

DA INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA DO ABORTO E RETIPIFICAÇÃO PENAL

Emerson Ademir Borges de Oliveira*

INTRODUÇÃO

Em meio a tantas discussões acerca da descriminalização do aborto, não há assunto em pauta que mereça um aprofundamento mais amplo. O posicionamento – contrário ao aborto – expressamente declarado desde o título desse texto demonstrará seu embasamento ao longo das frentes de trabalho assumidas.

Essa breve introdução sobre o assunto versa acerca das relações constitucionais e penais no que tange respeito ao aborto, e também apresenta uma nova proposta de tipificação, tendo em base as conclusões alcançadas.

Em ordem, as grandes questões a que se propõe esse estudo são: o feto pode ser considerado um ser vivo? Como se dá sua formação? Como se processa o aborto e quais suas implicações? Qual o amparo desse posicionamento acerca da proibição do aborto? Como melhor ficaria a tipificação penal sobre o tema?

O método utilizado é dedutivo, como poder-se-á aferir das conclusões, pois parte-se do direito constitucional à vida para se chegar à proibição da mesma em relação ao aborto, pois o feto é ser vivo. Além disso, apóia-se no método dialético por haver confronto direto com os argumentos contrários ao nosso entendimento.

Quanto à organização do texto, primeiramente, nos proporemos a fazer uma análise rápida, sob o ponto de vista da embriologia, sobre a formação do feto e suas características enquanto ser humano. Essa primeira parte, embasada num ramo da ciência médica, faz-se profundamente necessária, como poder-se-á demonstrar em momento hábil.

* Acadêmico do 3º ano do curso de Direito do UNIVEM. Monitor na disciplina Introdução ao Estudo do Direito

Num segundo momento, partir-se-á para a análise da vida do ponto de vista do Direito. Englobam-se as definições de “vida” para as diversas áreas do Direito: Constitucional, Penal, Civil etc.

Retorna-se então para as ciências médicas, para que se possa proceder uma varredura literária sobre de como se dá o processo abortivo, suas implicações e as reações do feto.

Num último momento, partir-se-á para a defesa constitucional da vida, presente na Carta Federal desde 1891, e recém selada em 1988, inclusive debatendo os abortos considerados legais pelo Código Penal, de 1940, e propondo uma recolocação penal das tipificações.

DESENVOLVIMENTO

Fertilização, gravidez e formação do feto

Aristóteles, de certa feita, disse: “aquele que vê as coisas crescerem desde o início terá a melhor visão delas”. Gostaria de que essa falta de visão mais ampla fosse a justificativa para tão alargada discussão acerca da descriminalização do aborto¹. A vida, desde a sua formação, se circunda de processos tão precisos que não há como um defensor da mesma se postar a favor de métodos abortivos, mesmo aqueles previstos como legais no nosso Código Penal. Todo processo deve ser tão perfeito para a formação normal do embrião e do desenvolvimento do feto que um mínimo erro pode levar a defeitos sérios na criança, isso se ela não vir a óbito.

Pois bem, a fertilização ou fecundação ocorre através de conjunção carnal ou através de outros meios artificiais. Nela, o espermatozóide perfura a parede do ovócito com o uso de enzimas do seu acrossoma e libera seu núcleo, que contém os cromossomas, no interior do ovócito. Uma vez dentro, dá-se início uma “complexa seqüência de ‘eventos

¹ O site da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família <<http://www.providafamilia.org>> traz o pertinente comentário: “A prática do aborto está relacionada à falta de informações. A mulher que conhece a verdadeira natureza do aborto não mata seu filho. Toda a estratégia dos que defendem a ‘cultura da morte’ está baseada em meias-verdades, eufemismos e mentiras.”

moleculares coordenados”², que vão da divisão meiótica do ovócito até uma divisão mitótica da célula dentro do zigoto, ou ovócito fertilizado.

Destas seqüenciais divisões, conhecidas como clivagem, se dá origem ao blastômero que se aloja superficialmente na parede do útero, conhecida como endométrio. Todo esse processo se decorre em uma semana.

A identificação certa da gravidez se dá através de algumas constatações, como nos coloca França³, fora disso são somente presunções ou probabilidades: “Movimentos do feto, batimentos do coração fetal, sopro uterino, rechaço uterino (sinal de Puzos), palpação de segmentos fetais, estudo radiológico do esqueleto fetal, ultra-sonografia, laparoscopia e testes biológicos da gravidez”⁴.

