maneira; **e)** ter sido vítima de atos antijurídicos segundo os § 176 a 179 do StGB e existam fundadas razões que desde a concepção não tenham transcorrido mais de 12 semanas; **f)** a mulher grávida não será punida quando a interrupção tenha sido praticada depois do assessoramento de um médico, *desde que entre a concepção não tenham decorrido mais de 12 semanas*.

A Lei de 17.5.75, que modificou o Código Penal francês nos arts. 223-10 a 223-12, no que tange ao ato que voluntariamente prevê a expulsão prematura do feto pelo emprego de um meio qualquer, substituiu a expressão “*interruption de grossesse*” pelo termo “*avortement*”, figurante no art. 317 do diploma, alargando a despenalização do **avortement**, consagrada na Lei de 27.3.1993, no que concerne à “*interruption sur elle-même*”, que se traduz na *despenalização total do autoaborto*, chamando a atenção para a questão da banalização do aborto.

No campo do Direito Comparado, poderíamos historicamente citar os Códigos soviéticos de 1922 e 1926, que admitiam a *descriminalização* do aborto voluntário e penalizavam o médico que interrompesse a gravidez, agravando a punição em caso de *ausência* de consentimento da gestante. Na Rússia se impulsionou a liberdade abortiva através da Lei de 18.11.1927, que autorizou os médicos a executarem a interrupção da gravidez em hospitais públicos, de forma gratuita. Depois, em 27. 6. 1936, se restabeleceu a proibição do aborto em regime de certa tolerância, limitado à mulher em 1954 e estendido a terceiro a partir de 1955.

A tendência à *descriminalização* parcial é grande nos EUA (Havaí, Alasca, New York e Washington), através de *petição da mulher*, exigindo-se a intervenção de um médico, realizada em hospital e dentro das primeiras *doze semanas* de gravidez. Foi do Projeto de 1959, retocado em 1962, que o *American Law Institute* adotou a estratégia das indicações médica, ética e eugênica, até chegar à *descriminalização* em diversos Estados após 1967.

Contudo, foi a Dinamarca que, em primeiro lugar, na Europa ocidental, admitiu o *aborto livre e gratuito*, sendo que a lei de 1973 estabelece o *limite cronológico das doze semanas*. Tal critério é seguido a partir de 1975 pela Áustria, França e Suécia. O decreto de 11 de março de 1955 consagrou na França a possibilidade do *aborto terapêutico*, ratificado pelo **Code de Déontologie Médicale** (28 de novembro de 1955), em uma postura de tímida *descriminalização*. Contudo, a Lei de 17 de janeiro de 1975 (**Code de Santé Publique**) contemplou a interrupção voluntária da gravidez praticada antes do fim da décima semana (“*la femme enceinte qui n’était pas placée dans une situation de détresse...*”) e abriu as barreiras cronológicas limitativas, adotando a postura ético-social. Desta forma, a lei francesa *permite* a interrupção voluntária da gestação *em qualquer tempo*, praticada por médicos, após exames que mostrem que a continuação da gravidez coloca em risco a *vida* ou a *saúde* da mulher, ou que há probabilidade de o filho nascer com grave lesão.

Em Portugal, o injusto de aborto tem sido objeto de grande polêmica a partir da Revolução de 1974, em razão da postu-

ra da França, Itália, Alemanha, Bélgica, Irlanda e Espanha. Em 28.6.1998 houve um *referendo* sobre a legalização da interrupção voluntária da gravidez em estabelecimento de saúde autorizado, porém, diante do baixo comparecimento de eleitores, ficou para a Assembleia legislar; por escassa maioria, entendeu esta que seria politicamente inconveniente dar seguimento ao *projeto de despenalização* que preconizava a despenalização da interrupção voluntária da gravidez “*para a preservação da integridade moral, dignidade social e da maternidade consciente*”, quando realizada nas *10 primeiras semanas* e após *consulta de aconselhamento* (combinação entre a solução de prazos e um regime de indicações genéricas com o *aconselhamento obrigatório* antes de a mulher tomar a decisão). O projeto português também preconizava a interrupção da gravidez “*em caso de morte, indicado para evitar perigo de morte e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher grávida, designadamente por razões de natureza econômica e social, quando realizada nas primeiras 16 semanas*”. A lei que discriminaliza a interrupção voluntária da gravidez nas primeiras *dez semanas* foi promulgada em Portugal no dia 10 de abril de 2007. O novo diploma legal estabelece um período de reflexão da mulher “*não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta*”, destinado a proporcionar à grávida o acesso à informação relevante para a formação de sua decisão livre, consciente e responsável: a consulta é obrigatória e compete ao estabelecimento de saúde oficial onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir a sua realização em tempo útil. Os estabelecimentos são *obrigados* a encaminhar para uma consulta de planejamento familiar as mulheres que solicitem a interrupção voluntária da gravidez e, caso seja de sua vontade, os estabelecimentos são também obrigados a encaminhar a gestante para um estabelecimento que disponha de serviços de apoio psicológico e de assistência social específicos. Os médicos e demais profissionais de saúde ficam vinculados ao *dever de sigilo* (atos, fatos e internações), assegurado aos médicos o direito à *objeção de consciência*. Registre-se que, em Carta ao Parlamento, o Chefe de Estado português defendeu que a mulher seja *informada*

sobre a possibilidade de encaminhamento da criança para adoção, para que a possibilidade do aborto seja restringida e que os médicos possam dar consultas prévias à interrupção da gravidez.

