

O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Keila Lacerda de Oliveira Magalhães

Advogada, com recém aprovação na OAB/PB e com estágio profícuo e conceituado escritório de advocacia.

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, na qual participou de Projeto de Pesquisa nomeado: “Globalização e Contratos: Análise e Gestão de Novas Formas de Risco Contratual”.

RESUMO

O artigo retro expressa como o aborto é tratado no Código Penal Brasileiro, perpassando por dizeres do Direito Civil e Constitucional, culminando com algumas considerações a respeito da descriminalização do aborto, seus argumentos e implicações no mundo dos fatos. Iniciou-se o estudo pela terminologia da palavra aborto. Em seguida, fez-se um apanhado histórico sobre a evolução da mensuração da ilicitude decorrente da prática abortiva, para se chegar à forma como o delito em comento é disciplinado no Código Penal Brasileiro, bem como às modalidades do aborto e às discussões atinentes à sua legalização.

Palavras-chave: Aborto. Legalização. Descriminalização. Penal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva abordar alguns aspectos do aborto no direito brasileiro, a fim de despertar a reflexão acerca de sua criminalização. Até que ponto o ordenamento jurídico protege a vida? Será que, por uma política de saúde pública, deixar-se-á de proteger na esfera penal a vida humana intra-uterina, enquanto que as árvores e animais ganham espaço de proteção no âmbito criminal.

O ABORTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA DESCRIMINALIZAÇÃO

1.1 Conceito

Fernando Capez (1) define aborto como “ a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina”¹. No entendimento de Mirabete (2): “Sendo dissolvido o produto da concepção, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou mesmo que a gestante morra antes da sua expulsão, não deixará de haver, no caso, o aborto.”²

Guilherme Nucci (3), em seu Código Penal Comentado expressa que aborto é “a cessação da gravidez, cujo início se dá com

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. V. 2. São Paulo:Saraiva,2004.P.108.

²MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.p. 93

a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.³

Aníbal Bruno (4) leciona: “Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto”⁴

No ensinamento de Frederico Marques (5): “Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.”⁵

Depreende-se dos conceitos supra que o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, implicando na morte da vida intra-uterina. O crime em comento está tipificado no Código Penal Brasileiro (arts. 124 a 128) e tem causado muitas discussões, haja vista haver movimentos sociais que militam pela descriminalização do mesmo.

1.2 Breve Histórico

Fazendo um apanhado histórico, nota-se que a Lei das XII tábuas não cuidava do aborto, isso porque a vida concebida no útero da mãe era considerada mera extensão de seu corpo. Posteriormente, o aborto era visto como uma lesão ao direito do marido à prole, passível de sanção. Com o advento do Cristianismo, a prática do aborto passou a ser de fato reprovada socialmente.

Santo Agostinho, com base nas idéias aristotélicas, defendia que o aborto só era considerado como crime quando o feto recebia alma, o que se julgava ser cerca de quarenta e oito dias após o início da concepção. Já São Basílio, segundo Fernando Capez (6),

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo:Saraiva, 2009. P.629

⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.p. 160.

⁵ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*.v.IV Campinas: Milenium , 1999. P.183.

“não admitia qualquer distinção, considerando o aborto sempre criminoso”.⁶

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não considerava como crime a interrupção da gravidez voluntária, com óbito do feto, praticada pela própria gestante, tipificando tão somente os atos de terceiro que realizasse o aborto, com ou sem o consentimento da genitora.

Já o Código Penal de 1890 criminalizou o aborto provocado pela própria mãe. Em 1940, o atual Código Penal trouxe como tipos penais: o aborto provocado (art. 124), em que a gestante é a responsável pela conduta criminosa; o aborto consentido (art. 126), que ocorre quando aquela concorda com a prática reprovável, bem como o aborto sofrido (art. 125), que se estabelece quando um terceiro efetiva o delito sem o consentimento da *mater*.

Ante as diversas opiniões e mensurações de ilicitude, ao longo da história, no que tange ao aborto, fato é que nunca a medicina esteve em grau tão avançado, ao ponto de se poder acompanhar cada etapa do desenvolvimento da vida intra-uterina e a partir daí se concluir que impossível contrapor a ciência no que tange a constatação de que há vida humana autônoma no interior do ventre da genitora. Não se admite mais a concepção jurídica romana de que o feto é parte das vísceras da mulher, ou um *monstrum*, em caso de ter alguma deficiência.

1.3 Algumas formas de aborto

a) Aborto terapêutico ou necessário

⁶CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. V. 2. São Paulo:Saraiva,2004.P.109.