Continuando, até o final da terceira semana, o embrião forma-se primitivamente, destacando-se o tubo neural, os vasos sanguíneos e o sangue. Na quarta semana começa o desenvolvimento embrionário, que vai desde o crescimento do embrião até a formação dos tecidos e órgãos, e tem término, geralmente, na oitava semana. Para se ter uma idéia da importância dessa fase, nela ocorre o desenvolvimento dos olhos, nariz, dedos, pulmões, coração, fígado etc, ainda que o embrião tenha apenas 30 mm de comprimento.

Daí em diante decorre o período fetal, abrangendo da nona semana até o parto. Nele há o crescimento, desenvolvimento e a individualização do embrião – caracterização das particularidades aparentes do ser humano - até que atinja o tamanho médio de 36 cm.

Do período de desenvolvimento embrionário algumas notas importantes podem ser aferidas. Para se ter uma idéia, com apenas 56 dias os pulmões já são dotados dos brônquios principais, direito e esquerdo, com subdivisões bronquiais terciárias ou segmentares.

O fígado até a décima semana cresce rapidamente, preenchendo volumoso espaço na cavidade abdominal. O desenvolvimento e a segmentação funcional do órgão é determinada pela “quantidade de sangue oxigenado que foi da veia umbilical para o fígado”⁵.

Os ossos dos membros começam a se formar logo ao fim do período embrionário. Enquanto isso, os músculos desenvolvem-se com cerca de apenas quarenta e um dias. A

² MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. Rio de Janeiro, 2000. p.32

³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro, 1998. p. 200.

⁴ ALMEIDA JÚNIOR; COSTA JÚNIOR. **Lições de Medicina Legal**, São Paulo, 1998. p.358-359.

⁵ MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. Rio de Janeiro, 2000. p. 267.

formação das meninges da medula espinhal podem ser analisadas, por sua vez, já com a ocorrência de líquido, com apenas oito semanas. Aliás, logo no vigésimo dia já é possível notar a ocorrência de encéfalo.

Notoriamente, por fim, há destaque para a formação do coração e dos vasos. Logo ao final da terceira semana já há a formação de um coração tubular e na quarta semana já pode ser visualizado o fluxo sanguíneo. Com o tempo o coração ganha suas subdivisões – átrios e ventrículos – e o sistema de veias e artérias se expande e organiza. Todavia, é possível notar já no início da quarta semana os batimentos do coração embrionário. Assim, se se tomar por vida o início dos batimentos cardíacos – já que se toma por morte a cessação dos mesmos – então logo se concluiria que tão cedo o nascituro se faz ser humano⁶. Nathanson conclui: “Como cientista, não é que eu acredite, mas é que sei que a vida começa no momento da concepção e deve ser inviolável.”

De uma forma geral, essas brevíssimas noções introdutórias de embriologia clínica se perfazem de suma importância para que se tenha uma idéia da formação da vida enquanto a mulher ainda nem sabe da própria gravidez. Mas como negar vida a esse ser humano em desenvolvimento? Como lhe negar direitos?

Um dos grandes argumentos dos defensores da prática abortiva é de que a mãe tem o direito de dispor da vida da criança porque esta é extensão daquela. Nada mais inadmissível. A criança é uma vida a parte, apenas dependente direto da mãe enquanto não vir a nascer, sendo que a mãe tem a obrigação de zelar pela vida do feto⁷. “Portanto, o ovo, embrião ou feto é um ser humano em formação no ventre materno e não simples apêndice ou parte da mãe”⁸

⁶ “As you can see, there is no revolution or dramatic changes, in the form or in the substance, of this person, through all this development stage”. No vernáculo: “Como podem ver, não há nenhuma revolução ou mudanças dramáticas, na forma ou na substância, dessa pessoa durante essa fase de desenvolvimento”. Bernard N. Nathanson, que já cometeu cerca de 5000 abortos, mas hoje é um dos maiores defensores da vida, em seu vídeo “**O Grito Silencioso**” usa as colocações acima para explicar que não há grandes alterações durante a quarta semana até o nascimento. Ou seja, a formação do embrião se dá em suma entre a concepção e a quarta semana.

⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo, 1995. p.6.

