



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ZILDIMERY CRISTINE VIEIRA PEDROSA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO
JURÍDICO DADO AO ABORTO EUGÊNICO

SOUSA - PB
2011

ZILDIMERY CRISTINE VIEIRA PEDROSA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO
JURÍDICO DADO AO ABORTO EUGÊNICO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professora Dr. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

SOUSA – PB
2011

ZILDIMEIRY CRISTINE VIEIRA PEDROSA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO
ABORTO EUGÊNICO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª Olindina Ioná da Costa Lima Ramos.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: 30/05/2011

Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

Prof^ª Orientadora

Marcia Glebyane Maciel Quirino

Examinador Interno

Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Examinador Externo

Dedico este trabalho a todos que sempre estiveram ao meu lado me apoiando e incentivando, dando-me forças para a realização de mais um sonho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por ter me proporcionado saúde, tranquilidade e inteligência para desenvolver este trabalho.

A minha família, que não mediu esforços para que eu chegasse até aqui. Especialmente os meus pais, pela fé e confiança que me motivaram.

Aos meus irmãos, Zilmara, Zildete e Zildivan, por estarem sempre presente nos momentos mais importantes da minha vida.

Aos meus professores, em quem tive fonte de aprendizado não só para a carreira jurídica, como também para a vida.

Aos meus amigos de turma, pelo convívio, apoio e principalmente pela troca de experiências e conhecimentos.

A minha tia Francisca pelo apoio e oportunidade concedidos para que eu trilhasse o caminho dos estudos.

A minha orientadora, pela ajuda e paciência, necessários para a conclusão desse trabalho acadêmico.

Uma grande vitória só é possível se precedida
de pequenas vitórias sobre nós mesmos.

(Leonid M. Leonov)

RESUMO

O avanço tecnológico das ciências médicas tem proporcionado um diagnóstico precoce e seguro das malformações fetais que inviabilizem a vida extrauterina e com isso ganha respaldo no âmbito jurídico e social a necessidade de legalização do aborto do tipo eugênico, particularmente nos casos de anencefalia. O aborto eugênico, que é aquele praticado quando há inviabilidade de vida extrauterina do nascituro, não é permitido na legislação brasileira sendo sua autorização concedida excepcionalmente. O aborto nos casos de anencefalia representa a maioria dos casos de aborto eugênico. A anencefalia, segundo as ciências médicas, caracteriza-se por ser uma das malformações do sistema nervoso central que leva ao óbito quando ainda no útero ou logo após o nascimento. O presente trabalho tem como objetivo discutir a necessidade de legalização do aborto eugênico em face do princípio da dignidade humana e o tratamento jurídico dado até então a prática de tal conduta, bem como, descrever quais os prejuízos decorrentes da omissão legislativa em relação a esse tipo de aborto no que tange à mulher. O método de abordagem aplicado na realização do trabalho foi dedutivo estudando-se primeiro alguns princípios fundamentais dos seres humanos para em seguida defender o aborto eugênico com base nesses princípios. Na pesquisa empregou-se o método e a técnica de pesquisa documentação indireta, utilizando uma vasta bibliografia acerca da possibilidade de aborto quando houver impossibilidade de vida extrauterina. Enfim, entendeu-se que o bem maior a ser protegido diante de uma situação de anomalia fetal letal é a dignidade da mulher gestante em face da vida efêmera do anencéfalo. Assim, a legalização do aborto eugênico é causa urgente a ser solucionada, pois se trata de um exercício regular de direito e sua omissão traz consequências que violam a dignidade da pessoa humana a exemplo da saúde, liberdade e autonomia da mulher gestante, assim como insegurança jurídica e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito, o qual é laico.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Aborto eugênico. Anencefalia. Legalização.

ABSTRACT

Technological advances in medical science has provided a safe and early diagnosis of fetal malformations that can not be extrauterine life and thus gain support in the legal and social need for the legalization of abortion type of eugenics, particularly in cases of anencephaly. The eugenic abortion, which is the one practiced when there is unavailability of extrauterine life of the unborn child is not allowed under Brazilian law is exceptionally granted its approval. Abortion in cases of anencephaly represents the majority of cases of eugenic abortion. Anencephaly, according to the medical sciences, characterized by being one of malformations of the central nervous system that leads to death while still in utero or shortly after birth. This paper aims to discuss the need to legalize eugenic abortion in the face of the principle of human dignity and the legal treatment of the hitherto practice of such conduct and, which describe the negative effects of legislative omission in relation to such abortion in relation to women. The method of approach applied in work performance was the deductive first studying some fundamental principles of human beings to defend then eugenic abortion based on these principles. In the survey used the methodology and technical research literature and jurisprudence, using a vast literature on the possibility of abortion where it is impossible to extrauterine life. Anyway, it was found that the greater good to be protected before a lethal fetal anomaly situation is the pregnant woman's dignity in the face of life's ephemeral anencephalic. Thus, the legalization of eugenic abortion is an urgent issue to be resolved, because it is a lawful exercise of duties and their omission has consequences that violate human dignity such as health, freedom and autonomy of a pregnant woman as well as uncertainty Legal and disrespect for democratic rule of law, which is secular.

Keywords: Human dignity. Eugenic abortion. Anencephaly. Legalization.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA | 13 |
| 2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA | 13 |
| 2.2 O PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA | 16 |
| 2.3 COLISÃO DOS PRINCÍPIOS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À VIDA | 20 |
| 2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA | 22 |
| 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ABORTO E A SUA CRIMINALIZAÇÃO | 24 |
| 3.1 CONCEITO DE ABORTO E PRECEDENTES HISTÓRICOS | 24 |
| 3.2 NATUREZA JURÍDICA E CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO | 27 |
| 3.3 FORMAS DE ABORTO E CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE | 28 |
| 3.4 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO INTERNACIONAL | 33 |
| 4 ABORTO EUGÊNICO E ANENCEFALIA: TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 38 |
| 4.1 CONCEITO DE ABORTO EUGÊNICO E ANENCEFALIA | 38 |
| 4.2 DADOS ESTATÍSTICOS DO ABORTO | 41 |
| 4.3 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS | 44 |
| 4.4 POSICIONAMENTO DO STF E AADPF 54 | 50 |
| 5 A NECESSIDADE DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SOLUÇÕES JURÍDICAS AVENTADAS | 53 |
| 5.1 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS ORIUNDAS DA NÃO LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO | 53 |
| 5.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO | 55 |
| 5.3 SOLUÇÕES JURÍDICAS AVENTADAS | 57 |
| 6 CONCLUSÃO | 62 |
| REFERÊNCIAS | 64 |
| ANEXO A - ABORTO NO BRASIL: UMA PESQUISA DOMICILIAR COM | |

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico das ciências médicas tem proporcionado um diagnóstico precoce e seguro das malformações fetais que inviabilizem a vida extrauterina e com isso ganha respaldo no âmbito jurídico e social a necessidade de legalização do aborto do tipo eugênico, particularmente nos casos de anencefalia.

As discussões sobre aborto englobam assuntos complexos e dinâmicos como, por exemplo, quando se dá o início da vida humana, os direitos do nascituro, o princípio da dignidade humana e a relativização da vida e a questão da descriminalização da prática do aborto.

O aborto eugênico, que é aquele praticado quando há inviabilidade de vida extrauterina do nascituro ou ainda quando a criança tem a possibilidade de sofrer graves deformidades, não é permitido na legislação brasileira, sendo sua autorização concedida excepcionalmente por alguns juízes a mercê de interpretações diversas.

O aborto nos casos de anencefalia representa a maioria dos casos de aborto eugênico. A anencefalia, segundo as ciências médicas, caracteriza-se por ser uma das malformações do sistema nervoso central. Em decorrência dessa anomalia, o anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico ou parte dele, mantém algumas funções vitais vegetativas. É uma anomalia que leva ao óbito quando ainda no útero ou logo após o nascimento, e é muito comum ocorrendo pelo menos uma vez em cada 1000 nascimentos.

A omissão do ordenamento no que tange à descriminalização do aborto eugênico e o desrespeito ao princípio da dignidade humana em face da imposição de uma gravidez frustrante, de uma dor física e psicológica sem nenhuma esperança de vida é o tema central que esse trabalho busca abordar.

Assim, há de se perguntar se é possível realizar a antecipação de parto em casos de inviabilidade extrauterina de fetos, particularmente anencéfalos, sem ferir o direito à vida. E será que a falta de positivação da lei no que tange a essa situação não implica em uma burocratização e um desrespeito ao princípio da dignidade humana. Além disso, quais as implicações que a falta de uma abordagem

mais específica do assunto vem causando dentro da saúde pública e dentro do âmbito jurídico.

A escolha do tema em epígrafe é justificada juridicamente por ser de importância relevante dentro dos direitos humanos, particularmente no que tange ao direito à vida. Assim, por relativizar esse direito e envolver princípios nobres como a dignidade da pessoa humana, faz-se jus que se discuta melhor o assunto no afã de fortalecer argumentos plausíveis em prol da legalização desse tipo de aborto. Em termos acadêmicos é interessante que o estudante de Direito, futuro aplicador do direito, tenha um conhecimento mais apurado em relação a tal temática, no intuito de que, diante de um caso concreto, possa de forma coerente dirimir a questão sem que prejudique um direito tão fundamental quanto este que buscamos defender.

No contexto social, o tema foi escolhido por se tratar de uma discussão polêmica e frequente, que envolve entendimentos de diversas naturezas. Interpretações oriundas do âmbito da saúde, do direito e da religião que se confrontam e prejudicam a atuação jurisdicional no caso concreto e dão ensejo a manifestações por uma definição legal capaz de apaziguar os conflitos frequentes nesta seara.

Os objetivos alvitados para este trabalho foram discutir a necessidade de legalização do aborto eugênico em face do princípio da dignidade humana e o tratamento jurídico dado até então a prática de tal conduta; descrever quais os prejuízos decorrentes da omissão legislativa em relação ao aborto eugênico para a sociedade; avaliar como o sistema jurídico brasileiro trata o assunto, particularmente os casos de aborto anencefálico, demonstrando como os juízes decidem em tais casos e como o STF vem se posicionando sobre o assunto; estudar as principais teorias que advogam a favor da prática desse tipo de aborto e que fundamentos elas utilizam.

No intuito de fornecer todo o suporte teórico para que se possa enriquecer a pesquisa a ser realizada, utilizar-se-á o método dedutivo, o qual consiste na construção de conjecturas submetidas à discussão crítica com o fim precípuo de atingir uma verdade provável. Assim, adentra-se nos princípios fundamentais do direito humano para logicamente, em seguida, tratar especificamente do direito ao aborto no caso de inviabilidade extrauterina.

A pesquisa desenvolver-se-á mediante o emprego do método e a técnica de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, pois será utilizada e analisada uma vasta

bibliografia acerca da possibilidade de antecipação de parto quando houver impossibilidade de vida extrauterina.

Para desenvolver essa ideia central, esse trabalho monográfico foi estruturado em quatro capítulos: No primeiro capítulo será feito uma abordagem dos princípios constitucionais da dignidade da vida humana e o direito à vida, a colisão destes princípios e a possibilidade de solucionar esse conflito usando a ponderação de interesses entre eles.

Passando para o segundo capítulo ter-se-á um estudo sobre o conceito de aborto, suas espécies, seus precedentes históricos, como essa conduta é criminalizada no Código Penal brasileiro e como a legalização do aborto é acolhida no âmbito internacional.

Em seguida, no terceiro capítulo, far-se-á uma análise dos conceitos de aborto eugênico, anencefalia, enfatizando o posicionamento crítico dos estudiosos quanto ao termo eugênico. Também será exposto os dados estatístico do aborto no Mundo e no Brasil e analisado a jurisprudência acerca do assunto e o posicionamento do STF diante da ação de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF em relação ao aborto de anencéfalos.

No quarto e último capítulo será abordado os prejuízos jurídicos e sociais decorrentes da não legalização do aborto eugênico, será também consignado a importância do princípio da dignidade da mulher gestante na situação em tela frente ao direito à vida intrauterina do nascituro. O princípio da dignidade humana será lapidado em relação aos aspectos da saúde, autonomia e liberdade da mulher gestante. E por fim será enunciado as principais soluções jurídicas para tirar da ilegalidade o aborto eugênico.

As conclusões que serão apresentadas certamente darão ensejo a discussões críticas e reflexões sobre o tema. Trata-se de um tema polêmico que não se esgota no direito, mas que é preciso enfrentá-lo no afã de dar tranquilidade a quem mais é prejudicado nesse contexto, a mãe gestante.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA

No Estado Democrático de Direito, não há direito absoluto. Assim o direito à vida, embora pressuposto da existência dos outros direitos, não é intocável. Por vezes esse direito entra em conflito com o princípio da dignidade humana, princípio igualmente consagrado no ordenamento jurídico, quando então, o legislador deve encontrar um ponto de equilíbrio que seja adequado aos valores daquele momento histórico.

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A ideia de que a pessoa humana possui dignidade apresenta suas primeiras manifestações com a ideologia cristã, baseando-se nos valores subjetivos inerentes ao homem.

Na idade Média, Tomás de Aquino foi o primeiro a utilizar a expressão *dignitas humana*. No nascer da idade Moderna e do movimento renascentista concebeu-se a ideia da dignidade da existência humana baseada no potencial intelectual que o homem possui em relação aos outros seres (COSTA O. 2007, p.2).

Nos séculos XVII e XVIII, a ideia de dignidade da pessoa humana passou a ser analisada de maneira racional, deixando para trás a influência do pensamento jusnaturalista no qual a dignidade emanava diretamente da condição de ser humano. A nova concepção de dignidade tem a natureza humana como pressuposto para que o homem seja possuidor de direitos e que estes sejam respeitados, partindo da ideia de que por ser a natureza humana uma característica inerente a todos os homens, logo todos são iguais (PENA, 2006, p.26).

A abordagem do princípio da dignidade humana cresceu em importância após a II Guerra Mundial em resposta aos notórios fatos de tratamento desumanos a que foram submetidos os judeus e outras minorias perseguidas pelos nazistas. Este momento foi o marco para a positivação do princípio da dignidade humana. A partir daí sentiu-se a necessidade de formular um conceito legal, o qual foi consagrado em

algumas constituições e de maneira especial veio a ser exposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que aduz em seu art. 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A dignidade da pessoa humana foi adotada como princípio constitucional em diversos países, denotando que esse preceito tem importância significativa no âmbito internacional.

Na Alemanha, por exemplo, sua Carta Constitucional menciona que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais” (art.1, n.1). Portugal também acolhe esse princípio em sua lei maior, ao dizer em seu art.1º que “Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A lei fundamental da Espanha também adota tal princípio quando assevera que “a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social” (GONÇALVES, 2009, p.449).

No que diz respeito ao direito constitucional brasileiro, o princípio da dignidade humana foi expressamente inserido no inciso III, do artigo 1º da Carta Constitucional de 1988, refletindo um descontentamento em relação ao período anterior no qual o Estado infringiu todos os direitos concernentes ao indivíduo, principalmente no período da ditadura militar. Ele é um princípio basilar que orienta todos os demais princípios e como preleciona Vaz (2007; p.195) é referido na doutrina como epicentro axiológico da Constituição, aliás, de qualquer ordenamento em cujo vértice esteja a pessoa.

Enfim, tamanha é sua relevância que veio disposto no topo da lei maior, em seu artigo 1º.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III-a dignidade da pessoa humana;

[...]

O princípio da dignidade humana assim como o direito à vida encontra alguns obstáculos no campo conceitual, visto que são de natureza extremamente abstrata, permitindo diversas considerações, definições e enfoques (TAVARES, 2007, p. 508).

Entretanto verifica-se que a doutrina e a jurisprudência, notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade, cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar na descrença por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade.

Para Alexandrino (2009, p.33):

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.

Como bem preleciona Carolina Alves de Lima (2009; p.23), O art. 1º, ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro revela o fundamento e a essência do próprio direito, que é servir ao homem para que ele tenha uma vida digna. Já a dignidade da pessoa humana configura valor supremo, uma vez que é atributo de todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, idade raça, religião, classe social etc

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2000, p. 60),

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Já Sarlet (2002, p.62), entende que a dignidade da pessoa humana,

É a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda vale salientar que, hodiernamente, muitos doutrinadores consideram que o princípio da dignidade é o princípio absoluto do direito, que faz com que todos os outros a ele devam obediência irrestrita. Assim, no conflito entre princípios ele prevalece tendo em vista sua essencialidade (TAVARES, 2007, p. 515).

