

A PEC 181 e o aborto legal

*Iure Simiquel Brito**

Professor de direito penal e Introdução ao Direito na Universidade Iguazu. Mestre em direitos humanos pela Universidade Católica de Petrópolis – bolsista Capes. Especialista em direito penal e processo penal. Advogado militante em direito penal. Parecerista da revista da advocacia geral da União.

*Jandielly Felipe Braga de Jesus**

Bachareal em direito pela Universidade Iguazu

Resumo

A presente pesquisa foi elaborada visando debater determinadas vertentes sobre a problematização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Este estudo pautou-se na discussão sobre o aborto como crime no Brasil, e também a possibilidade da sua realização sem ser criminalizado, além de uma análise do projeto 181 que está tramitando do Congresso Nacional sobre criminalização das espécies de aborto já permitidas. Os casos específicos para a realização do aborto legal, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, são aqueles em que a gestação ocorreu por meio de estupro ou quando a gravidez traz risco de vida para a gestante. Diante disso, é visto que as ponderações da esfera jurídica do Brasil apresentam divergências quanto à natureza jurídica do artigo 128 do Código Penal, onde se é previsto os casos de abortos permitidos em lei. Os métodos adotados neste estudo são de cujo bibliográfico, justificando assim o posicionando de diversos pesquisadores da esfera jurídica. Debater as vertentes que envolvem a problematização do aborto se configura como uma reflexão muito peculiar, pois sabe-se que esta temática envolve valores, crenças, leis, entre outros que dificilmente serão marginalizados durante a análise dos juristas perante o pedido do aborto legal. Assim sendo, é visto que o ordenamento jurídico brasileiro oferta legalidade, em situações peculiares, para que legalmente ocorra a interrupção da gestação. No entanto, essa percepção, não pode ser tida como parâmetro dentro da sociedade brasileira, considerando o projeto de lei 181 que prevê a criminalização dos casos de aborto já permitidos e a inconstitucionalidade do artigo 128 do Código Penal.

Palavras-chave: Aborto. Princípios constitucionais. Jurisprudência brasileira. Permissibilidade do artigo 128. PEC 181.

Abstract

The present research was elaborated aiming to discuss certain aspects about the problematization of abortion in the Brazilian legal system. This study was based on the discussion about abortion as a crime in Brazil, and also the possibility of its realization without being criminalized, in addition to an analysis of the draft 181 that is being processed by the National Congress on criminalization of abortion species already allowed. specific for legal abortion, provided for in the Brazilian legal system, are those in which gestation occurred through rape or when pregnancy brings life risk to the pregnant woman. In view of this, it is seen that the considerations of the Brazilian legal system differ as to the legal nature of article 128 of the Criminal Code, where cases of abortions allowed by law are foreseen. The methods adopted in this study are from whose bibliography, thus justifying

the positioning of several researchers in the legal sphere. Debating the aspects that involve the problematization of abortion is a very peculiar reflection, since it is known that this issue involves values, beliefs, laws, among others that will hardly be marginalized during the analysis of the jurists before the request of legal abortion. Thus, it is seen that the Brazilian legal system offers legality, in peculiar situations, to legally stop the interruption of gestation. However, this perception can not be taken as a parameter within Brazilian society, considering draft law 181 that provides for the criminalization of abortion cases already allowed and the unconstitutionality of article 128 of the Penal Code.

Keywords: Abortion. Constitutional principles. Brazilian Jurisprudence. Permissibility of Article 128 PEC 181.

Considerações iniciais

A temática do aborto na sociedade brasileira é causadora de grandes críticas e condenações por grande parte da sociedade, uma vez que a sociedade entende que ao se estabelecer o aborto, uma vida será tirada.

Mediante o processo de globalização, percebe-se que os procedimentos médicos evoluíram ao ponto de fixar todo o acompanhamento da gestação através do pré-natal, onde se utiliza ultrassonografias com alta precisão, para averiguar se o processo de formação do feto está de acordo com a normalidade e se o desenvolvimento do feto trará riscos à saúde da gestante.