⁸ “para os concepcionistas, o ser ‘concebido’ e ainda não nascido já é pessoa, independentemente de sua viabilidade, e assim, sob as bases daquela doutrina, nenhuma razão têm para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa (...) Ao não admitirem isso, o que é paradoxal, reforçam o argumento dos natalistas de que o nascituro é parte das vísceras maternas”. SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**, Belo Horizonte, 2000. p.174.

A vida, a gravidez e o nascituro para o Direito

Diante disso tudo, a partir de quando seria esse embrião ou feto sujeito de direitos? Ou seja, desde que momento tem ele o respaldo do ordenamento jurídico e a proteção de sua vida, já que não pode se defender sozinho? Essa é uma análise que faremos sob diversos vieses do nosso ordenamento.

Para o Direito Civil, logo no 1º artigo do Código Civil, “toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Começa, no entanto, a resguardar esses direitos, enquanto pessoal, a partir do nascimento com vida. É o que se chama de personalidade, ou a “capacidade para ser titular de direitos”⁹. Todavia, o artigo 2º supre essa ausência de proteção antes do nascimento com vida, resguardando os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Para Silvio Rodrigues (2003, p.36):

Nascituro é o ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus¹⁰.

No entanto, Clóvis Beviláqua, em seu Projeto de Código Civil, insistia em adotar postura diferente, afirmando que a personalidade se inicia com a concepção, com a condição de que o nascituro nasça com vida.

Por fim, Fernandes bem resolve a questão:

Distinção que se deve fazer é aquela existente entre o reconhecimento da existência da personalidade e a proteção aos direitos do nascituro, desde a concepção. Trata-se, evidentemente, de uma expectativa legal em torno de uma vida humana. Não afirma a lei que o produto da concepção tenha personalidade no início da vida intra-uterina. No campo do direito tal assertiva não se justificaria. Mas a lei assegura os direitos daquele que, não tendo personalidade, já foi gerado, isto é, já o é em potência. A proteção à pessoa do nascituro é uma ficção legal, justificada pela esperança do nascimento de um ser humano. Não há qualquer paradoxo, assim, entre a negação da personalidade ao nascituro, de um lado, e a proteção dada aos seus direitos¹¹.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo, 2003. p.35.

¹⁰ *idem*, *ibidem*. p.36.

¹¹ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. São Paulo, 1984. p.50.

O Direito Penal, por sua vez, trata dos direitos da pessoa humana, nos quais se inclui a vida, como “inseparáveis da individualidade humana, direitos *personalísimos*, integrando o *direito de personalidade*, como escreve Maggiore, que o define como o conjunto de condições de que dependem a conservação. A liberdade e a dignidade da pessoa”¹². Além disso, são bens tratados como públicos. Ou seja, o interesse em suas conservações é do próprio Estado.

O mesmo Código Penal, em seu artigo 121, protege a vida diretamente através da tipificação do homicídio. Ainda que não haja um conceito unânime para “vida”, esta é tida através da análise não somente da respiração, mas também dos batimentos cardíacos, movimento circulatório, atividade cerebral etc¹³. Além disso, Magalhães Noronha assim trata a questão da proteção da vida, além do interesse do Estado:

A vida é um bem jurídico individual e social. Cada indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la, incumbindo ao Estado assegurar as condições de sua existência. Cabe-lhe a tutela desse bem, como lhe compete a de outros: a honra, a liberdade, o patrimônio etc. É ela o bem supremo da pessoa e tanto basta para assegurar-se sua defesa e proteção¹⁴.

Nestes termos, parece impensável que tanta proteção seja ignorada alguns artigos a frente quando dos parágrafos que permitem o aborto em determinadas situações. O Código Penal, nesse sentido, se apresenta, no mínimo, contraditório.

Pois bem, em continuidade, passa-se a analisar o conceito para o Direito do Trabalho. A CLT e a Constituição Federal tratam com o maior respeito possível a mulher grávida, na expectativa de que vá de fato gerar o filho que traz. Sérgio Pinto Martins (2001, p.525) resume esse zelo:

Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados por mais duas semanas cada um, mediante atestado médico. Em caso de parto antecipado, a mulher também terá direito aos 120 dias. Em casos excepcionais, a empregada poderá mudar de função mediante determinação do médico. A mulher grávida também poderá rescindir o contrato de trabalho em função da gravidez, desde que a continuação do trabalho lhe seja prejudicial à saúde, conforme determinação médica, não sendo necessário conceder aviso prévio ao empregador. Mesmo em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 dias do salário-maternidade¹⁵.

¹² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo, 1998. p.13.