Em suma, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana é o respeito devido à vida humana e o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo necessário à existência do homem; a proteção à pessoa em seus direitos inerentes e inalienáveis bem como a completa atenção no que tange aos meios imprescindíveis para o desenvolvimento pleno do indivíduo, pressupondo assim a não imposição de condições subumanas de vida. A dignidade humana é um princípio áureo que deve irrestrita observância por parte de todos os que compõem a sociedade.

2.2 O PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA

A discussão acerca da vida envolve aspectos de natureza religiosa, biológica, filosófica, bem como, jurídica. Assim há de se fazer uma distinção lógica do que seja vida e direito à vida.

Vida é a primeira qualidade atribuída ao ser humano, é um bem de extrema importância e dada a sua complexidade constitui um dos temas mais debatidos no campo biológico-científico, bem como no âmbito jurídico.

Vida constitui uma condição inerente a pessoa humana e seu início é amparado conceitualmente no campo das ciências biológicas apresentando-se de forma bastante controversa neste meio.

A abordagem do início da vida dentro da biologia engloba diversos entendimentos, entre eles o de que a vida humana começa na fertilização ou

concepção, visão adotada pela igreja católica (visão genética). A visão embriológica diz que a vida tem início na 3ª semana de gestação, quando é estabelecida a individualidade humana. Por sua vez, a visão neurológica entende que o princípio da vida acontece quando o feto apresenta atividade cerebral.

Entretanto prevalece o entendimento de que o início da vida dá-se com a concepção com bem defende Moore (2000, p 13) em seu tratado de embriologia clínica:

O desenvolvimento humano inicia-se com a fecundação, quando um gameta masculino, ou espermatozoide, se une ao gameta feminino, ou ovócito, para formar uma única célula, o zigoto. Esta célula totipotente e altamente especializada marca o início da vida de cada um de nós como indivíduo único.

No âmbito jurídico, cabe apenas dá o enquadramento legal de quando se começa e termina a proteção do bem da vida e com qual abrangência se faz isso.

A vida é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da concepção, em decorrência do Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário desde 1992, que tutela a vida desde aquele momento como bem preceitua o seu art. 4º, inciso I, vejamos:

Art. 4º - Direito à vida:

I- Toda pessoa tem o direito 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.

Assim, apesar de todas as divergências médicas e biológicas no que tange ao início da vida, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o momento da concepção como marco de proteção constitucional (LIMA, 2009, p.42).

O Direito à Vida é um dos direitos individuais mais importantes dentro do ordenamento, ele é expressamente previsto na Constituição de 1988 em seu artigo 5º.

Art.5º Todos são iguais perante a lei, (...) 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: (grifamos).

Através da análise deste artigo ficam evidentes alguns aspectos importantes. Ao consagrar o Direito à vida a Constituição não faz distinção entre a vida intra e extra uterina; além disso, não diferencia a proteção à vida humana, que se inicia com a fecundação, seja ela natural ou artificial, não havendo diferença entre as sucessivas etapas embrionárias.

Também na mesma carta, define o artigo 227, in verbis:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O direito à vida, previsto no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna (LENZA, 2009, p. 678).

O direito à vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente (MORAES, 2006, p.30).

A proteção constitucional da vida humana abrange muito mais do que a vida biológica. O Estado está incumbido de dar ampla proteção a vida do ser humano o que pressupõe também o respeito à uma vida digna abrangendo tanto os direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem estar psíquico e social.

Neste diapasão cabe então referendar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (ADI 3510), a qual trata do início da proteção jurídica do direito à vida.

O STF, por maioria dos votos, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator. No que se refere ao âmbito jurídico o Ministro do STF

asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), aos "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, b), ao "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III) e aos "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria 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, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

Considerou, também, o Ministro, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada.

Assim ficou consignado pelo Supremo Tribunal Federal que a proteção jurídica é dada para aqueles que tenham condições de sobreviverem ao parto, ou seja, não é puramente a combinação de gametas capaz de transformar um indivíduo sujeito de direitos e de proteção jurídica do Estado, respeita-se portanto a teoria natalista, a qual considera que o início da personalidade jurídica inicia-se no nascimento com vida.

Desta forma, é de suma importância respeitar essa decisão, assim como todas as outras emanadas desta corte constitucional, visto que trata-se de um tribunal de grandes causas que definem os rumos da cidadania, da sociedade e dos direitos fundamentais. Diante de tal acórdão O STF e as supremas cortes, assim como os juízes de um modo geral, criam direito, não se limitando a reproduzir ou respeitar nos julgamentos, os textos legais.

2.3 COLISÃO DOS PRINCÍPIOS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À VIDA

Antes de adentrar no âmbito desta discussão é importante que se estabeleça uma reflexão acerca do sentido axiológico do princípio dentro do ordenamento jurídico e melhor abordagem não há que a dada por Celso Bandeira Antônio de Melo (2004, p.841).

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os princípios assumem, no ordenamento jurídico, funções essenciais como: função hermenêutica, onde é fornecida a pauta de valores nas quais o intérprete deve se basear para solução das questões mais controvertidas, também, na ausência de regras cuidando da hipótese, os princípios podem exercer a função de normas de conduta, regulando imediatamente o comportamento de seus destinatários. Além disso, podem desempenhar uma função argumentativa na medida em que permite dar cunho legal a uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas o desenvolvimento, integração e complementação do direito.

É de substancial importância a distinção de princípios e regras uma vez que não há consenso para as limitações dos direitos fundamentais diante de uma colisão entre eles. Assim a distinção entre regra e princípio faz-se necessária já que os princípios, de acordo com Robert Alexy apud Oliveira (2009, p. 29) são comandos de otimização, ordenando que algo seja realizado na sua melhor medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Já as regras contêm comandos definitivos, podem ou não serem cumpridas e, por isso, não há diferentes graus em sua aplicação.

Dessa forma, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas consequências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma “calibragem” entre princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro.

Nesse diapasão o simples fato de os princípios constituírem um sistema aberto já instiga a existência de tensão entre conflitos dentro da dinâmica jurídica. É o que costuma denominar-se de colisão de princípios.

E como assevera o doutrinador Paulo Bonavides (2001, p.469):

A constituição é em si mesma um repositário de princípios às vezes antagônicos controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até pelo aspecto técnicos na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime (...) que fazem enfim da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, o método e os sentimentos da época.

Partindo-se desse entendimento é possível concluir que não há como fugir desses conflitos de normas constitucionais, pois, os mesmos se originam da própria natureza da constituição que reúne interesses diversos, os quais nem sempre se harmonizam, visto que provenientes de uma sociedade pluralista representativa de vontade política de classes sociais antagônicas.

Cabe aqui tratar do confronto entre os princípios dignidade da pessoa humana e o direito à vida visto que os mesmos estão presentes em diversas situações. Todos concordam que as pessoas têm o direito de viver com dignidade. Entretanto um número incontável de pessoas vivem sem dignidade. Isto fica evidente nos casos de doentes que estão vivendo apenas com ajuda de aparelhos médicos sofisticados ou portadores de câncer que sofrem dores terríveis, sem nenhuma possibilidade de cura, sempre abrindo-se a discussão sobre a eutanásia, que seria a morte de forma digna. Enfim, no Brasil como é adotada a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, diante de tal colisão, prevalece o direito à vida, vez que a eutanásia ainda é proibida no nosso ordenamento. Corrobora com esse entendimento Mario Raposo (2000, p.267), o qual alega que diante de uma colisão entre os referidos direitos fundamentais deve-se prestigiar a vida em

detrimento da dignidade. Já para Brito (2010 p.) a dignidade da pessoa humana, por ser sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles.

Sarlet (2002; p.193) citando o posicionamento do alemão Michael Kloepfer assevera que:

De qualquer modo, é de questionar-se, em face de inequívoca relação (íntima e aparentemente indissociável) entre a vida e a dignidade da pessoa, a própria possibilidade ou, pelo menos, a conveniência, de se estabelecer, em abstrato e previamente, uma hierarquia axiológica entre os valores (e bens jurídicos) vida e dignidade.

Dessa forma, não há como se escolher o princípio axiologicamente mais importante, afastando-se integralmente o outro. Deve-se sim, dar razão a uma resposta juridicamente mais satisfatória e sem apriorismos.

2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA

Por muitos anos a relativização dos direitos fundamentais foi tratada com reserva por grande parte da doutrina, que alega tratar-se de cláusula pétrea, e também pela jurisprudência. Mas, a dinâmica da sociedade contribuiu para o surgimento de novas relações que não encontravam amparo na ordem jurídica. Daí a relativização desses direitos absolutos transformarem-se numa realidade traduzida em normas jurídicas e no entendimento dos tribunais (OLIVEIRA, 2009. p.30).

A relativização de tais direitos, em especial o direito à vida, gera polêmica e vários doutrinadores tentam defender essa relativização. Entre eles, Alexandre de Moraes (2006, p.28), dizendo que os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Assim a forma mais coerente de se solucionar esta controvérsia jurídica encontra amparo na ponderação de interesses, também denominada ponderação de bens e direitos aonde o intérprete aplicará o princípio da concordância prática ou harmonização.

A ponderação de interesses representa a melhor forma de conciliar direitos constitucionalmente protegidos, pondo fim ao conflito. Como não há hierarquia entre direitos fundamentais, deve-se analisar no caso concreto, qual deles deve ceder, e quanto, sem qualquer declaração de invalidade.

Dentro desta celeuma jurídica sem desconsiderar a importância da vida humana discute-se também o fato de a vida ser um bem em si mesmo, ou se ela deveria ser conjugada com outros fatores como por exemplo a existência de uma vida digna.

A relativização da vida encontra ensejo na própria Constituição Federal uma vez que a mesma prevê de forma não usual a pena de morte (inciso XLVII do art. 5º).

No campo infraconstitucional também se permite de forma excepcional, a interrupção da vida, no caso vida intrauterina, ao permitir o aborto do tipo terapêutico e também sentimental.

Evidencia-se, portanto que o direito à vida não é absoluto e sim pressuposto do exercício dos demais direitos albergados pelo ordenamento, igualmente relevantes, devendo ser analisado em cada caso, tendo em vista os princípios em que fundamenta o Estado brasileiro.

Assim diante do conflito entre direitos e princípios assegurados constitucionalmente, deve o legislador encontrar um ponto de equilíbrio que seja adequado aos valores daquele momento histórico.

Data vênia, visto que o princípio da Dignidade Humana norteia todos os outros princípios constitucionais, vida e dignidade devem andar juntos um incidindo no outro, ou seja, vida sem dignidade não é vida.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ABORTO E A SUA CRIMINALIZAÇÃO

Existem vários conceitos de aborto dentro de uma renomada doutrina. Entretanto os conceitos no âmbito médico-legal e no jurídico assumem relevante importância para a sociedade, pois é a partir deles que se discute a criminalização do aborto ou não.

3.1 CONCEITO DE ABORTO E PRECEDENTES HISTÓRICOS

Para a medicina legal aborto é a interrupção da gestação dentro de um lapso de tempo predeterminado. A interrupção da gestação antes de completar 20 semanas ou 139 dias, com a expulsão parcial ou total dos produtos da concepção, com ou sem identificação de embrião ou feto vivo ou morto, pesando menos de 500 gramas. Pode-se dividir em precoce se ocasionada antes de 12 semanas e tardia se ocorrer entre 12 e 20 semanas.

No campo jurídico, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, isto é, aborto é a interrupção da gravidez com intuito de morte do concepto, não fazendo alusão a idade gestacional. Desta forma, reafirmando tal entendimento a doutrina de Mirabete conceitua aborto nos seguintes termos “Aborto é a interrupção da gravidez com destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou do feto (após três meses), não implicando na sua expulsão”.

Também o exímio doutrinador Damásio de Jesus (1998, p.115) compartilha dessa opinião ao definir o aborto da seguinte forma:

Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção) No sentido etmológico da palavra aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de ab, que significa privação, e orthus, nascimento. A palavra abortamento tem mais significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar, esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto é de observar que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo código penal nas indicações marginais das incriminadoras.

Assim, para o âmbito jurídico o critério cronológico é inaplicável pois bastará o aniquilamento do feto em qualquer fase do ciclo gestacional sem que se considere a questão da sua viabilidade do feto. Diferente, portanto, da seara médica, aonde a opinião dos obstetras distingue parto prematuro de aborto. Este seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, enquanto o parto prematuro ocorreria depois dos seis meses, continuando vivo o produto da concepção.

Tendo em vista o exposto percebe-se o quanto é importante fazer essa conjugação entre as condutas jurídicas e médicas jurídicas para um melhor entendimento do que seja aborto.

É relevante também que se faça a distinção entre aborto natural ou espontâneo, acidental e aborto provocado, visto que os primeiros não são punidos pelo ordenamento jurídico e o aborto provocado é punido na sua maioria.

Aborto natural é a interrupção da gravidez por diversas causas que fogem à vontade da gestante, a exemplo de problemas de saúde, más formações fetais. O aborto por acidente decorre de causas externas, não tendo nenhuma ligação decisiva e determinante sobre o fato ocasionado geralmente por queda ou ingestão de substância inadequada e que seja do desconhecimento da gestante o dano que possa vir a ocasionar. Já o aborto provocado, o único destes que pode constituir crime, decorre do *animus* do agente de interromper a gestação e por fim a vida do feto.

O estudo do aborto no que tange aos seus precedentes históricos demonstrou que tal conduta nem sempre foi vista no seu aspecto incriminador. Dependendo na época, dos interesses econômicos, políticos ou religiosos poderia até ser exaltada tal ação.

As mais remotas notícias sobre métodos abortivos datam do sec. XXVIII, AC, na China. Na antiguidade, a regra geral era o aborto não ser punido. Predominava inicialmente a total indiferença do direito em face do aborto. O Direito oriental admitia o aborto sem qualquer penalidade para a mãe ou para o executor do ato. Prática semelhante era defendida entre os hebreus, só passando a constituir crime muito após a lei mosaica (Êxodo 21-22).

O interesse pela questão remonta a Platão (428-347 aC), que, em seu livro *República*, defendia a interrupção da gestação em todas as mulheres, pois acreditava que a alma apenas entrava no corpo no momento do nascimento. No

Estado Ideal de Platão o feticídeo era enquadrado como uma prática regular, bem como o estímulo à contracepção era recorrente no intuito de livrar o Estado de famílias muito numerosas. Aristóteles também defendia o aborto como meio de conter o aumento populacional, fonte inesgotável de miséria (COSTA S, 2007, p.171).

As ideias de Platão e Aristóteles repercutiram durante séculos e serviram de base para alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma Antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente aceita. Assim, não era o aborto incriminado no antigo Direito Romano, pois o feto era considerado parte da mulher ou de suas vísceras. À época da República Romana o aborto foi considerado ato imoral e mais tarde, por sua larga utilização em virtude da vaidade da mulher romana, foi erigido à categoria de crime.

Foi o Cristianismo que alterou profundamente a visão que se tinha a respeito do aborto, surgindo o entendimento segundo o qual o aborto significa a morte de um ser humano.

De um modo geral o cristianismo sempre foi contrário ao aborto. Sempre condenou radicalmente o aborto, até mesmo o terapêutico, aquele para salvar a vida de gestante, uma vez que já dizia São Paulo “não se fará o mal para conseguir o bem”, assim, não se deveria abortar com o fim de salvar a vida da gestante. (TEJO: 1998, p.2)

É importante enfatizar o posicionamento da Igreja católica em virtude dela ter influenciado significativamente as legislações modernas, direta ou indiretamente, no que tange à questão da criminalização do aborto.

No século XIX, no apogeu da revolução industrial, verificou-se a necessidade de um número maior de mão de obra e como essa mão de obra provinha das classes menos favorecidas proibiu-se o aborto por motivos econômicos, assim aumentaria a mão de obra disponível.

Adentrando no século seguinte, mas precisamente na sua primeira metade, as manifestações anti-aborto se processam com todo rigor devido às perdas populacionais decorrentes da primeira guerra a qual afetou a maior parte dos países europeus, exceto a União Soviética. Tal situação refletiu no fato de ser este o primeiro país a desconsiderar o aborto como crime e o primeiro a legalizá-lo.

Após o fim da segunda guerra mundial ainda perdurou a reprovação da prática do aborto. Só nos anos 60 que essa visão foi amenizada, pois a sociedade

vivia transformações substanciais no ramo político-econômico e também surgia uma nova visão de mulher. Há uma forte tendência de grupos feministas defenderem os seus direitos, impulsionando assim o debate para a liberação do aborto.