Dessa forma, através das técnicas utilizadas no acompanhamento da gestação, é possível verificar a realização de dois abortos permitidos, tais como: aborto diante da anencefalia e quando há risco da vida da gestante. É sabido que o aborto no Brasil é considerado pela jurisprudência como um ato ilícito, havendo penalidades específicas para as tipicidades abordadas pelo Código Penal de 1940.

Entretanto, o Código Penal brasileiro apresenta duas hipóteses em que a fixação de práticas abortivas em uma gestante são consideradas legais, que são os casos em que a gestação ocorreu por meio de estupro ou quando a gravidez oferta risco de vida para a mãe.

O presente estudo foi consolidado com base na relevância que toda discussão trará para os interessados do âmbito jurisprudencial brasileiro. Não obstante, é oportuno enfatizar que o material teórico gerado por este estudo tende a sanar possíveis indagações sobre o tema debatido, ou, ainda, estimular que mais estudos fundamentados na problematização do aborto no Brasil, sejam refletidos perante o âmbito científico.

Destarte, a presente pesquisa objetiva analisar determinadas vertentes que envolvem a problematização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro.

1. O Aborto

De acordo com o dicionário, o aborto pode ser conceituado como a “expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno” (Ferreira, A. B. H. 2013). Apesar de existir um termo bem definido no dicionário, os dispositivos legais não definiram de forma convincente o conceito desta prática. Na ausência de definição legal, incumbiu a doutrina DE JESUS (2005, p.95) definir que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de “ab”, que significa privação, e “ortus”, nascimento. A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

Damásio de Jesus traz dois entendimentos para a elucidação do termo aborto: a tipicidade da conduta e a definição gramatical. Em suas palavras, de maneira a incriminar, ele preceitua que a conduta de abortar é o abortamento, e o aborto é o produto da concepção.

O abortamento pode se apresentar em várias motivações diversas, podendo ocorrer de forma natural, acidental, criminosa e legal. Assim, mais uma vez, DE JESUS (2005, p. 95) ensina que:

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo, como, v. g., a interrupção da gravidez causada por queda. A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido.

O Código Penal brasileiro, através do artigo 128, incisos I e II, prevê a legalidade das práticas abortivas em duas situações peculiares, isto é, o aborto quando necessário e o intitulado aborto humanitário (ABREU FILHO, 2010). A modalidade do aborto legal ou permitido é o objeto desta pesquisa monográfica e será mais bem explorada a seguir.

1.1 Espécies de Aborto Permitidas

Um dos temas mais debatidos atualmente tem sido o aborto, principalmente quanto às modalidades permitidas e as não permitidas. O Código Penal brasileiro e o Supremo têm admitido aborto nos seguintes casos: se a gravidez for fruto de estupro, se colocar a vida da gestante em risco e se for gestação de feto anencéfalo.

Nessa conjuntura, a primeira citação, que é a do aborto decorrente de estupro, previsto no artigo 128, II do Código Penal, só é permitido se praticado por médico e com o consentimento da gestante. Tal entendimento pode ser percebido por meio da Portaria nº 1.145, de 7 de julho de 2005 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

Para as situações em que a gestante for legalmente incapaz, a jurisprudência exige o consentimento do método salientado por meio de seu representante legal.

Nessa situação hipotética, a prova pode ser por qualquer meio admitido no Direito.

É válido destacar parte do texto introdutório da Portaria nº 1.145 do Ministério da Saúde, de 7 de julho de 2005, como forma de enriquecer esta pesquisa e fundamentar os argumentos até então debatidos. Assim sendo, introduz-se:

Considerando que a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes desobriga as vítimas de estupro da apresentação do Boletim de Ocorrência para sua submissão ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Apesar da dispensa de apresentação de boletim de ocorrência para justificar tal aborto, é necessário um procedimento de justificação e autorização composto por quatro fases para realização de tal interrupção, conforme artigo 1º e 2º da Portaria nº 1.145, do Ministério da Saúde, de 7 de julho de 2005:

Art. 1º O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei é condição necessária para adoção de qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvem riscos de morte à mulher.

Art. 2º O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei compõem-se de quatro fases que deverão ser reduzidas a termo, arquivadas em separado dos prontuários médicos e garantida a confidencialidade desses prontuários.