¹³ *idem, ibidem*. p.16.

¹⁴ *idem, ibidem*, p.17.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo, 2001 p. 525.

Além disso, para que não haja atrito entre empregador e empregada, os salários da gestante são pagos pela Previdência Social, e não por aquele. E não se deve esquecer que a proteção que se atribui à empregada, principalmente quanto à estabilidade, advém desde a concepção. Nestes termos, não há como discutir a atenção do Direito Trabalhista à proteção do nascituro, ou seja, da vida.

Por fim, delinear-se-ão em linhas breves as acepções constitucionais para o termo. Diga-se “linhas breves” porque na última parte do trabalho será desenvolvida tão questão com mais afinco. Alexandre de Moraes trata o direito à vida como essencial, pois é pré-requisito para o exercício de todos os outros direitos¹⁶.

Já José Afonso da Silva (2001, p.200) afirma que a rica significação de vida

é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder suas própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.¹⁷ (grifo nosso)

Diante desse quadro, constrói-se toda a base com que iremos trabalhar na defesa da vida e no posicionamento contrário ao aborto, que será discutido na última parte desse trabalho.

Aborto legal (?), processo abortivo, implicações e reações

O artigo 128 do Código Penal prevê duas possibilidades de aborto, considerado legal, ou seja, excludentes da ilicitude do fato.

São elas:

I – aborto terapêutico – é o aborto praticado para salvaguardar a vida da gestante. Só é admitido quando se tornar extremamente necessário, ou, nos dizeres do próprio Código: quando “não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante”¹⁸.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo, 2001. p.61.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, 2001. p.200.

¹⁸ “Vou me referir à saúde da mãe. Sempre disse que defenderia o aborto se a saúde física da mulher estivesse em perigo imediato de morte caso continuasse sua gravidez. Mas hoje, com os avanços da medicina, esse caso praticamente não existe. Portanto o argumento é enganoso, porque simplesmente não é certo.” NATHANSON, Bernard N. **Eu fiz cinco mil abortos**.

Almeida Jr. e Costa Jr grandiosamente advertem: “Não se justifica mais: 1º) porque o aborto acarreta maior possibilidades de morte; 2º) porque há medidas terapêuticas melhores para preservar não só a vida mas, também, a saúde da mulher”¹⁹;

II – aborto sentimental – trata dos casos de estupro e atentado violento ao pudor. Martins, ainda assim, não os admite, pois não vê razão tão forte – mesmo diante do drama da mãe – que justifique o “homicídio”²⁰. Para ele, trata-se da “pena de morte para o nascituro”²¹. O aborto em caso de estupro é uma discrepância do Código Penal em face da Constituição. Não se trata somente do valor vida defendido no *caput* do artigo 5º. O inciso XLVII, do mesmo artigo, na alínea “a”, garante que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Assim, o Código Penal pune com reclusão o estuprador, verdadeiro culpado, e com pena de morte o nascituro, um ser inocente na história.

Há um projeto de lei em tramitação no Congresso visando incluir uma terceira modalidade:

III – aborto eugênico – trata do caso em que há grandes chances da criança apresentar graves anomalias²². É projeto para compor as excludentes do aborto em discussão e, na realidade, se refere mais à questão do anencéfalo, algo que algumas jurisprudências já defendem faz um certo tempo. No entanto, há que se registrar que muitos dos “anencéfalos” diagnosticados pela medicina, hodiernamente, andam normalmente pelas ruas e exercem atividades normais, como trabalhar, estudar, constituir família etc.

Mas, enfim, como se dá o processo abortivo?

¹⁹ ALMEIDA JÚNIOR, A; COSTA JÚNIOR, J. B. de O. **Lições de medicina legal**. São Paulo, 1998. p.365.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pena de Morte para o Nascituro. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1997.

²¹ “O estupro é sem dúvida uma situação muito dolorosa. Afortunadamente poucos estupros são seguidos de gravidez. Mas mesmo nesse caso, o estupro, que é um terrível ato de violência, não pode ser seguido de outro não menos terrível como é a destruição de um ser vivo. Portanto tratar de apagar uma horrível violência com outra também horrível não parece lógico; é simplesmente um absurdo, e na realidade o que faz é aumentar o trauma da mulher ao destruir uma vida inocente. Porque essa vida tem um valor em si mesma ainda que tenha sido criada em circunstâncias terríveis, circunstâncias que nunca poderiam justificar sua destruição. Posso assegurar-lhes que muitos dos que estamos aqui fomos concebidos em circunstâncias que não foram as ideais, talvez sem amor, sem calor humano, porém isso não nos modifica em absoluto nem nos estigmatiza. Portanto, recorrer ao aborto em caso de estupro é algo ilógico e desumano.” NATHANSON, Bernard N. **Eu fiz cinco mil abortos**.