Atualmente com a maturação desse novo quadro econômico-social e político vários países não mais consideram o aborto provocado até o 3º ou 4º mês de gestação (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, Hungria, Japão, Estados Unidos, Áustria entre outros).

3.2 NATUREZA JURÍDICA E CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

O crime de aborto teve sua tipificação no código de 1940, o qual ainda vigora nos dias de hoje. Ele é enquadrado na parte especial desse código, tipificado no Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo I “Dos Crimes Contra a Vida”.

O aborto é tipificado no código penal como crime quando a interrupção do processo de gravidez de forma violenta, que vai desde a concepção até o início do parto, isto é até o rompimento da membrana amniótica, com conseqüente morte do feto.

Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude do processo de autólise, ou então o conceito podem sofrer mumificação ou maceração e permanecer no útero materno (CAPEZ, 2007, p.110).

Alguns autores preferem o termo *abortamento* para designação do ato de *abortar*, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Entretanto a maioria utiliza o termo legal aborto alegando que se trata de um termo de uso corrente tanto na linguagem popular quanto na erudita e também bastante utilizada nas demais línguas neolatinas.

Para configurar esse crime é necessário que a interrupção seja de uma gestação normal, visto que no caso de interrupção de uma gravidez extrauterina ou molar o delito é descaracterizado.

Por ser um crime material, admite-se a forma tentada quando as manobras abortivas interrompem a gravidez ou provocam a aceleração do parto, com a sobrevivência do neonato. Se o feto nasce vivo e viável, e vem a perecer,

ulteriormente, em consequência das manobras abortivas, o crime de aborto se consuma, mas se resultar de causa independente, existirá apenas a tentativa de aborto (MIRABETE, 2010, p.60).

O aborto é um crime doloso, é necessário que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo.

A lei vigente define os crimes de autoaborto e consentimento no aborto (art.124), aborto sem consentimento da gestante (art.125) e aborto com consentimento da gestante (art.126).

3.3 FORMAS DE ABORTO E CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

O crime de aborto e as causas excludentes de ilicitude estão previstas nos artigos 124 a 128 do Código Penal, que dispõem da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil 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.

Auto aborto: No crime de auto aborto, CP, art.124 *caput*, a própria gestante pratica ou provoca o abortamento em si mesma, seja por meios químicos (ingerindo substâncias, remédios) ou por meios físicos (se autolesionando). É o

chamado crime de mão própria, já que nesta espécie, a execução do crime não poderá ser deferida por outra pessoa .

É possível a participação nessa modalidade delitiva, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesmo. Nessa situação, responderá pelo delito do artigo 124 do CP a título de partícipe (CAPEZ, 2007, p.118).

Aborto consentido: nesta hipótese a conduta típica consiste em consentir na prática do abortamento. O crime, portanto, está em consentir que alguém provoque nela (gestante) o aborto. A lei pune o consentimento, já que considera que a mãe não disporia desse direito sobre a vida da criança. A gestante na prática desse crime responde pelo delito do artigo 124 do código penal, enquanto o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto incide no artigo 126 ,CP, sendo punido mais severamente.

Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante: O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art.125, *caput* do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena –reclusão de 3 a 10 anos). Aqui busca a lei incriminar a conduta de quem provoca o abortamento à revelia da gestante, ou seja, sem que ela permitisse ou tomasse conhecimento. Esse dissentimento pode se dar através de fraude , grave ameaça contra a gestante , violência ou então nos casos de dissentimento presumido quando a vítima não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental.

Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante: nesta figura pune a lei a conduta de quem, com autorização da gestante, procede ao abortamento. Está previsto no artigo 126 *caput*, do Código Penal. É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há o auxílio á conduta do terceiro. É necessário que o consentimento da gestante seja válido, isto é que a mesma tenha capacidade para consentir.

Formas qualificadas: sob este título, o código determina o aumento de pena em um terço, na hipótese de resultar lesão corporal de natureza grave à gestante, ou a duplicação da pena, se lhe sobrevier a morte. Como se vê, não se trata propriamente de figura qualificada, mas de verdadeira causa especial de aumento de pena, já que naquela, a lei estabelece uma pena mínima e uma pena máxima, enquanto que nesta estabelece uma quantidade de aumento. Ressalte-se, porem que na figura contida no artigo 127 do CP o resultado não poderia ter sido

desejado ou cogitado pelo agente, de vez que o delito é preterdoloso a título de dolo enquanto que o resultado é a título de culpa.

Causas Excludentes de Ilicitude: O artigo 128 do Código Penal trata das duas formas de aborto legal ou permitido, trata-se de modalidade especial de causa de exclusão da ilicitude, são elas: aborto necessário ou terapêutico e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, também chamado de aborto humanitário ou ético.

O aborto necessário ou terapêutico não é punível porque tem por objetivo salvar a vida da gestante. Esta forma de aborto requer, para sua autorização, dois requisitos simultâneos, são eles: a existência de perigo à vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvar sua vida, ou seja, o aborto, nesse caso, deve ser o único meio para salvar a vida da gestante. É o médico quem deve decidir se o aborto é necessário e se é a única alternativa para salvar a vida da gestante, assim como determinar o momento em que ele deve ser realizado. Se o aborto não for realizado por médico, mas estando presentes os requisitos do estado de necessidade, a exclusão da ilicitude fundamenta-se nos artigos 23, inciso I, e 24, do Código Penal. Nesse caso, do aborto necessário, não é preciso que a gestante consinta no aborto, pois o consentimento é incompatível com o estado de necessidade. Em decorrência disso, a intervenção médica pode ocorrer mesmo com a oposição da gestante ou do seu representante legal. A autorização para a realização do aborto necessário reflete uma situação de conflito entre direitos fundamentais, havendo de um lado, a vida da gestante, e de outro, a vida do feto. Nesse caso, o ordenamento jurídico infraconstitucional optou por preservar a vida da gestante em detrimento da vida do produto da concepção. Trata-se de uma situação acobertada por causa de exclusão de ilicitude, consistente no estado de necessidade.

Delmanto (2002, p. 269-270) expõe da seguinte forma:

Aborto necessário (inciso I) também conhecido como terapêutico, é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a gestante. São, pois, seus requisitos: 1. Que corra perigo a vida (e não apenas de saúde) da gestante.2. Inexistência de outro meio para salvar sua vida. Note-se que o CP, a nosso ver, de forma errônea, não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo, que a criança, nasça com deformidade ou enfermidade incurável. No caso do inciso I, é indispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, se o perigo de vida for iminente.

Além de conceituar as hipóteses em que o aborto é permitido, o exímio doutrinador, ao final da citação, demonstra sua opinião a cerca do aborto eugênico. Depreende-se desta afirmativa que ele também defende a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padece de anencefalia. Contudo, tal assunto será vislumbrado posteriormente no momento oportuno. Seguindo o conceito do mencionado autor, porém divergindo quanto à necessidade de consentimento da gestante, tem-se Bitencourt (2002 ,p.156) “O aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica esta autorizada pelo dispositivo nos artigos 128, I(aborto necessário) e 24 (estado de necessidade)”.

O aborto sentimental que é aquele permitido nas situações de estupro, é bastante controverso na doutrina jurídica. Os autores divergem quanto à natureza do aborto sentimental. Alguns entendem tratar-se de exercício regular de direito; outros de estado de necessidade e outros, ainda, de inexigibilidade de conduta diversa. Porém, a maioria entende que se trata de exercício regular de direito, que é causa de exclusão da ilicitude, porque havendo um conflito entre direitos fundamentais, entre o direito à vida do feto e o direito à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, o ordenamento jurídico privilegiou o direito de escolha da mulher, em decorrência da violência física ou psíquica por ela sofrida.

Para que seja realizado o aborto sentimental ou humanitário são necessários alguns elementos de convicção, como: declaração da vítima e de testemunhas, boletim de ocorrência, entre outros; sendo que a prova pode ser produzida por todos os meios em direito admissíveis. Não é necessário que haja autorização judicial, existência de sentença condenatória ou de processo judicial pelo crime de estupro. E para que a conduta seja realizada deve haver o consentimento a gestante ou de seu representante legal, por expressa determinação legal.

Como foi dito anteriormente, ainda pairam muitas controvérsia em relação ao aborto sentimental, por exemplo, Hélio Bicudo apud Krause (2009, p.26) alega que o art.128 do Código Penal está derogado. Segundo ele o aborto sentimental é incompatível com a Constituição até porque, ante o princípio da pessoalidade da pena, o filho não há de pagar com a própria vida pelo estupro cometido por seu pai.

Outros também, como Rogério Gonçalves (2010, p.461) questionam que: se é permitido que a mãe aborte uma criança que tenha viabilidade de vida

extrauterina como nos casos de aborto sentimental, porque não permitir a interrupção voluntária da gravidez em casos de completa inviabilidade de vida. E sustenta o referido autor: Sendo assim parece que a vida real tem sido pouco considerada pelo legislador e pelo aplicador da norma.

Além das excludentes de ilicitude vistas no artigo 128 do Código Penal, existem ainda outras modalidades de aborto que são lícitas em outros ordenamentos jurídicos, tais como o aborto *honoris causa*, o aborto social ou econômico, o aborto eugênico, sendo este último o ponto principal do presente trabalho e que deveremos tratar com mais atenção no próximo capítulo. Todavia é imprescindível salientar que o Direito Penal brasileiro pune o aborto praticado com essas justificativas.

O aborto social ou econômico, segundo Capez (2007, p. 127), será cometido no caso de famílias muito numerosas, em que o nascimento agravaria a crise financeira e social, aumentando o problema social denominado de miséria.

Diante desse contexto observa-se que o Código Penal brasileiro conserva praticamente o mesmo texto desde 1940 e por isso preceituou valores e conceitos muitas vezes já ultrapassados. A legislação penal deve adequar-se à nova sistemática de proteção dos direitos fundamentais que foi introduzida pela Constituição de 1988, devendo haver a criação de instrumentos jurídicos capazes de promover uma maior harmonia entre os anseios sociais e a evolução científica. No Brasil, desde o início dos anos de 1990, foram propostos muitos projetos de lei referentes ao aborto. Nesse aspecto legislativo, destacamos o parecer da Comissão para reformulação do Código Penal de 1992 e as alterações propostas pelo anteprojeto de 1999, da Parte Especial do Código Penal, que apresentam alterações significativas quanto ao tratamento do aborto. Além de alguns projetos de lei que estão em pauta no Congresso Nacional.

A partir do parecer da Comissão para Reformulação do Código Penal de 1992, na qual o Desembargador Alberto Silva Franco era responsável pela subcomissão que tratava dos crimes contra a vida. Foi criado um anteprojeto de Lei, que acrescentava ao artigo 128, um inciso III e dois parágrafos, onde diz: “não constitui o crime de aborto praticado por médico se há fundada probabilidade do nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”, tornando, portanto a inviabilidade do mesmo. Nos parágrafos ficava claro o consentimento da gestante ou de seu representante legal. Já as alterações propostas pelo anteprojeto de 1999 expressaram-se da seguinte forma:

Art. 127: Não constitui crime o aborto provocado por médico, se: I- não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano à saúde da gestante;

II- a gravidez resulta da prática de crime contra a liberdade sexual; III- há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável. §1º Nos casos dos incs. II e III e da segunda parte do inc. I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.

Em suma, o código Penal é de 1940 e a sociedade, assim como os pensamentos, muda. Assim é oportuno que os vários seguimentos da sociedade discutam acerca da possibilidade de se realizarem alterações na legislação, adequando-a à época vigente, com o intuito de incorporar as mudanças benéficas e compatíveis com o progresso da espécie humana.

As piores leis são as altamente restritivas, pois conduzem a realização de abortos ilegais e perigosos. Essas leis não podem ser impostas pela autoridade, levando o sistema penal ao descrédito.

3.4 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O tratamento legislativo do aborto varia bastante de um país para outro. Aproximadamente 62% da população mundial vivem em países aonde se permite o aborto em diversas situações. 25% moram em Países aonde o aborto está proibido em termos gerais, permitindo-se em situações específicas. A proibição total do aborto, que correspondem a leis restritivas, gira em torno de 0,4% da população Mundial. (AZERRAD, 2008, p.46)

É interessante, então, que se faça um panorama sobre a situação do aborto nos demais países da América Latina, dos Estados Unidos e da Europa. As diversas e contrastantes situações encontradas nos dois continentes ajudam a compreender a trajetória do debate sobre o aborto no Brasil.

A legislação permissiva ao aborto nos Estados Unidos data da década de 70, como resultado da contracultura de 1960, contando com a politização dos movimentos feministas. As discussões sobre a interrupção voluntária da gravidez

objetivaram sua retirada do contexto ilícito, assumindo novos contextos, envolvendo: a privacidade, a necessidade e o bem-estar no âmbito da saúde (AMARAL, 2011, p.2).

A discussão sobre a legalização do aborto nos Estados Unidos deu-se pela via dos direitos humanos e não através da denúncia de milhares de mortes em consequência de abortos inseguros. O indivíduo norte-americano foi o principal foco de discussão nos debates, o contexto histórico do aborto nos Estados Unidos, portanto, é fundamental para entender o aborto como um direito reprodutivo.

A discussão sobre o aborto nos países europeus cresceu a partir de 1960 com o advento da revolução sexual e a introdução da pílula como método contraceptivo, que forneceu à mulher o controle sobre seu corpo. A discussão sobre os direitos individuais crescia na Europa, e a entrada dos movimentos feministas foi o estopim para a exigência das mulheres sobre o direito ao aborto seguro na década de 70. As organizações feministas deram visibilidade ao assunto, esclarecendo-o à sociedade europeia, e pressionaram o Poder Central por resoluções no sentido da descriminalização e legalização do aborto. Atualmente o Parlamento Europeu aprovou uma resolução que incentiva os Estados-Membros e os países candidatos à adesão a pugnam pela implementação de uma política de saúde e uma política social que permita uma diminuição do recurso ao aborto e deseja que esta prática seja legalizada, segura e acessível a todos.

É importante ressaltar que dentre os 27 países aqui representados pela União Europeia, em 17 deles, o aborto é permitido a pedido da mulher. As políticas públicas sobre a prática do aborto nesses países tiveram embasamento na questão dos direitos reprodutivos como argumento fundamental para a elaboração das mesmas (AMARAL, 2011, p.4)

A discussão sobre a descriminalização do aborto em Portugal permanece ativa, mesmo após o plebiscito de 2007, no qual a população aprovou a despenalização, reconhecendo-o como um direito reprodutivo. Embora a Igreja e grupos conservadores tenham feito campanhas contrárias à aprovação, permaneceu o desejo da sociedade no contexto laico do Estado português e o reconhecimento do direito ao aborto como pertencente aos direitos humanos. Portugal discutiu a descriminalização do aborto amparado por estatísticas de mortalidade materna. A questão da saúde dessas mulheres foi o ponto crucial para a discussão e

legalização sem restrições, diferindo de muitos países da Europa que viabilizaram o aborto como uma questão de direitos reprodutivos.

A legalização do aborto na Espanha é alvo de pressões de grupos conservadores e da Igreja Católica, por um lado, que pretendem restringir os permissivos ou até mesmo pedem que estes retrocedam em virtude do Direito do Nascituro. Por outro lado, os grupos de mulheres, a ONU, a União Europeia e o Conselho Europeu pressionam o governo para que haja aumento nos permissivos restritos da lei espanhola sobre o aborto. A maior parte das legislações permissivas ao aborto nos países da UE permite o abortamento por prazos bem específicos. Atualmente a discussão em relação ao aborto se concentra na questão desses prazos.

Strubbia (2006, p.141) ilustra bem essa situação citando o artigo 417 do código penal espanhol:

No será punible el aborto practicado por un médico abajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario público o privado, acreditando y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurren algunas de las circunstancias siguientes:

3º) Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que aborto se practicara dentro de la veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la practica del aborto, sea emitido por dos especialistas o establecimiento sanitario, publico o privado acreditado al afecto, y distintos de aquél por quién o bajo cuya dirección se practique el aborto.

Assim é um problema a seguinte situação: muitas vezes é impossível detectar uma má-formação fetal em 22 semanas de gravidez, por exemplo. Caso a parturiente seja informada de que o feto possui má-formação, como problemas cardíacos que o levará à morte já com seis meses de gestação, ela não poderá abortar.