Ainda no âmbito da consulta, a mulher deve ser informada “sobre o nível de desenvolvimento do embrião”, os métodos utilizados para interromper a gravidez e sobre as possíveis consequências desta ação para a sua saúde física e mental. Sublinhe-se que a nova lei portuguesa foi aprovada após o referendo de 11 de fevereiro, em que o “sim” à interrupção da gravidez venceu com 59% dos votos. As sugestões feitas pelo Presidente Cavaco Silva são de centro restritivo, dirigidas à regulamentação.

Na legislação espanhola (1995), em seu art. 145.2, a mulher que *pratique o autoaborto* ou *consinta* que outra pessoa lhe cause, fora dos casos previstos em lei, é punida com pena de prisão de 6 meses a 1 ano ou multa. No caso de *aborto negligente*, praticado por profissional, a mulher grávida não será apenada. No momento, a Câmara dos Deputados aprovou a polêmica reforma da Lei do Aborto, que autoriza a interrupção da gravidez até a 14ª semana de gestação. O texto foi aprovado com 184 votos a favor e 158 contra, e ainda deverá passar pelo Senado, onde poderá sofrer algumas alterações antes da aprovação definitiva marcada para este ano (2010). A nova lei, apoiada pelo Governo, permite a interrupção da gravidez voluntária da gestação até a 22ª semana caso os médicos diagnostiquem *riscos graves* para a vida do feto ou da gestante. O texto sofreu já modificações no sentido de que os médicos deverão informar a gravidez de menores de dezesseis anos, ainda que não seja necessária autorização dos responsáveis para a intervenção.

As últimas tentativas do Parlamento brasileiro sobre o polêmico *thema* foram rechaçadas em virtude da posição intransigente da Igreja Católica. No início da segunda década do século XXI, o Parlamento brasileiro discute timidamente a possibilidade da realização de um *plebiscito*.

Grande parte dos *sistemas de saúde* nos países em desenvolvimento, independentemente da sua política em relação ao aborto induzido, não planeja sistematicamente ou fornece aten-

ção médica de emergência de maneira eficaz para mulheres que sofrem de complicações relacionadas ao aborto. Como resultado, o tratamento frequentemente é postergado e ineficaz, com graves consequências e riscos à saúde da mulher.

## 5. PROPOSTA DE NOVOS RUMOS NORMATIVOS

No Brasil, no início do século XXI, vigora a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (2004/2007), elaborada pelo Departamento de Ações Programáticas Estratégicas do Ministério da Saúde, cujo objetivo específico é promover a atenção obstétrica e neonatal qualificada e humanizada, incluindo a assistência ao abortamento.

Em 1994, o *Alan Guttmacher Institute* publicou os resultados da investigação sobre o *aborto clandestino* em seis países da América Latina, inclusive o Brasil. São utilizadas diversas técnicas para interromper a gravidez, incluindo também uma ampla variedade de procedimentos populares praticados pelas próprias mulheres ou por pessoal não capacitado, que resultam em sérios riscos à saúde, levando muitas vezes ao óbito materno.

Os resultados mostram que houve uma *redução* de 38% no número de abortamentos induzidos no Brasil: de 1.455.283 abortamentos induzidos em 1992 para 1.066.993 em 1996, mantendo-se neste patamar até 2005 (1.054.242 abortamentos induzidos). A grande maioria (3 em cada 4 em 2005) destes *abortamentos induzidos* ocorreu nas regiões Nordeste e Sudeste. A grande maioria (3 em cada 4 em 2005) das internações no SUS por abortamento ocorreram nas duas grandes regiões com maior população, Nordeste e Sudeste. Observa-se, no entanto, que enquanto houve uma redução de internações nas três regiões mais populosas (mas com menores taxas de crescimento), o número de internações na Região Centro-Oeste permaneceu praticamente o mesmo, e cresceu na Região Norte. Estas diferenças na evolução das internações por abortamento podem ser explicadas pelo ritmo mais rápido de crescimento da população feminina de 15 a 49 anos na Região Norte, que aumentou 59% de 1992 a 2005. Nas outras regiões, este crescimento foi de 47% na Região Centro-Oeste, cerca de 30% nas Regi-

ões Nordeste e Sudeste, e de 26% na Região Sul. Observamos uma diferença regional importante, sendo o risco de abortos induzidos por mulheres de 15 a 49 anos nas Regiões Nordeste e Centro-Oeste maior que o dobro deste risco na Região Sul. Provavelmente, parte destas diferenças pode ser atribuída a uma utilização maior e mais eficaz de *medidas anticoncepcionais* pelas mulheres na Região Sul, o que diminui a ocorrência de gravidezes indesejadas e, conseqüentemente, a necessidade de recorrer à indução do aborto.<sup>1</sup>