²² “Finalmente vou considerar o caso do feto defeituoso. Esse é um assunto muito delicado porque significa que aspiramos uma sociedade formada por pessoas fisicamente perfeitas, e sem medo de me equivocar posso assegurar que nesta sala não há uma única pessoa que seja fisicamente perfeita. É perigosíssimo aceitar esse princípio porque desembocaria num holocausto”. NATHANSON, Bernard N. **Eu fiz cinco mil abortos**.

O médico norte-americano Bernard N. Nathanson assume que já fez cerca de cinco mil abortos em sua vida. Antigamente, era um dos grandes defensores da prática que acabou sendo legalizada nos Estados Unidos. Mas um vídeo, gravado através de aparelho ultra-sonográfico, o fez mudar de idéia e lançar o documentário “O Grito Silencioso”.

No documentário, Nathanson expõe com clareza o processo de formação do embrião, explica como eram feitos os abortos, mostra e explica o vídeo onde o mesmo é praticado e, por fim, tenta conscientizar as mães a não destruir a vida das crianças. Ainda, desafia os médicos que continuam a praticar o aborto a fazer com que as mães assistam o vídeo antes de cometê-lo.

Nathanson explica o procedimento: um aparelho é colocado na vagina e aberto para que se possa visualizar a parede uterina e outros aparelhos perfurantes são utilizados para furar a placenta até atingir a criança. Um túnel é aberto para que possa ser introduzido o aparelho de sucção que irá simplesmente sugar o embrião. Por fim, uma espécie de pinça é utilizada para achatá-lo e então sugá-lo através do aparelho.

A surpresa ficou reservada para quando, dotado do revolucionário aparelho de ultra-sonografia, o médico pôde assistir a reação da criança. O embrião, antes mesmo de ser atingido pela sucção, luta desesperadamente dentro do útero tentando se afastar do túnel. Agita-se, pratica violentos espasmos e busca se refugiar do perigo. Agora se pergunta: como se pode admitir que não há nesse ser vida?

A reação deixou Nathanson tão desorientado que, mesmo após ter chegado a dirigir a maior clínica de abortos do mundo, abandonou a prática e passou a ser um dos maiores defensores da vida, a qual dedica palestras pelo mundo todo. Além disso, Nathanson relatou que os médicos e enfermeiras da clínica começaram a ter pesadelos terríveis e sofrer de problemas psiquiátricos até alcoolismo e dependência química.

Nathanson foi profundamente influenciado até mesmo pelo posicionamento científico que passou a ter quando assumiu a direção do Serviço de Obstetrícia de um hospital de Nova Iorque. Com o advento da tecnologia e da ultra-sonografia, a mesma que lhe permitiu filmar o aborto, pôde conceber também a possibilidade de tratamento do embrião ainda dentro do útero, inclusive com a diversidade de cerca de cinquenta cirurgias: “O fato é que: se o ser concebido é um paciente que pode ser submetido a um tratamento,

então é uma pessoa e, se é uma pessoa, tem o direito à vida e a que nós procuremos conservá-la.”²³

Ademais, ao final do documentário, o médico aponta o aborto como uma das maiores causas de problemas de ordem psiquiátrica nas mulheres. Muitas se sentem como se tivessem perdido um pedaço de si mesmas, o que lhes acarreta dores psicológicas. Outras ainda crêem estarem grávidas. Há profundas decepções, além de fortes tendências para alcoolismo e uso de entorpecentes. Nesses casos, remédios antidepressivos parecem ser inevitáveis.

A patologia do aborto não pára por aí. Matielo (1994, p.36) aponta ainda lacerações ou ulcerações na vagina e no colo do útero; necrose por inflamação aguda e acúmulo de bactérias no conteúdo uterino; e, também, inflamações, trombose ou abscessos no corpo uterino, além de lesões em órgãos próximos, como a bexiga e os intestinos.