Trata-se da cessação da gravidez realizada por recomendação médica em caso de risco de morte da gestante, estando previsto no art. 128, inciso I, do Código Penal Brasileiro. Na verdade, é aplicada, na hipótese descrita, a excludente de ilicitude do estado de necessidade.

b) Aborto sentimental ou humanitário

Neste caso, a lei autoriza, no art. 128, inciso II, do Código Penal Brasileiro, a interrupção da gravidez se a mulher for vítima de estupro. Aí o legislador optou por acolher o direito à dignidade e qualidade de vida futura da mãe, em detrimento do direito à vida do feto.

c) Aborto eugênico ou eugenésico

Esta modalidade abortiva é realizada para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos, sendo altamente controvertido na doutrina e jurisprudência o posicionamento sobre se se trata ou não de crime.

d) Aborto econômico-social

No Brasil, muitas mães não têm condições sócio-econômicas de cuidar dos seus filhos, assim, muitos defendem que nesses casos a melhor solução seria a prática abortiva.

1.4 Legalização do aborto no Brasil

Muito se discute hodiernamente sobre a descriminalização do aborto no Brasil. Os argumentos a favor alegam que é uma

questão de saúde pública, política estatal, controle familiar e autonomia das mulheres, sendo mais viável permitir o aborto que deixar mais uma criança pobre ou com uma família desestruturada vir ao mundo.

Esquecem, porém, os adeptos a essa corrente que o preço desse intento abortivo geraria uma imensa chacina de vidas inocentes, que, por uma questão de tempo e nutrição, não dispõem dos meios necessários para sua defesa, não sendo justo, nem constitucional, que, por isso, tenham o seu direito de nascer ou morrer nas mãos de outrem, o qual, na maioria dos casos, tem a oportunidade de utilizar-se dos métodos contraceptivos disponíveis na sociedade.

Ademais, esse entendimento não merece prosperar, tendo em vista haver outras inúmeras formas de realizar políticas estatais de planejamento familiar, disponibilizando, na rede de saúde pública, aqueles métodos anticoncepcionais, bem como conscientizando a população sobre a importância de somente conceber um filho quando há uma mínima estrutura para recebê-lo e educá-lo, vez que os pais são os responsáveis legais pela assistência e desenvolvimento psico-social dos filhos.

Argumentam ainda os defensores do aborto que o Estado deve ser laico e que a criminalização do aborto se dá por pressão das facções religiosas que acreditam que a vida inicia-se com a concepção. Neste ponto, comete esse segmento, no mínimo, um erro essencial, posto que, na própria medicina, há correntes que defendem, com os devidos arrimes científicos, que a vida inicia-se no momento em que o embrião se instala no útero, a chamada nidação.

Cabe aqui mencionar também que a Constituição garante o direito à vida a todos e esse direito não pode ter interpretação restritiva à vida extra-uterina, haja vista a interpretação ampla que

engloba os direitos fundamentais. Tanto é verdade que o próprio Código Civil, influenciado por este entendimento, retrata em seu art. 2º que a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro.

Insta evidenciar que Teixeira de Freitas (7)⁷ leciona que não há que se falar em “pessoas futuras”, haja vista já haver vida humana no ventre materno, “*in utero sunt*”.

Sendo assim, não há ficção alguma, por exemplo, no pedido de Habeas Corpus nº 0000869, de 25 de novembro de 1991, concedido pelo STJ (8) em favor do nascituro de mãe que estava presa, bem como nos alimentos gravídicos, fruto de inovação legislativa no ano de 2009, com a lei 11.804/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto e fundamentado, resta ressaltar que descriminalizar o aborto, por mais plausíveis que pareçam ser os argumentos embaixadores, significaria desproteger as vidas humanas que mais precisam do manto penal, haja vista não terem capacidade de expressar seu sofrimento, nem de defender seu direito inalienável mais elementar, a vida.

Desta forma, percebe-se que o problema de saúde pública que se instala no tocante aos abortos clandestinos deve ser resolvido de outras formas, com políticas de planejamento familiar e controle contraceptivo, de modo a não interromper vidas, discriminando-as, por se encontrarem no ventre materno, fazendo-as serem punidas, com a pior das penas, a morte, por um erro da sociedade ou dos próprios pais que não tomaram as medidas necessárias com vistas a evitar uma gravidez indesejada.

⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Código civil* esboço. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.P.53

REFERÊNCIAS

- (1) CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. V. 2. São Paulo:Saraiva,2004.P.108.
- (2) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 2.p. 93
- (3) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo:Saraiva, 2009. P.629
- (4) BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.p. 160.
- (5) MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.v.IV* Campinas: Milenium, 1999. P.183.
- (6) CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. V. 2. São Paulo:Saraiva,2004.P.109.
- (7) TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Código civil* esboço. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa
- (8) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus nº 0000869, de 25 nov. 1991. *Diário de Justiça*, Rio de Janeiro, 13 abr. 1992, p. 05005