Apesar de haver uma *redução no risco* de abortamento induzido, ele é ainda muito alto no Brasil, e apresenta diferenças regionais importantes em consequência da baixa utilização de medidas anticoncepcionais nas Regiões Norte e Nordeste. Tal número já não corresponde à realidade do cotidiano da vida, pois muitas mulheres são atendidas por médicos particulares ou omitem a causa de suas internações. As mulheres de classes econômicas menos favorecidas não podem recorrer às clínicas clandestinas e fazem abortos de maneira perigosa, nunca completo. As complicações mais graves resultam em punir a paciente no ciclo reprodutivo, em virtude de graves infecções. A falta de assepsia de alguns métodos, como a introdução de talo de mamoeiro e agulhas de tricô no útero, geram a disseminação de bactérias que causam inflamação das trompas e ocasionam a esterilidade. Quando fica mais grave o quadro, às vezes são levadas à histerectomia.

De outro lado, as pacientes são levadas a um quadro depressivo, aumentando a possibilidade do cometimento do suicídio pelo sentimento de perda aliado a decisão de abortar, acompanhada de dúvidas e de incertezas.

Dentro do campo da legalidade, há poucos hospitais públicos que realizam o aborto legal. De um lado, temos o retardo da documentação necessária autorizativa para a *comprovação do estupro* e o *prazo legal de segurança* para a interrupção da gravidez, nos primeiros três meses de gestação. De outro, a recusa dos médicos

---

<sup>1</sup> Mario Francisco Giani Monteiro e Leila Adesse, “Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005)”, in XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP, realizado em Caxambu, Minas Gerais, Brasil, de 18-22 de Setembro de 2006, com financiamento da Área Técnica de Saúde da Mulher, Ministério da Saúde.

por crença religiosa ou ética. Só quando há risco de vida para a mulher é mais fácil vencer tais barreiras burocrático-religiosas.

As tentativas dos *grupos feministas* e dos *penalistas de vanguarda* encontram no Brasil ainda fortes barreiras conservadoras ligadas à posição da Igreja, mantendo uma atitude de desigualdade socioeconômica perante a *lei*. Enquanto as mulheres pobres são objeto de “curiosas”, as de condição socioeconômica média e alta se internam em clínicas particulares, sem risco de vida, sem o alcance penal, e os honorários médicos são objeto de desconto no imposto de renda de seus maridos ou companheiros. As *feministas* radicais advogam o *direito de abortar* com base na licitude da propriedade, na *liberdade do próprio corpo* e na *livre determinação de procriar*, reflexo direto do *direito de intimidade*.

O governo brasileiro adotou uma política correta no plano do ser, a fim de evitar o crescimento das taxas de abortamento, com um programa amplo de *planejamento familiar*, incluindo a educação sexual nas escolas de primeiro e segundo graus, assistência pré-natal, orientação às mulheres sobre métodos contraceptivos, e colocando à disposição da população, principalmente das áreas carentes, anticoncepcionais, diafragmas, dispositivos intrauterinos, “camisinhas” e informações sobre métodos naturais e até ligadura de trompas, o que fez reduzir o número de abortamentos. É certo que em uma visão democrática, o *planejamento* depende da *livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. O aborto traz graves riscos à saúde física e psíquica da mulher, como hemorragia, choques causados pela anestesia, além das sequelas em razão de intervenções malfeitas, sem qualquer cuidado higiênico. Constitui princípio constitucional fundamental a *dignidade da pessoa humana* e, nas relações internacionais, o Brasil rege-se pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*. Delegações de 180 países aprovaram uma proposta brasileira em relação ao aborto, chegando a um consenso de última hora sobre o tema na Conferência sobre a População da ONU (1999). O texto diz que os sistemas de saúde pública “*devem treinar e equipar pessoal da área de saúde e tomar outras medidas para garantir a realização*

*de abortos seguros e acessíveis*” nos países onde a interrupção da gravidez seja considerada legal. A menção ao assunto faz parte da redação final do documento sobre a população mundial a ser ratificado pela Assembleia Geral da ONU. É, acima de tudo, uma questão de cidadania, de viver com dignidade e ter controle sobre a própria vida sexual e reprodutiva.

A nossa posição é na direção da evolução das legislações contemporâneas de *legalização* da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras *doze semanas*, estabelecendo-se o *período de reflexão*, destinado a proporcionar o *acesso à informação* e à *decisão livre e consciente*, após *consulta* obrigatória ao órgão oficial de aconselhamento, garantida a sua realização em tempo útil, observado o dever de sigilo e assegurado aos médicos o *direito à objeção de consciência*. É uma questão de saúde pública na direção de garantir à mulher o próprio controle de sua fertilidade, saúde e futura prole, o que não deixa de ser uma questão abarcada pelos direitos humanos.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) indica a opção pelo fortalecimento da democracia no que tange à igualdade econômica e social, razão pela qual, após a consulta à sociedade civil, ampliando e dando visibilidade à discussão temática, poderíamos adequar a legislação pátria à modernidade normativa contemporânea, atendendo aos reais postulados de um Estado social e democrático de Direito. 📄