Para Alcântara (1982, p.112) tais conseqüências são a base da perícia médico-legal que identifica o aborto: “As *manobras abortivas* são identificadas: no colo do útero (presença de corpo estranho, sinais de pinçamento), na superfície corporal, (contusões, queimaduras), no sangue (análise química)”.

Há, ainda, outros métodos abortivos, como distingue Matielo (1994, p.31-36). Deles falaremos:

a) Medicamentos – utilização de substâncias químicas ou naturais que induzam ao processo de aborto. O melhor exemplo brasileiro é o uso do medicamento “Cytotec” (utilizado para úlceras do trato digestivo). Causam intoxicação na gestante, hemorragias, contrações, descolamento do ovo e sua conseqüente expulsão. Às vezes a expulsão não chega a ocorrer, sendo necessária a intervenção médico-cirúrgica, através do método da curetagem, para retirar o embrião. O maior problema desse método é que, devido ao efeito dar-se mediante alto consumo, a intoxicação pode levar, geralmente, à morte da própria gestante;

b) Mecânicos – é talvez o método mais horripilante de se provocar o aborto. Traduz-se na utilização de instrumentos que provoquem ações violentas levando ao descolamento do ovo. Podem ser através da introdução de corpos estranhos (como é o caso narrado por Nathanson), duchas com jatos de alta pressão, choque físico sobre o ser (socos,

²³ NATHANSON, Bernard N. **Eu fiz cinco mil abortos.**

pontapés etc), curetagem (raspagem da cavidade onde se encontra o embrião), insuflação (injeção de ar no colo uterino). Tais métodos geralmente apresentam melhor efeito do que os medicamentos, todavia, podem ser fatais para a gestante por conta de infecções, peritonites químicas, insuficiência renal, lesões corporais, lesões, embolias fatais etc;

c) Mistos – são os que tratam ao mesmo tempo de ingestão de substâncias químicas e ações diretas, mecânicas ou químicas. São as mais próximas de ocasionar resultados fatídicos. A introdução de permanganato de potássio na parte superior da vagina, por exemplo, pode causar úlceras, perfurações e hemorragias. A exceção fica para as injeções intra-ânicas que dificilmente produzem resultados fatais, e são muito utilizadas, inclusive, para expulsão de ovo morto retido.

Direito à vida, Constituição e Lei Penal

Entraremos agora na grande discussão acerca da previsão legal do Código Penal em permitir o aborto nas situações abrangidas anteriormente. Mais do que isso: irá se discutir os motivos pelo qual esse posicionamento se demonstra contrário à liberação do mesmo como tem sido discutido nos últimos tempos.

Na verdade, a proteção constitucional da vida já é antiga. Por exemplo, a Constituição de 1946, em seu artigo 141, *caput*, a “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”. A mesma garantia, até mesmo com uso da mesma expressão, também era dada no artigo 150, *caput*, da Carta Magna de 1967.

Hodiernamente, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura “a inviolabilidade do direito à vida”. Não ofereceu inovações nesse sentido. Na verdade apenas repetiu o que já era defendido pelas duas Constituições anteriores.

O Código Penal, por sua vez, é de 1940. Ou seja, seis anos antes da primeira Constituição que previa a inviolabilidade do direito à vida. Isso aponta, no mínimo, para uma falta de receptividade da Constituição em face da lei penal.

A grande discussão desse trabalho, em suma, é saber até onde vai a extensão do direito à vida e se ela se sobrepõe ao previsto no Código Penal.

Admitir que a vida não começa com a concepção seria o mesmo que afirmar que o embrião ou o feto é um ser inanimado. Moraes (2001, p.62) admite que a definição do

conceito ficaria a melhor cargo dos biólogos, pois para estes a vida se inicia mesmo com a concepção. Continua, afirmando que o indivíduo gerado possui carga genética própria e que por isso sua vida não se confunde de maneira alguma com a dos pais. “A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina”.

Nesse sentido, Fabrício Matielo chama a atenção para o fato da Constituição não falar claramente em aborto. Todavia, a proibição “fica subentendida (...) de vez que incluiu entre os direitos fundamentais a vida, e até o presente o conceito de vida em nosso meio abarca o existir do embrião ou do feto em desenvolvimento”²⁴.

Ao depois, a proteção ao bem indisponível vida não se limita tão somente a questão de ser mantido “vivo”. Vida, para a Constituição, envolve uma gama de aspectos, como coloca Matielo: “dignidade, privacidade, integridade físico-corporal e, principalmente, direito à existência”²⁵. Aliás, ainda resume: “o direito à existência consiste no direito de estar vivo, de se defender e permanecer vivo, e de não ter interrompido o processo vital senão pela morte natural”²⁶.