A Itália representa um caso singular, porque é o berço, por assim dizer, da Igreja Católica. E, como tal, dificilmente uma lei favorável à realização de abortos seria acolhida pelo país. No entanto, a efervescência das discussões na década de 70 por direitos humanos que afluíram em toda a Europa e o contexto laico do Estado foram terrenos férteis para a mudança na legislação. Essa mudança tirou o aborto do contexto da ilegalidade, fomentou políticas de planejamento familiar e reduziu a mortalidade materna e o número de abortos realizados em toda a Itália.

O aborto inseguro na América Latina é um dos principais problemas de saúde pública. A discussão do aborto envolve além de direitos humanos e de saúde pública, outras vertentes, como: a injustiça social (as mulheres pobres correm mais riscos de morte por abortos inseguros, pois as mais abastadas custeiam clínicas particulares clandestinas, com condições de higiene adequadas), o machismo da sociedade, e a influência da Igreja Católica, religião oficial de muitos países latino-americanos.

Azerrad (2008, p.72) corrobora com esse entendimento demonstrando da seguinte forma a problemática do aborto na América Latina:

En los países de América Latina la situación es verdaderamente alarmante. En Chile el aborto constituye la principal causa de muerte materna, cerca de un tercio de esas muertes están relacionadas directamente con el aborto; igualmente ocurre en Bolivia donde el 27% de las muertes maternas es causa por aborto. En Colombia el aborto es la segunda causa de muerte materna y su mayor incidencia se presenta entre las mujeres de 20 a 29 años. De igual modo en Paraguay y Perú, el aborto constituye la segunda causa de muerte materna. En Brasil las muertes como consecuencia de abortos clandestinos representan la tercera causa de muerte materna. En México algunos especialistas señalan que el aborto es la tercera o cuarta causa de muerte materna[...].

Assim sendo, os países latino-americanos também possuem deficiência no campo dos direitos humanos. Porém, é bastante complicado lutar por direitos humanos em uma região que teve um passado de regimes totalitários, aonde os direitos das pessoas foram fortemente reprimidos. A América Latina é conservadora, e o discurso a favor dos direitos reprodutivos, especificamente o aborto, fica debilitado. A solução encontrada pelas feministas latino-americanas foi a de lutar pelo aborto como uma questão de saúde pública, expondo os altos índices de mortalidade materna existentes na região, como argumento válido.

Nesse diapasão ficam evidentes as maiores dificuldades de se tratar esse assunto no âmbito da América Latina em comparação com uma maior flexibilidade em relação aos países da Europa por exemplo. Esses países justificam a legalização baseados nos direitos humanos referentes a reprodução. Já aqueles têm como argumentos justificadores da legalização do aborto os elevados índices de mortalidade materna em decorrência de abortos clandestinos.

Discordando dessa postura cabe mencionar o posicionamento do Colegio de Advogados da cidade de Buenos Aires citado por Strubbia (2006; p.36):

Despenalizar el aborto utilizando como argumento su frecuencia y clandestinidad, no es un acto de realismo jurídico sino el comienzo de la degradación de todo el sistema normativo. Legalizar este tipo de atropellos no lograría otra cosa que resentir severamente los esfuerzos internacionales de los últimos 50 años en la lucha por el respeto de los derechos humanos como base para la convivencia pluralizar y pacífica.

Assim, embora a problemática da saúde pública no que tange ao aborto seja um argumento forte no afã da legalização deste nos países da América Latina, ela não deve ser empreendida como argumento central, uma vez que se busca na verdade o respeito à dignidade da mulher em relação aos direitos reprodutivos , quando estes encontram-se violados pelo Estado. Esse deve ser o cerne da questão, e é a justificativa plausível dentro de todo direito internacional.

4 ABORTO EUGÊNICO E ANENCEFALIA: TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O avanço tecnológico, principalmente no âmbito da medicina pré-natal, instiga uma nova discussão acerca do aborto. A possibilidade de se observar o desenvolvimento do feto, desde os primeiros momentos, e diagnosticar antecipadamente eventuais anomalias dá ensejo a uma nova situação jurídica em relação a possibilidade de interrupção da gestação, quando constatadas deformidades irreversíveis que tornam o feto incompatível com a vida extrauterina e com isso ganha respaldo no âmbito jurídico e social a necessidade de legalização do aborto do tipo eugênico, particularmente nos casos de anencefalia.

4.1 CONCEITO DE ABORTO EUGÊNICO E ANENCEFALIA

O aborto eugênico é um aborto bastante polêmico e dentro das ilações doutrinárias, sua definição envolve muitas vezes qualificações de natureza preconceituosa e discriminatória.

Dentro dessa celeuma é importante que se reúnam as mais diversas definições a fim de que possa ser aferido o quanto de divergência há em cada autor, denotando muitas vezes uma posição pessoal dos mesmos em relação ao assunto.

Muita discussão existe em torno da utilização da expressão eugênico, que vem de eugenia. Segundo os ensinamentos de Edwin Black (2003, p. 58), o termo eugenia deriva do grego *eugenes*, que quer dizer, boa origem (*eu* - boa, *gene* - origem). Francis Galton foi considerado o pai da eugenia e sob a influência de seu primo, Charles Robert Darwin, escreveu vários artigos, em 1865, que foram reunidas e transformadas mais tarde na obra, *Hereditary Genius*, reacendendo a discussão sobre a higiene racial, mas desta vez como ciência. Galton foi também considerado o criador do termo “eugenia”, tendo-o utilizado pela primeira vez na obra *Inquires Into Human Faculty and Development*, de 1883. Nesta obra ele conceitua eugenia como: “ciência que trata de todos os influxos que melhoram as qualidades inatas de

uma raça; portanto, daquelas que desenvolvem as qualidades de forma mais vantajosa” (ALVES, 2009, p.32)

Para muitos autores esse termo é carregado de negatividade por estar associado principalmente às práticas nazistas do século XX. Eles acabam utilizando essa expressão no sentido discriminatório pra se referir ao aborto em situações de má formação fetal. Ignoram o progresso da medicina, principalmente no que diz respeito aos avanços nas técnicas de diagnósticos pré-natal, sustentam que por meio do aborto eugênico, viabilizar-se-á uma seleção daqueles que irão ou não viver, de acordo com suas aptidões físicas e mentais.

Em virtude desse aspecto histórico atrelado ao termo eugenia atualmente prefere-se utilizar a expressão Interrupção seletiva da gestação (ISG) para os casos de aborto ocorridos em nome de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais incompatíveis com a vida extrauterina, a exemplo da anencefalia.

Outros criticam a utilização do termo aborto nessa situações e preferem substituí-la por antecipação terapêutica do parto, alegando não se tratar propriamente de um aborto, visto não existir a privação de uma vida verdadeiramente.

Entretanto, a maioria dos autores pesquisados prefere utilizar o termo aborto eugênico denotando nenhuma associação preconceituosa no que tange à expressão eugenia.

Assim, Zamai (2009, p.2) diz que o aborto eugênico consiste em interromper a gestação quando o feto for portador de graves anomalias fetais tanto físicas como psíquicas, que torne a vida extrauterina do produto da concepção inviável.

Também nos livros de medicina essa expressão é corriqueira para definir o aborto por malformações fetais. França (1991; p.238) assim complementa afirmando que:

A expressão *aborto eugênico* é a mais usada para referir-se ao aborto realizado quando existe importante risco ou probabilidade de que o feto esteja gravemente afetado, dando origem a uma criança com graves anomalias ou malformações. O aborto eugênico tem por fundamento o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano e não o interesse em assegurar a existência de qualquer um desses seres e em quaisquer condições.

Segundo Gonçalves (2010, p.461) aborto eugênico é aquele caracterizado pela inviabilidade de vida extrauterina do nascituro ou ainda quando a criança tem a possibilidade de sofrer graves deformidades.

E ainda corrobora Vieira Segundo (2009, p.83) que aborto eugênico é aquele em que há comprovação médica de ser o feto portador de graves e irreversíveis anomalias que inviabilizam a vida extrauterina.

Mota apud Marlene Gaya (2006, p.5) Aborto eugênico ou eugenésico é aquele praticado para evitar o nascimento de criança portadora de anomalia física ou psíquica. Seu significado etimológico é bom nascimento [do grego eu (bem, bom, belo) + gênese (geração, produção, criação)].

É bom que se defenda que o aborto eugênico nos casos de possibilidade real e concreta de a criança nascer com defeitos físicos que não implique em sua morte não é uma conduta aceitável, uma vez que a dignidade da pessoa humana não é afetada em nenhum momento. Vale ressaltar que inúmeras personalidades com defeitos físicos contribuíram significativamente para o progresso da humanidade (GONÇALVES, 2009, p.456).

O aborto nos casos de anencefalia constitui um tipo de aborto eugênico ainda não enfrentado pelos legisladores, mas que tem sido acolhido pelos juízes mais sintonizados com a realidade dos fatos. Assenta-se tal polêmica no fato de que ao nascituro deve-se assegurar uma possibilidade de vida digna e saudável, capaz de atender ao reclamo maior de sua presença: viabilizar a perenização da espécie. Logo, naquelas hipóteses em que a probabilidade de uma vida digna e saudável se mostra efetivamente remota ou afastada, a exemplo da anencefalia e outras situações de igual dimensão, razoável que se interrompa a gravidez. Mas também nesses casos se afigura indispensável verificar se essa vida “digna e saudável” ultrapassa algumas premissas e preconceitos sem respaldo na realidade da vida, porque bem tênue a linha que separa esse conceito juridicamente palatável dos odiosos ensinamentos de Hitler e seus asseclas (XAVIER, 2009, p.27).

Mas, antes de adentrar no âmago dessa discussão cabe definir o que seja anencefalia. De acordo com Neto apud Vieira Segundo (2009, p.1):

A anencefalia (do grego an= sem; enkepalos= cérebro), ou seja, “sem cérebro”, é anomalia congênita, uma anormalidade do desenvolvimento do embrião e do feto, constituindo-se, pois, em gravíssimo problema do

sistema nervoso, advindo assim uma anomalia resultante de um defeito do tubo neural do embrião. Essa anomalia, letal, ocorre entre o 20º e o 28º dia após a concepção, entre a terceira e a quarta semana do desenvolvimento do feto. Todas as funções do cérebro são comprometidas. Ainda conforme observa Bruno Reis, é impossível a vida extra-uterina, bem como qualquer tipo de tratamento. O quadro é fatal em 100% dos casos.

Complementando, segundo Moore & Persaud (2008, p.412) a anencefalia, também chamada meroanencefalia é uma anomalia letal comum, que ocorre em pelo menos um em cada 1000 nascimentos. É a mais comum das anomalias graves observadas em fetos natimortos. Recém nascidos com essa grave doença podem sobreviver ao parto mas apenas por um curto período. Pode ser facilmente diagnosticada por ultrasonografia, fetoscopia e radiografia, em virtude da ausência de extensas partes do encéfalo e da calvária.

Devem também conduzir ao aborto eugênico, outros casos igualmente dramáticos de graves anomalias físicas ou mentais do feto, em torno do qual já foram concedidas centenas de alvarás como, além da já citada anencefalia (ausência de cérebro), agenésia renal (ausência de rins), abertura da parede abdominal e síndrome de Patau, esta resultando muitas vezes em problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos (MIRABETE, 2010, p.65).

No Brasil, de cada 10.000 nascimentos, 8 são de anencéfalos. Havendo certeza científica da anencefalia não há que se falar em delito, pois não se trata de uma morte arbitrária, desarrazoada. É um fato materialmente atípico cujo não reconhecimento é um atraso civilizatório, que se deve à sobreposição das tradições sobre a ciência, das crenças sobre a dignidade humana (GOMES, 2009, p.39).

4.2 DADOS ESTATÍSTICOS DO ABORTO

A tendência mundial é que as restrições ao aborto sejam minimizadas. Um levantamento realizado pela Organização das nações Unidas (ONU) mostra que, atualmente, em 29% dos países, a interrupção da gravidez é de livre escolha da mulher. Na maioria desses países admite-se a prática até por volta da 12ª semana de gestação, quando os riscos oferecidos à mãe são pequenos. Todos os anos 40

milhões de abortos são realizados no mundo, metade deles é praticado ilegalmente ou de maneira insegura (LOPES , MING, 2010, p.70).

A estimativa mais recente mostra que, em 2003, 41.6 milhões de gravidezes no mundo terminaram em abortamento. Quase a metade (19.7 milhões) foi de abortamentos provocados e inseguros. Cerca de 97% desses abortos inseguros aconteceram nos países em desenvolvimento, que têm leis mais restritivas ou menor acesso a informação e planejamento familiar. Quatro de cada 10 mulheres que se submetem a abortos inseguros experimentam complicações que requerem tratamento. Muitas não recebem atenção médica. A estimativa é de que por ano, ocorrem no mundo 70 mil mortes maternas derivadas do aborto inseguro. Quase a totalidade desses óbitos está concentrada em países da África, Ásia, América Latina e Caribe (FREITAS, 2009, p.26).

As estimativas do Ministério da Saúde apontam a ocorrência entre 729 mil e 1,25 milhão de abortos ao ano no país, embora essa estimativa seja altamente especulativa, pois os abortos são clandestinos, e há divergência com diversas outras fontes não-governamentais, que estimam números entre 500 mil e 800 mil (Aborto no Brasil, 2010, p.2).

Cerca de 220 mil mulheres realizam curetagens, no SUS, em decorrência de abortos. José Gomes Temporão, Ministro da Saúde do governo do presidente Lula, afirma que “se considerarmos que o aborto é um crime, todos os dias 780 mulheres teriam que ser presas sem contar com seus médicos e, eventualmente, seus companheiros” (MELARÉ, 2009, p.45).

Os dados sobre a magnitude do aborto provocado no Brasil devem ser realizados à luz do texto restritivo da lei. O aborto é um crime e as mulheres são penalizadas por essa conduta. Diante desse quadro fica evidente o quanto é difícil realizar uma pesquisa quantificando fielmente a realidade presente no país.

A Universidade de Brasília-UNB juntamente com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero-ANIS, divulgaram uma pesquisa em 2010 que apresenta com significativa fidelidade a realidade do aborto no Brasil. Intitulada de Pesquisa Nacional de Aborto-PNA, trata-se de um levantamento de amostragem aleatória de domicílio realizado em 2010, cuja cobertura abrangeu mulheres de 18 a 39 anos em todo o Brasil urbano. A PNA combinou a técnica de urna, aonde os questionários auto preenchidos pelas mulheres eram depositados em uma urna com perguntas fechadas sobre o aborto, com questionários respondidos através de

interrogação pelos entrevistadores. A urna e os questionários apresentavam texto e indicações gráficas que reforçavam seu caráter confidencial (DINIZ, 2010, p.2)

Em resumo a PNA é um estudo singular de âmbito nacional e que possuem algumas peculiaridades que não permite comparações com outras pesquisas. Por exemplo os estudos abrangendo o aborto no Brasil estimam indiretamente a ocorrência de abortos em um período determinado, ao passo que a PNA estima diretamente mulheres que já fizeram aborto em algum momento da vida. Busca-se enfatizar também a mulher que faz o aborto e não o número e proporções de abortos realizados.

Assim os dados iniciais da PNA são: Em 2010, no Brasil urbano, 15% das mulheres entrevistadas realizaram o aborto alguma vez na vida, vale salientar que o número de abortos seguramente é superior ao numero de mulheres que fizeram aborto, mas os dados dessa pesquisa não puderam estimar quantos. Outro dado importante é que a proporção de mulheres que fizeram aborto cresce com a idade. Essa proporção varia de 6% para mulheres de 18 a 19 anos a 22% entre mulheres de 35 a 39 anos. Isso significa que, ao final da vida reprodutiva da mulher, mais de um quinto delas no Brasil urbano fez aborto. A pesquisa também mostrou que o aborto não é feito apenas para retardar o inicio da vida reprodutiva ou evitar filhos em idades avançadas. Na verdade, cerca de 60% das mulheres fizeram seu último (ou único) aborto no centro do período reprodutivo, isto é entre 18 e 29 anos, sendo o pico da incidência entre 20 e 24 anos (24%).

O aborto é mais frequente entre mulheres de escolaridade muito baixa. A proporção de mulheres que fizeram aborto alcançam 23% entre aquelas até o quarto ano do ensino fundamental, ao passo que entre as mulheres com ensino médio concluído é de 12%. Esses dados talvez estejam relacionados com a questão mais social do que puramente educacional, principalmente no que tange a participação no mercado de trabalho e salários, etc.