Paulo Lúcio Nogueira complementa o entendimento: “cabe ao Estado tutelar a vida, como faz a nossa lei civil e penal, que protege os direitos do nascituro desde a concepção e define o aborto como crime contra a vida”. E “ninguém pode negar que há vida desde a concepção e que um inocente deve ser defendido contra todos os ataques”²⁷.

E não é só. De acordo com o artigo 60, IV, da Constituição, os “direitos e garantias individuais” constituem cláusula pétrea. Ou seja, não podem ser alteradas senão por outra Constituição. Assim, não sendo objetos de deliberação nem do Poder Legislativo e nem de plebiscito²⁸.

Pois bem, nesse sentido, o aborto não parece ser nada mais do que um homicídio privilegiado, já que o bem jurídico protegido é a vida. Assim, não há excludentes para o homicídio. Ou seja, matar alguém sempre será crime – conduta típica, antijurídica e punível

²⁴ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e Direito Penal**. Porto Alegre, 1994. p.70.

²⁵ *idem, ibidem*. p.69

²⁶ *idem, ibidem*. p.69.

²⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo, 1995. p.9.

²⁸ Alguns autores supõem que a cláusula pétrea poderia ser vencida por plebiscito convocando o parágrafo único do artigo 1º da CF: “o poder emana do povo”. Ora, isso significa que este o exerce através de um processo representativo e, em momento algum, pode-se pressupor que o povo teria direito a quebrar cláusulas pétreas através da convocação de plebiscitos. E, como se pode notar, a convocação dos mesmos geralmente é feita com base em previsão constitucional para tanto ou em assunto que não vá ferir a mesma a decisão.

– salvo por legítima defesa e estado de necessidade. Por quê há de haver excludente de antijuridicidade para o tipo penal “aborto”? Há legítima defesa ou estado de necessidade no aborto legal?

Não nos parece que o há nem mesmo quando se falar em aborto terapêutico. No primeiro caso porque a conduta da criança não é injusta. E no segundo caso porque a prática da conduta lesiva exige “inevitabilidade do comportamento lesivo”²⁹, o que parece difícil de imaginar nas condições atuais da medicina. Aliás, não há como se afirmar com toda certeza que o não aborto resultará na morte da mãe. Além disso, não estão em pé de igualdade a mãe e a criança. Ou seja, não há como se falar em disputa pela vida, pois o feto não apresenta qualquer defesa. Como salienta Paulo Fernandes: “Os tribunais às vezes são obrigados a forçar a lei reconhecendo discriminantes não muito bem caracterizadas”³⁰.

Vencidas as excludentes partir-se-á para uma proposta de melhor adequação do tipo penal aborto e também do infanticídio.

O artigo 121 do Código Penal caracteriza o homicídio como “matar alguém”. Ora, o que é o aborto e o infanticídio senão “matar alguém”? A conduta não muda. Altera-se somente o sujeito passivo. Em ambos os casos o sujeito passivo é específico. No primeiro seria o feto ainda no interior da barriga da mãe, enquanto no segundo se trata do recém-nascido.

E mais: além de tudo, o aborto e o infanticídio se caracterizam como homicídio qualificado, já que o meio, cruel e insidioso ou não, não oferece qualquer defesa pra vítima. De que instituto defensivo dispõe a criança? Assim sendo, não se consegue visualizar o aborto e o infanticídio senão como qualificadoras do tipo do artigo 121 do CP³¹.

CONCLUSÕES

Controle de natalidade é necessário sim, principalmente por conta dos aspectos socioeconômicos, mas não implica em permissão de manobras abortivas. Abortar é matar. O controle populacional pode muito bem ser feito através de uma política pública de

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo, 2003. v.1. p.374.

³⁰ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. São Paulo, 1984. p.52.

³¹ A partir do século XVII a distinção de feto inanimado e animado foi extinta e passou-se a proteger o feto desde a concepção como ser vivo. O aborto era, logicamente, considerado homicídio e levava à pena capital.

instrução à população para o planejamento de famílias e do uso de métodos anticoncepcionais³².

Como o próprio nome diz, o método não implica em morte do embrião, apenas evita a concepção. Note-se que o objeto é diferente: o aborto destrói a vida, enquanto o anticoncepcional impede que ela venha a ocorrer.