A incidência de aborto entre mulheres de diferentes religiões é praticamente igual. Pouco menos de dois terços das mulheres que fizeram aborto eram católicas, um quarto, evangélicas, e menos de um vigésimo de outras religiões, reflexo da composição religiosa do país.

Também foi resultado da PNA que metade das mulheres que realizaram aborto fizeram uso de medicamentos para a sua indução, e considerando que a maior parte das mulheres é de baixa escolaridade, é provável que para a outra

metade, que não fez uso de medicamentos, o aborto seja realizado em condições precárias de saúde. O que resulta naturalmente nos elevados níveis de internação pós-aborto contabilizados pela PNA.

Pesquisa do Instituto do Coração da Universidade de São Paulo, baseada em dados do DATASUS, constatou que a curetagem pós-aborto foi a cirurgia mais realizada pelo SUS, com 3,1 milhões de registros em um universo de 32 milhões de procedimentos realizados entre 1995 e 2007 (exclui cirurgias cardíacas, partos e pequenas intervenções que dispensam internação). O Ministério da Saúde avalia que essas curetagens são quase absolutamente decorrentes de abortos provocados (FREITAS, 2009, p.27-28).

Assim, diante de um fato tão comum na sociedade e com consequências para saúde tão desastrosas é que se faz importante priorizar políticas públicas de saúde nacional nessa área.

4.3 ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

Os Magistrados, na grande maioria, têm autorizado a interrupção da gravidez invocando para tanto a excludente de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e mesmo a atipicidade da conduta, quando não equiparam ao aborto necessário e desde que observados os seguintes pressupostos: somente os casos em que há inviabilidade de vida extra uterina; a anomalia deve estar devidamente atestada por perícia médica e haja prova de dano psicológico para a gestante (BEZERRA, 2009, p.77).

A partir da década de 90, centenas de decisões judiciais autorizaram, contra legem, a interrupção da gravidez em razão de grave anomalia fetal, principalmente nos casos de anencefalia (FREDIANO: 2007; p 5).

O estudo da jurisprudência mostra que os Juízes já estão considerando o direito da mãe de optar em completar a gestação ou não, como superior aos direitos do nascituro, e acabam autorizando a retirada do feto portador de anomalias, sem que sofram nenhum tipo de punição por este ato.

Esses juízes proferem essas decisões favoráveis na maioria das vezes utilizando-se de uma interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista

no inciso I, do art. 128, do CP, aplicando-se para tanto os princípios da analogia admitidos do art. 3º, do CPP.

Assim como bem defende ANIBAL BRUNO *apud* GAYA (2006, p.31) tratando das “Causas de exclusão de antijuridicidade no aborto”, já no ano de 1975 lecionou que: “O Direito reconhece, com função justificativa, situações que configuram um particular estado de necessidade, em que para salvar determinado bem jurídico se faz preciso sacrificar a vida do feto”.

Também é importante consignar o entendimento de Mirabete (2000, p.54): sobre o que seja analogia:

A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto.

Em suma, usando-se a analogia *in bonam partem* para equipar o aborto eugênico ao aborto necessário alguns juízes conseguiram dar solução aos casos de solicitação de autorização para realização do aborto, instruída com farta evidência de recomendação médica e psicológica, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro.

Neste sentido destaca-se acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Aborto. Autorização judicial. Anencefalia fetal. Comprovada inviabilização da vida extrauterina. Pedido instruído com laudo médico irrefutável da anomalia e de suas consequências e com favorável parecer psicológico do casal. Consentimento expresso do pai. Evidência de risco à saúde, especialmente mental, da gestante. Interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP. Aplicação dos princípios da analogia admitidos no art. 3º do CPP. Autorização concedida. Apelo provido. Diante da solicitação de autorização para realização do aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciando o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extrauterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez. (TJSC. Apelação Criminal 98.003566-0 de Videira. Des. Rel. Jorge Mussi. Julgado em 05 maio 1998).

Esse mesmo entendimento pode ser observado numa Apelação Cível proferida pelo Tribunal da Alçada de Minas Gerais:

EMENTA: AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ - MÁ-FORMAÇÃO DO FETO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - POSSIBILIDADE DO PEDIDO - EVOLUÇÃO NECESSÁRIA DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA - VOTO VENCIDO. Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, por aborto ou outro meio médico cirúrgico, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou anencefalia, com previsão de óbito intrauterino ou no período neonatal. Apesar de a situação de fato não se achar prevista no ordenamento jurídico pátrio, a sua anomalia específica exige a adequação dos princípios contidos na lei que permite a interrupção da gravidez pela prática do aborto necessário, ao avanço tecnológico da medicina, que antecipa a situação do feto em formação, sem possibilidade de vida extrauterina. (Apelação cível nº0275864-9, Tribunal da Alçada de Minas Gerais)

Outro argumento jurídico apresentado por alguns juizes a exemplo do Excelentíssimo Desembargador Jorge Mussi, Relator do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citado anteriormente, é que se a lei penal permite o aborto de fetos normais, sem anomalia alguma, e por isso com condições de sobrevivência e de desenvolvimento físico e mental normais, no caso de gravidez resultante de estupro. Então, por que não permiti-lo em situação tão crítica para o feto e logicamente para a mãe. Por fim, completa citando Maria Lúcia Karam (1995, p.160):

Criou o legislador causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade, para permitir o sacrifício do direito à vida do embrião ou do feto em face do peso maior dado a outro bem jurídico- o direito à mulher à liberdade sexual. Tal permissão só pode se explicar por aquela consideração das repercussões negativas do nascimento indesejado, nada impedindo assim, que coerentemente com posição já manifestada pelo legislador, a licitude da realização do aborto se estenda a outros casos em que por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado.

Também, tem sido bastante suscitado na jurisprudência que a autorização para interrupção da gestação não é deferida para qualquer malformação fetal, mas para aquelas graves e incuráveis que impossibilitaria a sobrevivência antes do nascimento ou logo após o nascimento. Assim, ante o exposto, não é dada essa permissão quando se tratasse de uma formação anormal ou defeituosa incapaz de prejudicar a vida após o nascimento, mesmo que monstruosamente mal formado.

Justificam a não solicitação de perícia oficial, em razão do caráter da urgência, pois a cada semana que passa aumenta os riscos do aborto.

Alguns julgados salientam que autorizar o aborto nesses casos não significa obrigar a efetuar o abortamento, mas sim permitir que se cumpra a vontade dos pais, principalmente da mãe quando diante de um diagnóstico irrefutável de anomalia fetal incompatível com a vida. Além disso deve ser considerado o dano psicológico para a gestante, decorrente da gravidez de um feto inviável.

Por outro lado é evidente a preocupação dos magistrados no que tange a situação da saúde pública no Brasil, o descrédito na justiça e a busca frequente pelo atendimento em clínicas clandestinas aonde as gestantes são privadas de cuidados essenciais resultando na maioria das vezes em lesões de natureza grave quando não a morte.

Como bem assevera o renomado professor de genética médica da Universidade de São Paulo e o Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, Thomas Rafael Gollop apud GAYA (2006, p.28):

A partir de minha experiência no atendimento de mais de 3 mil casais, em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, gostaria de introduzir um ângulo novo na discussão: o de que o aborto no Brasil é uma questão de saúde pública e basta examiná-la do prisma da medicina fetal para verificar a legislação atual, ignorando a evolução do conhecimento científico e dos costumes sociais, pune injustamente as camadas mais pobres da população. Na maior parte dos casos, felizmente, os exames indicam que a saúde do feto é perfeitamente normal. Mas, excepcionalmente, pode-se detectar alguma anomalia e nossa posição nesses casos é que, como ocorre nos países desenvolvidos, seja permitida ao casal a opção de uma interrupção da gestação até 24 semanas. Isto, com atendimento médico e hospitalar adequado e sem que o médico, a paciente e sua família se vejam sob a ameaça de um Código Penal redigido e sancionado em 1940, com os valores da década dos 30, quando não havia nenhum meio de fazermos um diagnóstico preciso da saúde fetal.

É evidente também a preocupação dos juizes em relação ao poder-dever de agir, de decidir, tendo a lei, como rumo, mas podendo ultrapassá-la se ela for insuficiente, de forma a alcançar o objetivo da sociedade, nos preceitos da justiça. O que fica preclaro nos ensinamentos de Dworkin apud Simon (2006, p.17):

Nesse sentido, sem dúvida alguma o juiz, ao argumentar, criando o fundamento de sua decisão, tem de demonstrar que seu julgado é plausível dentro do ordenamento jurídico vigente; ou seja, tem de mostrar que seu entendimento decorre de uma possibilidade interpretativa do sistema de direito. Não é mais possível, entretanto, sustentar que o ordenamento

jurídico é formado apenas por leis em sentido estrito e as demais normas que delas decorrem dentro de uma visão hierárquica simplista. Há que se levar em consideração os valores que são garantidos pelo direito positivo, principalmente quando eles são protegidos de modo geral, na forma de princípios. Esses princípios¹⁸ podem muito bem, num caso concreto, entrar em contradição, surgindo uma antinomia que deve ser resolvida pelo magistrado de modo a garantir a coerência interna do direito, para que a interpretação mostre o direito na sua melhor visão (DWORKIN, 1999: cap. VIII).

Muitos juízes têm deferido autorizações para interrupção de gravidez de fetos malformados com base em princípios constitucionais de que ninguém deva submeter-se a tratamento desumano ou degradante, ou seja, crime de tortura, bem como no princípio da dignidade humana.

É o entendimento demonstrado na decisão da 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo em que autoriza a interrupção de gravidez de uma mulher que estava na 16ª semana de gestação. A autorização para o aborto foi dada por votação unânime diante da comprovação de que o feto era portador de anencefalia:

É a vida que faz o Direito e não o Direito que faz a vida. A ausência de lei expressa não significa que o Judiciário não possa autorizar a interrupção da gravidez quando a vida fora do útero se mostra absolutamente inviável e constitui risco à saúde da gestante. Afrontaria elementar bom senso exigir que a mulher prossiga agasalhando em seu ventre feto absolutamente inviável. Permitir a interrupção da gravidez, em casos assim, exalta a prevalência dos valores da dignidade humana, da liberdade, da autonomia e da saúde, em absoluta consonância com os parâmetros constitucionais.

Também compartilha desse entendimento a Exm^a. Sr^a. Des^a. Cláudia

Maia:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO. Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida extra-uterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar

a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexistente possibilidade de vida extra-uterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.343179-7/001 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): ELIANE FEITOSA SILVA E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): NASCITURO REPDO(A) P/CURADOR(A) ESPECIAL MÍRIAN MOREIRA ARCANJO - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. CLÁUDIA MAIA.

Outras decisões, entretanto, mostram-se controversas uma vez que autorizam o aborto em que há apenas a comprovação de deficiência física ou mental sem que resulte em inviabilidade de vida extrauterina ou mesmo em casos de mera possibilidade de deficiência, o que denota incoerência no que se refere as justificativas da realização do aborto do tipo eugênico. É o que pode verificar em julgados como esse do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

RECURSO - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - GRAVIDEZ - MÁ FORMAÇÃO CONGÊNITA -INTERRUPÇÃO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - Em se tratando de processo de jurisdição voluntária, em pedido de autorização judicial, possível que, na via recursal, se adentre o mérito da causa, ainda que, pela decisão recorrida, tenha sido julgado extinto o processo, sem o exame da parte meritória, notadamente quando o caso sub examine está a exigir decisão urgente. - É de se autorizar a interrupção da gravidez em caso de constatação de feto com má formação congênita, Encefalocele Occipital, capaz de reduzir em 50% (cinquenta por cento) a probabilidade de nascimento com vida, e, na hipótese de sobrevida, se houver possibilidade de ocorrer, em 90% (noventa por cento) dos casos, o retardo mental. - Na decisão judicial, melhor que se fique com a realidade, se existente descompasso entre esta e a norma jurídica. (Tribunal da Alçada de Minas Gerais, proc. 230209-6, Ferreira Esteves).

As decisões judiciais indeferidas, as que não autorizam a realização do aborto de fetos inviáveis, tem respaldo principalmente na legislação penal em vigor. Alega-se afronta aos artigos 3º, 5º e 227 da Constituição Federal e ao artigo 2º do Código Civil. Também usam como fundamento o fato do aborto em questão não se enquadrar nas hipóteses dos incisos do artigo 128 do Código Penal.

Corroborando com esse entendimento a Ministra do STJ, Laurita Vaz, que em dezembro de 2003 deferiu liminar para suspender a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por meio do *Habeas corpus* nº32159/RJ: A ministra considerou que a legislação penal e a constituição tutelam a vida como bem maior a ser preservado. E o caso em questão, de nascituro com anencefalia, não se inclui no rol em que o aborto é autorizado. Conclui dizendo:

O máximo que podem os defensores da conduta proposta nos atos originários é lamentar a omissão, mas nunca exigir do magistrado, intérprete da lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo legislador, destacou. "Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou incorreção das normas que devem vigor no país para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento.

Assim, a ilação que se abstrai dessas decisões judiciais é que apesar da polêmica em torno da questão e dos entendimentos contrários a permissão do aborto eugênico, a maioria dos magistrados encontra-se sensibilizados e preocupados, não com os ditames da lei, mas sim com os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, com maior relevância a dignidade da pessoa humana.

4.4 POSICIONAMENTO DO STF E A ADPF 54

A discussão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal ganhou destaque em 17 de junho de 2004 quando foi formulada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) escudada na Lei nº 9.882/99, segundo a qual se confere legitimidade para a arguição àqueles que estão no rol do artigo 103, da Carta Política da República.

O pedido central veiculado na ADPF, era para que o STF, interpretando o Código Penal à luz da Constituição, declarasse que os artigos nele previstos que tipificam o crime de aborto não se apliquem nem à gestante nem aos profissionais de saúde no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. E que fosse concedido as gestantes que se encontrassem nessa situação o direito de

interromperem a gestação, sem necessidade de autorização judicial prévia ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Os argumentos constitucionais utilizados na referida arguição foram a violação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, IV); a violação do direito de liberdade da gestante (CF, art.5º, II) e a violação do direito à saúde da gestante (CF, art. 6º e 196).

A violação da Dignidade Humana ocorre no momento em que submete a gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar final uma gravidez inviável, que afeta sua integridade física e psicológica.

O direito à liberdade fica prejudicado no instante em que se aplica a ela uma vedação do Código Penal relativa ao aborto, quando não se trata de verdadeiramente um aborto, tendo em vista a falta de potencialidade do feto. Ou seja: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

O ultimo argumento com relação ao direito à saúde, dispõe que, viola o direito à saúde da gestante o fato de obriga-la a concluir uma gestação imprimindo à mesma problemas de natureza psicológica e física, quando há procedimento médico adequado para minimizar esse sofrimento, ainda mais sendo certo que em relação ao feto nada se pode fazer.

Como argumento persuasivo, a CNTS utilizou-se de dados científicos para comprovar que a permanência de feto anômalo no útero da gestante seria potencialmente perigosa, podendo gerar danos à sua saúde e à sua vida, e lembrou que a mora judiciária, hoje indisfarçável, comprometeria sobremaneira qualquer possibilidade de espera, uma vez que o tempo de gestação humana é, em média, de 40 (quarenta) semanas, tempo bem menor do que a marcha processual (MENEZES, 2004, p.32).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não pode passar pelo crivo dos outros Ministros do STF naquele momento, mas o ministro Marco Aurélio, valendo-se da faculdade que lhe confere a lei, decidiu conceder a liminar monocraticamente, uma decisão histórica que concedeu o direito das gestantes portadoras de fetos anencefálicos de se submeterem à antecipação terapêutica do parto, uma vez atestada em laudo médico a anencefalia. Para o ínclito Ministro:

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença (Anencefalia nos Tribunais, 2009, p.100).

Também foi suscitada pela arguente e utilizada como parâmetro pelo relator, a divergência jurisprudencial entre as Cortes brasileiras, inclusive entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, à luz do debate ocorrido nos autos do Habeas Corpus de nº 84.025-6/RJ. Assim, demonstrando uma preocupação com a segurança jurídica nas decisões emanadas do judiciário, visto que houve divergências jurisprudenciais em casos simétricos, o egrégio Ministro exarou:

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.

Desta forma, a decisão embora ainda não sufragada pelo colegiado, vem suscitando discussões na sociedade, principalmente no âmbito jurídico e religioso. Mas é notório que o posicionamento do STF, tende a ser favorável a antecipação de parto nos casos de anencefalia, o que demonstra a preocupação dos Ministros dessa corte com o princípio da dignidade da pessoa humana no que tange à condição da mulher diante de uma situação como esta.