E uma coisa fica clara. O nascituro é um ser vivo³³. Pode não ser uma pessoa para o ordenamento, mas é vida. E a vida é o maior bem jurídico protegido pela Constituição. Ressalta Sérgio Semião: “Assim, nada obsta que o Direito atual considere e respeite o nascituro como portador de vida humana, sem que seja pessoa, nos mesmos termos em que uma semente não é árvore e que o escravo não era pessoa em Roma”³⁴.

Como fora dito, a proibição total do aborto encontra guarida no direito à vida. Pois, se o nascituro é um ser vivo então deve ter sua vida protegida pelo ordenamento, não podendo ficar à mercê da escolha da mãe, já que ninguém tem o poder de escolher sobre a vida alheia, pois este é um bem indisponível.

Portanto, mesmo o aborto considerado legal, através dessa análise, se mostra claramente inconstitucional, já que fere princípio pétreo da Carta Magna. Muito além disso, argumentos foram apresentados que contrariam mesmo os tipos de aborto considerados legais, desde o caso de estupro até o anencéfalo, projeto ainda em trâmite.

Ao invés de se pensar em descriminalização talvez fosse mais inteligente pensar numa reforma do Código, na qual o mesmo fosse coerente consigo mesmo, para que não se qualifique um tipo penal e depois o desqualifique. Realmente, não me parece haver alguma outra saída lógica para o tema senão conjugar tudo no tipo penal “homicídio”. São conclusões baseadas nas próprias colocações do Código.

Afirmar que a descriminalização do aborto deve ser feita porque não há mesmo aplicação da pena imposta em lei é fugir do problema pela tangente. Se não há fiscalização e punição o Estado que faça haver! Tomando a atitude descriminalizante foge o Estado de

³² Para uma melhor análise seria de grande valia verificar os estudos feitos pela prof^a Maria Lucila Milanese, da USP, e publicados com o título “O aborto provocado”. Os estudos retratam a tese de doutorado da mesma e abordam pesquisa de campo envolvendo métodos anticoncepcionais e aspectos socioeconômicos e culturais.

³³ “Mesmo estabelecendo nossa legislação a personalidade civil do homem após seu nascimento com vida, os direitos do nascituro estão protegidos desde a fecundação, existindo como que uma instituição própria e independente, objeto de relação jurídica, fundamentada no respeito à vida humana e numa expectativa de quem vem a ser uma pessoa”. Genival Veloso de França, *Medicina Legal*, p.212.

³⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e de biodireito. Belo Horizonte, 2000. p.210.

sua obrigação de zelar pela vida e passa a ser ele dono de uma conduta que o Poder Constituinte coibiu. Não há sentido num Estado que desobedece a si próprio.

Admitir descriminalização pela ameaça penal ser ineficaz é, nas palavras do professor Paulo Lúcio Nogueira, “um absurdo”. E também admiti-lo para evitar mal maior é afirmar que o Estado não se preza a jamais ter capacidade de resolver os problemas da sociedade, quando se sabe que o problema é sim devido “aos governantes, homens públicos e empresários, que convivem insensivelmente”³⁵ com os mesmos.

BIBLIOGRAFIA

ALCANTARA, Hermes Rodrigues. **Perícia médica judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1987.

ALMEIDA JÚNIOR, A; COSTA JÚNIOR, J. B. de O. **Lições de medicina legal**. 22.ed. rev. e ampl. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio**. 2.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Pena de Morte para o Nascituro. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 19 set. 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e Direito Penal**. 1.ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1994.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo, 1995. p.8.

- MILANESI, Maria Lucila. **O abôrto provocado**. São Paulo: Pioneira Editôra, 1970;
- MOORE, Keith L; PERSAUD, T.V.N. **Embriologia clínica**. Trad. Ithamar Vugman e Mira de Casrilevitz Engelhardt. 6.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2001.
- NATHANSON, Bernard N. **Eu fiz cinco mil abortos**. Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc45845>>. Acesso em: 24 ago. 2005.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência, linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Renata Veras. Aborto: uma abordagem geral. **Jus Navigandi**, Teresina, a.4, n.42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=984>>. Acesso em: 10 mai. 2005.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e de biodireito**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- THE SILENT SCREAM. Apresentação e roteiro de Bernard N. Nathanson. Ohio: Donald S. Smith. Disponível em: <<http://www.silentscream.org>>.