5 A NECESSIDADE DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SOLUÇÕES JURÍDICAS AVENTADAS

A falta de positivação da lei no que tange ao aborto do tipo eugênico implica em uma burocratização e um desrespeito ao princípio da dignidade humana. Tal situação deixa lacunas que dá margens à insegurança jurídica, a impunidade, favorece a clandestinidade e afeta diretamente a saúde pública no Brasil.

5.1 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS ORIUNDAS DA NÃO LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO

A não legalização do aborto implica em prejuízos incomensuráveis para a sociedade principalmente no que tange à mulher. É ela a principal vítima nesse contexto.

A polêmica no meio jurídico é evidente na prolação das sentenças judiciais aonde se pode verificar ainda a contaminação do pensamento religioso dentro do Direito, apesar de o Estado adotar um ordenamento jurídico laico. Essa influência religiosa fica evidente em mais de um terço das sentenças em que foram negados os pedidos de aborto anencefálico (GOMES, 2009, p.40).

Destarte, ainda é intensa a interferência da Igreja nos dias atuais nos assuntos relacionados ao aborto a ponto de excomungar aquele que pratica o aborto mesmo com o respaldo na legislação vigente. Entretanto a lei é feita para religiosos e não religiosos daí ser o Estado Laico. E como bem diz e alerta a célebre frase Bíblica (Mateus, capítulo 22, versículo 15-22): A César o que é de César; a Deus o que é de Deus.

Outra implicação em relação ao âmbito jurídico diz respeito às enormes divergências jurisprudenciais em situações semelhantes. Percebe-se que não há um entendimento orientado em relação ao tema, surgem então vários fundamentos completamente destoantes, o que resulta numa insegurança jurídica capaz de prejudicar ainda mais a situação da mulher e dos profissionais de saúde comprometidos com a defesa do aborto eugênico.

Mesmo depois de sete anos de instaurada a discussão no STF e justamente no momento em que vai analisar o processo que autoriza o aborto em casos de anencefalia, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), em menos de 20 dias, anunciou dois entendimentos diferentes sobre pedidos de aborto para bebês que nascem sem cérebro (anencéfalos) no Estado. No dia 1º de fevereiro de 2011 o TJ-SP reformou sentença de primeira instância e autorizou, em medida cautelar, uma mãe de São José do Rio Preto a interromper a gravidez. O aborto foi feito no Hospital de Base da cidade.

Já no dia 19 do mesmo mês de fevereiro de 2011 o plantão do TJ-SP concedeu liminar ao advogado Marcos Antônio Fávoro, contra decisão dada pelo juiz Rodrigo Risse Fernandes, do Fórum de Santa Adélia, que no dia 11 autorizou, em alvará, uma mãe a fazer o aborto em até 120 dias. Neste caso, o aborto que seria realizado no Hospital Padre Albino, em Catanduva, não foi feito.

Diante de tal situação não há como não se questionar a necessidade urgente de uma legislação específica a respeito do aborto eugênico, deve-se etiquetar o que seja aborto eugênico, com a finalidade de facilitar a atuação jurisdicional do Estado, bem como a compreensão da sociedade eliminando ou mesmo minimizando as controvérsias em relação ao tema.

É preocupante também o fato de que a maioria das decisões judiciais atualmente é morosa, demora um tempo significativo que não condiz com o tempo biológico de uma gestação. Aliás, não foram poucas as decisões judiciais que ficaram prejudicadas pela perda de seu objeto a exemplo do que aconteceu no caso mais emblemático, o de Teresópolis, Rio de Janeiro. Quando ia ser prolatada a decisão final pelo ministro relator do STF, Joaquim Barbosa, o bebê já tinha vindo à óbito, configurando assim um desrespeito em relação à mulher que procura esse judiciário, um desrespeito ao que lhe é mais fundamental como pessoa, a sua dignidade.

Não é possível olvidar as consequências desastrosas que a não legalização do aborto eugênico traz para a saúde individual da mulher e para a saúde pública em si, principalmente por que é grande o número de mulheres que, ao alvedrio, procuram clínicas clandestinas no afã de solucionarem seus problemas.

Infelizmente o que ocorre é o silêncio e a clandestinidade em torno da prática do abortamento voluntário dificultando o conhecimento do problema e aumentando a probabilidade de práticas inseguras. Disto decorre um quadro de risco

para as mulheres, sem possibilidade de controle ou políticas de saúde apropriadas para dirimir possíveis danos.

A condição econômica desfavorável da mulher é o principal fator de vulnerabilidade para as mulheres que optam pelo aborto sem meios de obter procedimentos seguros. Há uma desigualdade que atinge especialmente mulheres em extrema pobreza, negras, indígenas e jovens. A pobreza representa também maior exposição ao estigma social, que se traduz em maior vulnerabilidade às denúncias, ao risco de humilhações e aos abusos quando as mulheres recorrem a serviços públicos de saúde em situação de abortamento incompleto.

5.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EUGÊNICO

O princípio da dignidade humana é o princípio norteador dos demais princípios previstos na Constituição Federal, significa que é reconhecida em todo ser humano sua condição de sujeito de direito e de não ser submetido a tratamento cruel ou desumano.

Esse princípio foi o ponto crucial na defesa do aborto eugênico nos projetos de lei bem como na ADPF de autoria da CNTS, assim como quase todos os entendimentos jurisprudenciais.

A dignidade da pessoa humana dentro desse contexto de defesa do aborto eugênico tem sido discutida nas mais diversas acepções.

O princípio da dignidade humana encontra-se violado quando é imposto à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe que não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração. Essa situação é comparada ao crime de tortura, pois fere o princípio em questão no que tange à integridade física e os danos morais e psicológicos da mulher que sonha com esse momento especial. E como expõe Vieira Segundo (2009, p.1):

A gravidez é um momento especial para mulher, sendo certo, que por muitas vezes esse período é imaginado desde os tempos de menina, assim, exigir que a mesma destrua o sonho de ser mãe, obrigando-a a uma

gravidez de feto que se sabe não ter chance alguma de vida extra-uterina, é absolutamente violador do princípio da dignidade da pessoa humana.

Data vênia o exposto, a gravidez para mulher envolve todo o seu psicológico e impor-lhe uma gestação inviável é violar o que é de mais fundamental como pessoa humana, a sua dignidade.

O intuito da interrupção é a redução do sofrimento e da agonia da mãe. Sua saúde deve ser preservada, bem como sua integridade psíquica, pois a continuação desta gestação irá causar um choque emocional repulsivo, contrariando o disposto no art. 5º, da Constituição Federal que apregoa: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Também é violado o princípio da dignidade humana quando se infringe o direito à saúde. A gestação de fetos anencéfalos pode comprometer a saúde da mulher, e a imposição de uma gestação nessas circunstâncias efetivamente lesa sua saúde física, psíquica e social, configurando total desrespeito aos seus direitos fundamentais. Diante dessa realidade vivida pela mulher, o que não se admite, no Estado Democrático de Direito brasileiro, é imputar à prática do aborto de anencéfalo uma conduta criminosa, uma vez que a gestação indesejada, e nas circunstâncias descritas, ocasiona ofensa à saúde da mulher.

A liberdade e autonomia da vontade da mulher também são questionadas, alegando-se que em casos excepcionais como este, gestação de fetos malformados e inviáveis, os direitos da grávida se sobrepõem aos do feto, devendo prevalecer o direito de liberdade da mesma de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas.

Dentro dessa abordagem é oportuno mencionar as palavras de Valter Xavier (2009, p.27) em seu artigo intitulado *Direito à vida versus Direito à Liberdade*:

O aborto nos casos de anencefalia constitui um tipo de aborto eugênico ainda não enfrentado pelos legisladores, mas que tem sido acolhido pelos juízes mais sintonizados com a realidade dos fatos. Assenta-se tal polêmica no fato de que ao nascituro deve-se assegurar uma possibilidade de vida digna e saudável, capaz de atender ao reclamo maior de sua presença: viabilizar a perenização da espécie. Logo, naquelas hipóteses em que a probabilidade de uma vida digna e saudável se mostra efetivamente remota ou afastada, a exemplo da anencefalia e outras situações de igual dimensão, razoável que se interrompa a gravidez. Mas também nesses casos se afigura indispensável verificar se essa vida “digna e saudável” ultrapassa algumas premissas e preconceitos sem respaldo na realidade da vida, porque bem tênue a linha que separa esse conceito juridicamente palatável dos odiosos ensinamentos de Hitler e seus asseclas.

Nesse diapasão, o que se defende é a defesa da vida digna. O aborto nos casos de possibilidade real e concreta de a criança nascer com defeitos físicos que não implique em sua morte não é uma conduta aceitável, uma vez que a dignidade da pessoa humana não é afetada em nenhum momento. Vale ressaltar que inúmeras personalidades com defeitos físicos contribuíram significativamente para o progresso da humanidade.

Em suma, no caso de aborto de feto sem viabilidade extra uterina, em que se verifica o confronto entre o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, é de se entender que o direito à vida deverá ser relativizado por força de um princípio mais relevante nessa situação que é a dignidade da mulher gestante que se encontra nessa situação tormentosa.

Assim, como bem defende Luiz Flávio Gomes (2009, p.41) o não reconhecimento do aborto anencefálico é um atraso civilizatório incomensurável, que deve à sobreposição das tradições sobre a ciência, das crenças sobre a dignidade humana

5.3 SOLUÇÕES JURÍDICAS AVENTADAS

Não é pacificado um entendimento no âmbito jurídico acerca das soluções jurídicas válidas para legalizar o aborto do tipo eugênico.

Os Magistrados, na grande maioria, têm autorizado a interrupção da gravidez invocando para tanto a excludente de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e mesmo a atipicidade da conduta, quando não equiparam ao aborto necessário e desde que observados os seguintes pressupostos: somente os casos em que há inviabilidade de vida extra uterina; a anomalia deve estar devidamente atestada por perícia médica e haja prova de dano psicológico para a gestante (BEZERRA, 2009, p.77).

Muitas são as decisões no sentido de autorizar a interrupção de gravidez de fetos acometidos de malformação fetal, tendo por base princípios constitucionais de que ninguém é obrigado submeter-se a tratamento desumano e, na dignidade da pessoa humana. Outros usam a analogia em *bonam partem*, pois o prosseguimento

de uma gravidez desse tipo acarretará, sem sombra de dúvidas, sérios danos à saúde mental da gestante, comparando ao permissivo legal, do estado de necessidade.

A atipicidade da conduta do aborto eugênico em casos de anencefalia ganhou respaldo com a nova lei de transplantes (Lei 9.434/97). O legislador brasileiro no art. 3º, caput, da referida Lei, seguindo a evolução médica-científica reconhece a morte cerebral como marco autorizador para a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano (OLIVEIRA JUNIOR, 2009, p.63).

Em sendo assim surge uma situação bastante discutida, afinal o feto com anencefalia será tido como vivo ou não?

Para Luiz Regis Prado (2006), apesar de o aborto eugênico não ser agasalhado pela legislação penal brasileira, o aborto de anencéfalo merece especial destaque, pois em situações como esta o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, ou seja, não existe vida intrauterina a ser tutelada, conseqüentemente, permite-se fundamentar tal aborto em razão da falta de dolo ou culpa, bem como na falta de um resultado típico.

Já Ana Carolina Lima (2009), conclui que o feto anencéfalo não pode ser equiparado ao natimorto, uma vez que preserva o funcionamento do tronco encefálico, o que lhe permite manter as funções vitais vegetativas.

Marco Antonio Becker, médico, vice-presidente do Conselho Federal de Medicina, relator do parecer e da resolução do CFM que versa sobre o uso de órgãos de fetos anencéfalos para transplante, assevera que:

Hoje, a morte não é mais parada cardíaca é morte encefálica. Esse é o conceito do ordenamento jurídico brasileiro após a Lei de transplantes. Com a morte cerebral não há razão para que a mãe, não querendo esperar que a gestação chegue a termo, seja obrigada a mantê-la até o fim, pois ela está gerando um morto cerebral. Portanto, a antecipação terapêutica do parto é uma conseqüência lógica (TERRUEL, 2008, p.2).

Assim, muitos entendem que a questão do feto ser retirado do útero da mulher configura-se fato atípico, não sendo nem mesmo tal ato considerado como aborto, visto que pelo fato do anencéfalo não possuir cérebro, não há então em que se falar em possibilidade de vida.

Corroborando com esse entendimento o doutrinador de direito penal Fernando Capez (2007, p.128-129):

[...] no abortamento de feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico tutelado. O Encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A lei n.9.434, de 4-2-1997, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida uterina. Fato atípico, portanto.

E segundo Luiz Flávio Gomes (2006), não se pretende que o STF crie uma terceira modalidade de exclusão de punibilidade em relação ao aborto. Aquilo que se pede é que ele declare que o aborto anencefálico não se enquadra nos tipos penais desse crime (contemplados nos artigos 124 e ss., do CP). E isso só seria possível sob o fundamento da teoria da imputação objetiva, ou seja, quem cria risco permitido não responde pelo fato praticado. O risco permitido exclui a imputação objetiva. Logo, a tipicidade. O aborto anencefálico não é um fato materialmente típico.

Também há quem defenda a atipicidade, é o caso de Luiz Flavio Furquim dizendo que:

A gestante que se encontrar em gestação em que há comprovação médica da inviabilidade de vida extrauterina por ser o feto anencefálico, caso realize o aborto, não deve ser criminalizada, pois, para nós, sua conduta configura **CRIME IMPOSSÍVEL POR ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO** (art. 17 do Código Penal Brasileiro), pois as manobras abortivas recaem sobre objeto sem vida, pelo menos para o Direito.(VIEIRA SEGUNDO, 2009, p.1).

Ainda vale consignar o entendimento de Rogério Sanches Cunha:

A doutrina ao que parece, procura legitimar essa espécie de abortamento (feto anencefálico), valendo-se de um contorcionismo jurídico alcançado pela interpretação sistemática com a lei 9.434/97, que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Ora, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte (não vida), feto anencefálico não tem vida intrauterina logo, não morre juridicamente (não se mata aquilo que jamais viveu para o direito). A operação terapêutica caminha, desse modo, para a atipicidade.

Outros advogam que a solução jurídica mais encontrada é a exclusão de ilicitude, incluindo no art. 128 o inciso III: "há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o

tornem inviável". Essa foi a solução defendida no anteprojeto de reforma do Código Penal, ampliando, portanto, a extensão do aborto legal. (CERNICCHIARO, 2004, p.27).

E como bem defende Moura Teles apud Gaya (2006, p.56):

A realidade social reclama atitudes mais ousadas do legislador. Para que haja maior proteção aos direitos individuais da mulher, não bastam duas excludentes examinadas, nem tampouco seu alargamento pelo uso da analogia ou de interpretação extensiva. O aborto é uma das mais importantes causas de mortalidade materna. Por outro lado, o avanço da tecnologia médica tem proporcionado o conhecimento prévio, de má formação fetal, algumas indicando sua própria inviabilidade ou o comprometimento da saúde da gestante.

Há ainda aqueles que defendem que a permissão do aborto nos casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante, enquadra-se em uma hipótese de exercício regular de direito, causa excludente de ilicitude, nos termos do inciso III do artigo 23 do Código Penal. A ilicitude manifesta-se quando há transgressão do ordenamento jurídico por meio da prática do tipo penal, contrariando uma conduta que conseqüentemente vem a causar efetiva lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento. Por outro lado, agir licitamente consiste em respeitar o ordenamento jurídico. Assim, aquele que age no exercício regular de direito, realiza uma conduta lícita e autorizada.

A fundamentação para o exercício regular do direito está na própria Constituição Federal, que ao tratar dos princípios fundamentais, dispõe no seu artigo 1º, inciso III, que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: a dignidade da pessoa humana". A consequência direta desse princípio é que num Estado Democrático de Direito, as políticas e decisões devem ser laicas, visando resguardar os direitos e garantias fundamentais.

Parte da doutrina defende a ausência de culpabilidade no caso do aborto anencefálico, apoia-se na inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 396):

[...] algumas decisões de juizes têm autorizado abortos de fetos que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas mães, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser

completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, por vezes a própria interpretação da norma penal que protege a 'vida humana' e não a falsa existência, pois o feto só está 'vivo' por conta do organismo materno que o sustenta. A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da mãe, não suportando gerar e carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meios atualmente de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia uma avaliação judicial antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá.

É dentro desta celeuma que muitos juízes vem decidindo, seja amparado pelos princípios constitucionais, argumentando pela atipicidade do fato, pela inexigibilidade de conduta diversa, utilizando-se da teoria da imputação objetiva ou usando o princípio da analogia. Enfim, embora esse leque de saídas jurídicas para o caso em questão é notório que ainda persistem decisões contrárias ao aborto eugênico, tendo como principal fundamento o aspecto religioso.

Em decorrência desses posicionamentos conflitantes, muitas dessas mulheres sentem uma insegurança jurídica em relação à possibilidade de serem criminalizadas, prejudicando ainda mais seu estado psicológico.

Segundo Gláucia Benute *apud* Alves (2009, p.62), ao solicitar judicialmente a interrupção da gravidez, a gestante experimenta novas angústias e tensões. Durante o período de espera, há grande sofrimento, e quando o pedido é deferido a gestante manifesta sentimento de adequação social e apresenta maior capacidade para lidar com as emoções e a realidade social. Por outro lado, quando há o indeferimento, ela vivencia nova desestruturação emocional, uma vez que sua decisão não encontra respaldo legal e social, sendo que essa desaprovação gera profundo sofrimento.

Diante do exposto é que se verifica o quanto é necessária a atuação do STF ou dos legisladores brasileiros no sentido de se posicionar a favor do aborto eugênico de forma a exarar essa conduta para que não restem dúvidas do direito da mulher gestante, principalmente aquela mais desprovida financeiramente, que numa situação angustiante como esta em tela, poder optar pela retirada do concepto.

6 CONCLUSÃO

O Direito é uma ciência humana, e como tal, deve ter o fim precípua de proteger o bem jurídico “ser humano”, respeitando suas convicções, seu momento histórico e sua dignidade. Sendo assim, não existe um princípio absoluto dentro do direito, mesmo o direito à vida, pode ser relativizado quando em confronto com a dignidade da pessoa humana. E quando esses princípios tão substanciais dentro do Direito nacional e internacional entram em conflito, devem ser criteriosamente analisados numa situação concreta para que, usando a harmonização entre eles, se alcance um bem maior, a justiça.

Assim, a legalização do aborto eugênico impõe essa relativização da vida, visto que a dignidade da mulher gestante deve ser prioridade, pois esta envolve o direito à saúde, à liberdade e à autonomia de optar por interromper uma gestação que não é saudável.

Entra no âmbito dessa discussão a questão do início da vida e também o seu fim, quando o aborto eugênico envolve fetos anencefálicos. Alguns estudiosos consideram que em tal situação não existe vida por não existir atividade cerebral, outros dizem que existe sim uma atividade mesmo que ínfima. Diante de tal impasse é bastante perigoso afirmar que o feto anencefálico não tem vida, além disso, o diagnóstico de morte cerebral ainda é de difícil elucidação na medicina. Há controvérsias em relação ao exato momento da morte. Embora o STF tenha exarado na Lei de Transplantes a morte encefálica como sendo o fim da vida.

O aborto é um tema complexo, polêmico e que precisa ser avaliado racionalmente, sem interferências religiosas dentro do direito. Assim, é inadmissível que diante de todo aparato médico e científico, de todo avanço da medicina fetal, a falta de posituação do aborto eugênico seja um estorvo na vida das mulheres que dispõem de um diagnóstico preciso e seguro de anencefalia.

Embora a maioria dos magistrados considerem os avanços e benefícios das ciências médicas e autorizem a interrupção da gravidez, existem muitos que ainda fazem objeção a essa postura e causam ainda mais angústia e sofrimento para mulher. É a insegurança jurídica nesses casos que faz com que muitas grávidas procurem solucionar a questão de forma escusa buscando estabelecimentos clandestinos, pondo em risco sua saúde. É a insegurança jurídica

que faz essas mulheres desistirem de procurar a “justiça”, constituindo portanto mais um problema na sociedade, a questão da saúde pública.

Os dados estatísticos mostram um aumento significativo pela procura de clínicas clandestinas. Enfim o número de mulheres que abortam nessas clínicas é bastante considerável e as consequências são muitas vezes desastrosas como lesões físicas e até mesmo a morte de mulheres.

Outro fato notório nos estudos realizados é que a lentidão e “burocracia” da máquina judiciária que por vezes, embora autorize o pedido, chega tardia, sem eficácia e com intensificação do sofrimento da mãe diante da espera, papéis e procedimentos necessários para alcançar o fim desejado.

O STF parece estar sensível a essa questão, diante da medida liminar do relator Marco Aurélio de Melo e também do posicionamento de grande parte dos Ministros dessa corte. É evidente a preocupação do Ministro em relação à condição psicológica da mulher diante da certeza da gestação de feto portador de anomalia irreversível e letal.

No que tange à discussão sobre a descriminalização do aborto eugênico, respeitando as decisões contrárias, acreditamos que a teoria que melhor se adequa a situação é aquela que diz ser tal conduta um exercício regular de um direito, causa excludente de ilicitude, nos termos do inciso III, do artigo 23, do Código Penal. Essa ilação é fruto da própria Constituição que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e, além disso, laico, ou seja, a gestante que comete o aborto de fetos malformados e sem viabilidade extrauterina não cometem uma conduta ilícita.

É importante deixar consignado que o tipo de aborto estudado, aborto eugênico, embora tenha uma conotação discriminatória, não visa em momento algum privar de vida um nascituro visando apenas à seleção, pois seria uma atitude odiosa e desumana. O verdadeiro propósito da legalização do aborto eugênico é amenizar o sofrimento da mãe que tem a plena certeza da inviabilidade extrauterina do filho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thaise Candeia. **Aborto e anencefalia à luz da excludentes de ilicitude e dos princípios constitucionais**. Trabalho de conclusão de curso de Direito- Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa 2009.

AMARAL, Fernanda P. **Notas sobre o aborto na América e Europa: direitos reprodutivos versus saúde pública**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_21363/artigo_sobre_notas_sobre_o_aborto_na_america_e_europa:_direitos_reprodutivos_versus_sa%C3%9Ade_p%C3%9Ablica> . Acesso em: 18 abr. 2011.

AZERRAD, Marcos Edgardo. **Aborto: despenalización o no, um debate necesario**. 1. ed. Mendoza: jurídicas Cuyo, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Anencefalia nos tribunais**. São Paulo: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral-catequética. 170. Ed. São Paulo. Editora Ave-Maria, 2006.

BEZERRA, Marcelle Andrízia. **Aborto e anencefalia**. Revista de Direito. v.12, n.15, p.65-87, 11 de agosto de 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 21. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.

BRITO, Sílvio Ricardo Gonçalves de Andrade. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os crimes de sonegação fiscal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2504, 10 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14827>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V. 2. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 649p.

CARDOSO, Leonardo Mendes. **Aborto**: aspectos médicos versus aspectos jurídicos. Revista Jurídica Consulex, ano 13, n.293, p.32-33, março de 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Interrupção da gravidez e o anteprojeto de reforma do código penal**. Revista Jurídica Consulex. ano VIII, nº174, p.27, abr. de 2004.

COSTA, José Ozorio. OPITZ, Nicolas Albrecht. O direito à existência material mínima como possível resposta para as demandas sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 46, 31/10/2007[Internet].Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2425>. Acesso em: 13 de abr. 2011.

COSTA S. Ive Seidel de. **A legalidade do aborto eugênico em casos de anencefalia**. Panóptica, ano 1, n.8, mai-jun 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal, parte especial**, v.3, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p 269-270.

DINIZ, Débora. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Instituto de bioética , Direitos Humanos e Gênero. Disponível em: <<http://www.ccr.org.br/uploads/noticias/PesquisaANISAabortonobrasil.pdf>>. Acesso: 15 de fev. 2011.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001.

FREDIANO, José Memosso Teodoro. **Aborto Eugênico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

FREITAS, Angela. **Aborto. Guia para profissionais de comunicação**. Recife. Grupo Curumim , 2011. Disponível em <http://abortoemdebate.com.br/arquivos/Aborto_Guia_comunicacao.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011.

GAYA, Marlene Correia. **Aborto Eugenésico – Uma Visão Do Tribunal De Justiça De Santa Catarina Frente Ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Buenos Aires, 2006 . Disponível em: <<http://www.webartigos.com>>. Acesso em: 15 de mar. de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Anencefalia nos tribunais**. São Paulo: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

_____. **Aborto anencefálico e Imputação Objetiva: Exclusão de tipicidade(I)**. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=1730>>. Acesso em: 09 de mai. 2011.

_____. **Aborto Anencefálico. Direito não é Religião**. Migalhas, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=69737>. Acesso em: 15 de fev. 2011.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO, **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Letras Livres, 2004.

KRAUSE, Paul Medeiros. **Aborto um crime contra toda a humanidade**. In: Revista Jurídica Consulex, ano XIII, nº293, p.24-26, março, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

LIMA, Carolina Alves de Sousa. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. Curitiba : Juruá Editora, 2009.

LOPES, Adriana Dias. MING, Laura. **Voltamos à pergunta: Quando começa a vida? a definição sobre a gênese do ser humano varia conforme convicções morais, religiosa e científicas**. In: Revista Veja. Editora Abril. Ano 43.n.41. 13 de outubro de 2010.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. **Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Jus

Navigandi, Teresina, ano 9, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em:
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5622>>. Acesso em: 5 de nov. 2010.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. **Anencefalia nos tribunais**. São Paulo: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

MELO, Taisa Navarro Lins . **A Dignidade da pessoa humana a missão da ANS**. In: revista jurídica consulex-ano XII-n.282,p.33, outubro 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, v. 2: parte especial. 27 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006.

MOORE, Keith. PERSAUD, T.V.N. **Embriologia Clínica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **Anencefalia nos tribunais**. São Paulo: Migalhas e Faculdades COC, 2009. 172p.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Descriminação do aborto**: uma visão jurídica. Revista Jurídica Consulex, ano 13, n.293, p.28-31, março de 2009.

PENA, Elis Helena. **Direito Natural, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Artigo 5º**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 26, 28/02/2006 disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=970>. Acesso em 13 de abr. 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2,p123-124,2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

SIMON, Henrique Smidt. Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à Luz da decisão do STJ no hc n. 32.159/RJ. In: **Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana^{JCR}**, v. 1, 2006. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Henrique%20Smidt%20Simon.pdf>. Acesso em: 28 de abr. 2011.

STRUBBI, Mario Santiago. **Aspectos constitucionais del aborto**. 1. ed. Rosário. Nova Tesis Editorial jurídica. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva 2007.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. **O neonato Anencéfalo e a possibilidades de doação de órgãos**. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10937/o-neonato-anencefalo-e-a-possibilidade-de-doacao-de-orgaos>>. Acesso 8 de maio de 2011.

Tribunal da Alçada de Minas Gerais, **Apelação Cível nº0275864-9**: Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1180>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

Tribunal da Alçada de Minas Gerais, **proc. 230209-6, Ferreira Esteves**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1180>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal 98.003566-0**. Des. Rel. Jorge Mussi. Julgado em 05 mai 1998. Disponível <http://www.phmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=376:anencefalia-a-impossibilidade-de-abortamento&catid=41:artigos&Itemid=173>. Acesso em: 10 abr. 2011.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais: **Apelação cível nº 1.0079.07.343179-7/001 - Comarca de Contagem - relatora: Exm^a. Sr^a. Des^a. Cláudia Maia**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0079&ano=7&txt_processo=343179&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

VIEIRA SEGUNDO, Luis Carlos Furquim. **O aborto de feto anencefálico**. Jus Vigilantibus. 2 mar. 2009. Disponível em <<http://jusvigilantibus.com.br/revista/texto/>>. Acesso em: 20 out. 2010.

XAVIER, Valter. Direito à vida versus Direito à liberdade. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano 13, n.293, p.27, março de 2009.

ZAMAI, Ernest. **Legalização do aborto eugênico**. Disponível em: <<http://meuartigo.brasilecola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

ANEXO A - ABORTO NO BRASIL: UMA PESQUISA DOMICILIAR COM TÉCNICA DE URNA

Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna

Abortion in Brazil: a household survey using the ballot box technique

Débora Diniz - - UnB e Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

Debora Diniz, UnB e Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

anis@anis.org.br

Marcelo Medeiros - medeiros@igualdade.org.br

Resumo

O artigo apresenta os primeiros resultados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), um levantamento por amostragem aleatória de domicílios, realizado em 2010, cuja cobertura abrangeu as mulheres com idades entre 18 e 39 anos em todo o Brasil urbano. A PNA combinou duas técnicas de sondagem: a técnica de urna e questionários preenchidos por entrevistadoras. Seus resultados indicam que, ao final da vida reprodutiva, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto, ocorrendo os abortos em geral nas idades que compõem o centro do período reprodutivo das mulheres, isto é, entre 18 e 29 anos. Não se observou diferenciação relevante na prática em função de crença religiosa, mas o aborto se mostrou mais comum entre mulheres de menor escolaridade. O uso de medicamentos para a indução do último aborto ocorreu em metade dos casos e a internação pós-aborto foi observada em cerca de metade dos abortos. Tais resultados levam a concluir que o aborto deve ser prioridade na agenda de saúde pública nacional.

Palavras-chave Aborto Induzido. Pesquisa de Aborto. Aborto Médico. História Reprodutiva. Técnica de Urna. Brasil

Abstract

This study presents the first results of the National Abortion Survey (PNA, Pesquisa Nacional de Aborto), a household random sample survey fielded in 2010 covering urban women in Brazil aged 18 to 39 years. The PNA combined two techniques, interviewer-administered questionnaires and self-administered ballot box questionnaires. The results of PNA show that at the end of their reproductive health one in five women has performed an abortion, with abortions being more frequent in the main reproductive ages, that is, from 18 to 29 years old. No relevant differentiation was observed in the practice of abortion among religious groups, but abortion was found to be more common among people with lower education. The use of medical drugs to induce abortion occurred in half of the abortions, and post-abortion hospitalization was observed among approximately half of the women who aborted. Such results lead to conclude that abortion is a priority in the Brazilian public health agenda.

Keywords Induced Abortion. Abortion Surveys. Medical Abortion. Reproductive History. Ballot Box Technique. Brazil.

Introdução Os dados sobre a magnitude do aborto provocado no Brasil devem ser examinados à luz do contexto restritivo da lei. O aborto é um crime e as mulheres são penalizadas por sua prática. Os pesquisadores não têm como oferecer medidas de sigilo ou proteção às mulheres que participarem das pesquisas, sejam elas realizadas em hospitais ou em suas residências. Não há direito ao sigilo para o exercício da pesquisa no Brasil. Foi nesse contexto paradoxal de contraste entre a lei penal e as necessidades de saúde das mulheres que grande parte dos estudos sobre magnitude do aborto foi conduzida no Brasil nas últimas décadas para subsidiar as políticas de saúde reprodutiva 1,2 Os principais estudos sobre a magnitude do aborto no Brasil utilizaram três tipos de abordagem metodológica 1. O primeiro parte de registros de internações hospitalares para procedimentos médicos relacionados à prática do aborto, tais como a curetagem, sendo os cálculos mais recentes baseados em registros do Sistema Único de Saúde (SUS). A estes registros de internação aplicam-se fatores de correção para estimar o fenômeno do aborto provocado em nível nacional 3,4. O segundo tipo constitui-se de pesquisas à beira do leito, com mulheres internadas por complicações do aborto, nas quais as histórias de aborto são recuperadas por profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento médico. Grande parte dos estudos brasileiros sobre aborto foi assim realizada e apresenta dados de hospitais específicos ou determinadas localidades 5-8. O terceiro tipo combina novas técnicas de coleta da informação, mas procura pesquisar o fenômeno do aborto provocado também fora do ambiente hospitalar, tais como fizeram as sondagens com uso de técnica ao azar e técnica de urna 9-12. Assim como as pesquisas à beira do leito, as pesquisas com técnicas de sigilo foram realizadas em localidades específicas. As estimativas da magnitude do aborto divergem conforme as técnicas e fontes utilizadas 13-15. A aplicação de distintos métodos de coleta de informação sobre aborto utilizando questionários em diferentes amostras de população levou a estimativas variadas. De acordo com o estudo de Lara e colaboradores, realizado no México, a técnica de resposta ao azar encontra taxas de aborto mais elevadas, muito embora apresente as desvantagens de provocar erros de interpretação entre mulheres de baixa escolaridade e exigir amostras muito maiores 13. Os questionários autoadministrados alcançam taxas menores, mas são a técnica mais recomendada quando se pretende obter outras informações das entrevistadas. Em seguida vêm as entrevistas por computador autoadministradas e as entrevistas face a face. No Brasil, Silva, após estudar um bairro da cidade de São Paulo, concluiu que entrevistas face a face levavam a uma omissão de respostas sobre aborto de 80 em cada 100 mulheres entrevistadas 12. Até o momento, as estimativas de aborto para todo o Brasil baseiam-se em técnicas indiretas. Um estudo baseado em internações associadas ao aborto em serviços públicos de saúde, por exemplo, calcula que houve 2,07 abortos para cada 100 mulheres entre 15 e 49 anos em 2005 3. Todavia, estimativas desse tipo dependem de um parâmetro – a razão de internações por aborto – que neste caso foi estabelecido assumindo-se que 20% dos abortos resultaram em internação registrada pelo Sistema de Internações Hospitalares do SUS. As técnicas diretas de estimação não dependem desse multiplicador e podem, na verdade, contribuir para determiná-lo mais corretamente. Estimativas diretas foram realizadas, mas para áreas geográficas menores. Um inquérito aplicou com sucesso a técnica de urna em uma amostra de domicílios na cidade de Pelotas (RS). A técnica de urna consiste em um questionário sigiloso preenchido pelas entrevistadas e depositado em uma urna, sendo indicada como uma das melhores alternativas para esse tipo de estimativa. O estudo de Pelotas identificou a indução de aborto em 7,2% das

mulheres de todas as idades entrevistadas, quase o dobro do valor obtido quando a técnica de levantamento foi a das questões indiretas 10. No grupo das mulheres que concluíram sua vida reprodutiva (45 a 49 anos), a estimativa é de que 12% delas induziram o aborto ao longo da vida. Esse valor do estudo de Pelotas guarda alguma semelhança com outros realizados na Colômbia e no México. Um inquérito nacional aplicando a técnica de urna em 1992 encontrou que 22,9% das mulheres urbanas de 15 a 55 anos fizeram aborto na Colômbia 16. Em pesquisa na Cidade do México e na área rural de Chiapas (México), Lara e colaboradores estimam que, em 2001, 21,7% das mulheres de 15 a 55 anos entrevistadas já haviam tentado induzir o aborto ao menos uma vez na vida 13. Posteriormente, utilizando a técnica de resposta ao azar em uma amostra de todo o país, os autores estimaram uma incidência total de aborto induzido no México de 16% 17. Este artigo apresenta os primeiros resultados da Pesquisa Nacional de Aborto (PNA). A PNA é um levantamento por amostragem aleatória estratificada de domicílios que combinou duas técnicas de sondagem: a técnica de urna e questionários preenchidos por entrevistadoras. Sua cobertura abrangeu mulheres com idades entre 18 e 39 anos em 2010, em todo o Brasil urbano. O objetivo da PNA é oferecer dados sobre aborto no Brasil, a fim de subsidiar ações de saúde pública para as mulheres em idade reprodutiva e fornecer informações necessárias para o desenho de novas sondagens do tipo e parâmetros para estimativas indiretas.

Metodologia

Os dados foram levantados junto a mulheres adultas combinando duas técnicas sequenciais. Primeiro, questionários autopreenchidos depositados em urna, procedimento conhecido como técnica de urna (ballot box technique), com perguntas fechadas sobre aborto. Segundo, questionários face a face preenchidos por entrevistadoras, que indagavam sobre informações sociais e demográficas. O objetivo da urna é enfatizar, no momento da entrevista, o sigilo das respostas, a fim de melhorar a fidedignidade de respostas a questões socialmente controversas. A técnica, utilizada com sucesso em levantamentos anteriores sobre aborto 1,13,10, foi inicialmente desenhada para pesquisas de intenção de voto 18 e estudos indicam que seu uso reduz drasticamente a incidência de não resposta a certas questões 19,20. A urna e o questionário apresentavam textos e indicações gráficas que enfatizavam o sigilo das respostas, e a introdução oral às entrevistas deliberadamente reforçava seu caráter confidencial. A metodologia e os questionários de urna foram validados em um procedimento de dez etapas que incluíram três rodadas de avaliação por equipes externas de especialistas e dois testes de campo em que se aplicaram técnicas mistas sequenciais de entrevista (questionário e roteiro estruturado) em amostras aleatórias de domicílios. Ao todo, sete modelos de questionários foram avaliados para a produção da versão final do questionário de urna. Os procedimentos de validação dos instrumentos de pesquisa serão apresentados em detalhe em outra publicação. O universo amostrado pela pesquisa constitui-se de mulheres com idades entre 18 e 39 anos alfabetizadas e residentes no Brasil urbano em 2010. A idade mínima de 18 anos assegurava maioria legal às respondentes e a máxima de 39 anos buscava minimizar erros de memória, um problema importante no caso de questões controversas 21. Essa faixa etária compreende a maioria dos eventos reprodutivos das mulheres brasileiras. A alfabetização era um requisito inevitável para o tipo de questionário utilizado e a restrição a áreas urbanas buscava reduzir o viés associado à não realização de entrevistas por analfabetismo, cuja incidência entre mulheres acima de

30 anos é elevada em zonas rurais, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2008 22. O inquérito foi realizado em uma amostra aleatória estratificada de domicílios com alocação proporcional à população de cada estrato. A amostra foi desenhada para um nível de confiança de 95%, com erro amostral de dois pontos percentuais para os resultados nacionais. Os estratos da amostra foram compostos pelas unidades da Federação, sendo as capitais e os municípios de regiões metropolitanas incluídos com probabilidade igual a um e tamanho da amostra proporcional às suas populações. Dentro de cada estrato, amostras probabilísticas de conglomerados foram selecionadas em três estágios: municípios com probabilidade proporcional ao tamanho (da população de mulheres alfabetizada de 18 a 39 anos), setores censitários com probabilidade proporcional ao tamanho (da população de mulheres alfabetizada de 18 a 39 anos) e mulheres em domicílios, utilizando cotas proporcionais de idade, condição de ocupação laboral e grau de instrução, resultando em uma amostra autoponderada de 2.002 entrevistas. Foi entrevistada apenas uma mulher por domicílio. A amostragem e as entrevistas foram realizadas pela Agência Ibope Inteligência, com o trabalho de campo ocorrendo entre 13 e 21 de janeiro de 2010.

Cada entrevistada respondeu dois questionários, um autopreenchido e depositado na urna e outro aplicado por uma entrevistadora do sexo feminino 23. Os dois questionários possuíam códigos que permitiam seu pareamento, mas não a identificação das participantes. O questionário da urna confirmava a idade exata e perguntava se a mulher havia realizado aborto; em caso afirmativo, com que idade foi o último aborto; se usou medicamento para fazê-lo e se ficou internada em função desse aborto. O questionário aplicado pela entrevistadora continha questões sobre alfabetização, faixa etária, escolaridade, condição de ocupação laboral, frequência ao posto de saúde e ginecologista, situação conjugal, fecundidade, tamanho da família, religião e renda familiar. Seguindo recomendações para questionários autopreenchidos sobre saúde sexual e reprodutiva em populações que incluem pessoas com baixa escolaridade, o formato do questionário da urna era simples, sem questões conceitualmente complexas ou envolvendo ordenamentos e respostas múltiplas 24. As perguntas foram realizadas em três etapas: questionário das entrevistadoras, questionário da urna e retorno ao questionário das entrevistadoras. A entrevista tinha início com questões sobre alfabetização, faixa etária, escolaridade e condição de ocupação laboral, que determinavam as cotas amostrais e, portanto, a seleção para participação na pesquisa. Em seguida, estavam questões de frequência ao posto de saúde e ginecologista, seguidas do questionário da urna. Finalmente, depois de depositado o questionário, concluíam-se a entrevista com questões sobre situação conjugal, fecundidade, tamanho da família, religião e renda familiar apresentadas pelas entrevistadoras. O questionário da urna perguntava à mulher "Você já fez aborto alguma vez?". Além disso, a informação contextual do restante do questionário (três questões adicionais) enfatizava a sondagem do aborto induzido. Mesmo assim, apesar da redação utilizada ter como objetivo a captação do aborto induzido, é possível que tenha captado também abortos espontâneos. Enunciados alternativos, mais incisivos na identificação da indução, foram avaliados nos pré-testes e descartados.

As estimativas referem-se a abortos feitos em qualquer período da vida das mulheres e não apenas àqueles ocorridos em 2010. As características sociodemográficas das mulheres são as observadas em 2010, mas são também apresentadas informações sobre o último aborto realizado. A escolha pelo último aborto teve como objetivo reduzir eventuais erros de memória. A PNA foi financiada

pelo Fundo Nacional de Saúde, como parte de uma investigação extensa sobre políticas de saúde reprodutiva no Brasil, e conduzido por duas instituições de pesquisa, a Universidade de Brasília e a Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. O projeto de pesquisa foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília e aprovado antes de sua execução, em conformidade com as diretrizes do Conselho Nacional de Saúde 25. O termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) foi obtido oralmente e antes do início de cada abordagem às mulheres, como forma de garantir o sigilo e anonimato dos dados. Não houve registro de recusa quanto à aceitação do TCLE oral e as pesquisadoras de campo foram instruídas para o encaminhamento ao posto de saúde em caso de desconforto psicológico causado pela entrevista ou em caso de demandas por serviços de saúde reprodutiva. No entanto, não houve intercorrências dessa natureza.

Resultados

Há uma produção relativamente extensa sobre o tema do aborto no Brasil que foi tratada por revisões recentes 1,2. Todavia, dois fatores impedem a discussão dos resultados da PNA à luz dos achados de outras investigações sobre a magnitude do aborto no país. Primeiro, o campo é caracterizado por estudos de natureza local, sendo os estudos de abrangência nacional escassos. Segundo, a metodologia utilizada nas estimativas nacionais não permite comparação: os estudos abrangendo o Brasil estimam indiretamente a ocorrência de abortos em um período determinado, ao passo que a PNA estima diretamente mulheres que já fizeram aborto em algum momento da vida. As diferenças nos períodos de referência – ano e ao longo da vida – e nos objetos – abortos e mulheres que fizeram um ou mais abortos – fazem com que a comparação entre os resultados não seja possível. Em 2010, no Brasil urbano, 15% das mulheres entrevistadas relataram ter realizado aborto alguma vez na vida (Tabela 1). Os resultados não se referem a números e proporções de abortos, mas sim a mulheres que fizeram aborto. Essas unidades de mensuração não são as mesmas, porque uma mulher pode abortar mais de uma vez ao longo da vida. O número de abortos é, seguramente, superior ao número de mulheres que fizeram aborto, mas os dados desta pesquisa não permitem estimar quanto. Além disso, o número total de abortos no país será maior do que o indicado neste estudo se as áreas rurais e a população analfabeta forem também contabilizadas. Assim como outros fatos cumulativos relacionados à vida reprodutiva, a proporção de mulheres que fizeram aborto cresce com a idade. Essa proporção varia de 6% para mulheres com idades entre 18 e 19 anos a 22% entre mulheres de 35 a 39 anos. Isso mostra o quanto o aborto é um fenômeno comum na vida reprodutiva das mulheres. Em termos simples, isso significa que, ao final de sua vida reprodutiva, mais de um quinto das mulheres no Brasil urbano fez aborto. Além da idade no momento da entrevista, a PNA perguntou a idade de realização do último aborto. As evidências do inquérito indicam que o aborto não é feito apenas para retardar o início da vida reprodutiva ou evitar filhos em idades avançadas. Na verdade, cerca de 60% das mulheres fizeram seu último (ou único) aborto no centro do período reprodutivo, isto é, entre 18 e 29 anos, sendo o pico da incidência entre 20 e 24 anos (24% nesta faixa etária

apenas). Vale notar ainda que 15% das mulheres não sabem ou não responderam a idade com que realizaram o último aborto. O aborto é mais frequente entre mulheres de escolaridade muito baixa. A proporção de mulheres que fizeram aborto alcança 23% entre aquelas com até o quarto ano do ensino fundamental (ou nível equivalente), ao passo que entre mulheres com o ensino médio concluído é de 12%.

É difícil, porém, imputar à escolarização um determinante direto do aborto por pelo menos duas razões: 1. os resultados refletem uma distribuição etária da educação na qual o nível de escolaridade é menor entre grupos que acumularam mais abortos ao longo do tempo, ou seja, as mulheres mais velhas; e 2. porque é razoável crer que os efeitos indiretos da educação sobre o aborto – afetando participação no mercado de trabalho e salários, padrões de união conjugal, etc – sejam tão ou mais importantes que os efeitos diretos do nível de informação sobre reprodução e sexualidade que uma maior escolaridade seria capaz de acrescentar. A incidência de aborto entre as mulheres de diferentes religiões é praticamente igual. Não foi observada nenhuma diferença significativa entre grupos religiosos, estando boa parte das variações observadas dentro das margens de erro da pesquisa. Como a PNA reflete a composição religiosa das mulheres urbanas brasileiras, pouco menos de dois terços das mulheres que fizeram aborto são católicas, um quarto, rotostantes ou evangélicas, e menos de um vigésimo, de outras religiões. Cerca de um décimo não respondeu ou não possui religião.

Tabela 1

Realização de aborto segundo características sociais – mulheres de 18 a 39 anos, Brasil urbano, 2010 Como se observa na Tabela 2, cerca de metade das mulheres que fizeram aborto utilizaram algum tipo de medicamento para induzi-lo. Os abortos ilegais realizados com medicamentos tendem a ser mais seguros que os que utilizam outros meios, em particular quando o medicamento usado é o misoprostol, popularizado no Brasil na década de 1990 26. A PNA não identifica quais os medicamentos utilizados pelas mulheres, mas é possível que entre eles o isoprostol ocupe uma posição importante. Se isso for verdade, os níveis de segurança do aborto não hospitalar no Brasil devem ser hoje superiores aos observados em décadas passadas, uma hipótese que se fortalece com a queda da morbimortalidade por aborto inseguro no país 1,2. Todavia, há ainda outra metade das mulheres que aborta sem recorrer a medicamentos e, nos casos de indução, é possível que essas mulheres estejam abortando sob condições de saúde precárias, uma vez que grande parte delas tem baixo nível educacional.

Tabela 2

Características de mulheres que fizeram aborto – mulheres de 18 a 39 anos, Brasil urbano, 2010 Os níveis de internação pós-aborto são elevados e colocam o aborto como um problema de saúde pública no Brasil. Cerca de metade das mulheres que fizeram aborto recorreram ao sistema de saúde e foram internadas por complicações relacionadas ao aborto, o que corresponde a 8% das mulheres entrevistadas. Boa parte dessa internação poderia ter sido evitada se o aborto não fosse tratado como atividade clandestina e o acesso aos medicamentos seguros para aborto fosse garantido.

Conclusões

A Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) combinou duas técnicas de sondagem, técnica de urna e questionários preenchidos por entrevistadoras, para levantar dados sobre aborto no Brasil urbano em uma amostra estratificada de 2.002 mulheres alfabetizadas com idades entre 18 e 39 anos em 2010. Seus resultados referem-se a mulheres que abortaram, e não a abortos. O número de abortos no país é superior ao contabilizado pela pesquisa, não só porque uma mesma mulher pode abortar mais de uma vez, mas também porque as mulheres analfabetas e as áreas rurais do Brasil não foram cobertas pelo inquérito. A PNA indica que o aborto é tão comum no Brasil que, ao completar 40 anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto. Tipicamente o aborto é feito nas idades que compõem o

centro do período reprodutivo feminino, isto é, entre 18 e 29 anos, e é mais comum entre mulheres de menor escolaridade, fato que pode estar relacionado a outras características sociais das mulheres de baixo nível educacional. A religião não é um fator importante para a diferenciação das mulheres no que diz respeito à realização do aborto. Refletindo a composição religiosa do país, a maioria dos abortos foi feita por católicas, seguidas de protestantes e evangélicas e, finalmente, por mulheres de outras religiões ou sem religião. O uso de medicamentos para a indução do último aborto ocorreu em metade dos casos. Considerando que a maior parte das mulheres é de baixa escolaridade, é provável que para a outra metade das mulheres, que não fez uso de medicamentos, o aborto seja realizado em condições precárias de saúde. Não surpreende que os níveis de internação pós-aborto contabilizados pela PNA sejam elevados, ocorrendo em quase a metade dos casos. Um fenômeno tão comum e com consequências de saúde tão importantes coloca o aborto em posição de prioridade na agenda de saúde pública nacional.