Inicialmente a vítima deve narrar o delito ocorrido para os profissionais da saúde (primeira etapa), que em seguida realizarão um parecer técnico após os exames necessários, recebendo a mulher atendimento de equipe multidisciplinar (segunda fase). Após, a vítima ou representante irão assinar o termo de responsabilidade, com advertência quanto ao crime de falsidade ideológica (terceira fase). Por fim, é realizado o termo de consentimento livre e esclarecido (quarta fase). Cabe salientar, que estes procedimentos, embora sejam objeto de instrução, não são realizados na prática na maioria dos estados.

O segundo caso permitido se trata do aborto terapêutico, como preceitua Mirabete (2004, p.98):

O aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza caso de estado de necessidade (que não existiria no caso de perigo futuro). Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. O risco de vida pode decorrer de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculose, câncer uterino etc. Tais riscos, porém atualmente podem ser superados tendo em vista a evolução da medicina e cirurgia.

Conforme DE MORAES (2005. p. 179):

O aborto poderá ser penalizado quando estiver tutelando o direito à vida; devendo, porém, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante (aborto necessário), quando atentar contra a liberdade sexual da mulher (aborto sentimental) [...].

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou quanto à inexistência de direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela Constituição Federal (MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Conclui-se, portanto, que na presente hipótese ocorreu uma relativização dos direitos fundamentais, pois há dois bens jurídicos tutelados.

A terceira hipótese de cabimento de aborto, qual seja, no caso de fetos anencéfalos, gerou uma grande repercussão durante o seu período de votação.

Nessa perspectiva, o Ministro Marco Aurélio relatou a ação que pediu a liberação para feto anencéfalo, pois segundo ele este tipo de aborto não é crime. Este ministro informou dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) em que o Brasil é o 4º país com maior índice de fetos anencéfalo.

Por conseguinte, Celso de Melo destacou que a gravidez de anencéfalo "não pode ser taxada de aborto". Nesse contexto Melo(SANTOS, Débora, 2012) afirmou:

O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e que o feto esteja vivo. E mais, a morte do feto vivo tem que ser resultado direto e imediato das manobras abortivas. [...] A interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não satisfaz esses elementos. [...] A interrupção da gravidez é atípica e não pode ser taxada de aborto, criminoso ou não.

No dia 12 de abril de 2012, o STF decidiu que grávidas de fetos anencéfalos poderão interromper a gestação com assistência médica. Por 8 votos a 2, os ministros decidiram que aborto em caso de anencefalia não é crime. Sob o ponto de vista médico legal, considera-se aborto:

[...] a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm (...) Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extra-uterina e é mundialmente aceito pela literatura médica (CREMESP, 2000).

O direito à vida é reconhecido e resguardado pelo nosso ordenamento jurídico da forma mais ampla possível, havendo proteção à vida desde o momento de sua concepção. Apesar de ainda não se considerado como uma "pessoa", uma vez que, em que pese existir de forma autônoma, não o faz de forma independente, conquanto ainda em estágios de formação, já é reconhecido como sujeito de direitos, antes mesmo de ser-lhe reconhecida a personalidade jurídica, que somente advém com o nascimento com vida.

De acordo com o Ministro FUX (SANTOS, Débora, 2012):

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura.

O advogado Barroso em sua sustentação oral afirmou no plenário do STF (SANTOS, Débora, 2012) afirmou que:

A interrupção nesses casos não é aborto. Então, não se enquadra na definição de aborto do Código Penal. O feto anencefálico não terá vida extra-uterina. No feto anencefálico, o cérebro sequer começa a funcionar. Então não há vida em sentido técnico e jurídico. De aborto não se trata.

A partir do posicionamento do Supremo, os casos de aborto de feto anencéfalo deixaram de ser clandestinos por ter amparo legal.

1.2 Os diferentes crimes de aborto de acordo com o Código Penal

O Código Penal Brasileiro apresenta alguns exemplos de abortos e neste capítulo, especificamente, será abordada a diferença destas modalidades. O artigo 124 do Código Penal prevê a hipótese em que a gestante pratica aborto em si própria, ou permite que outro o faça. Já os artigos 125 e 126 preveem o abortopraticado por terceiro, sendo que o primeiro caso não possui consentimento da gestante e o segundo possui o referido consentimento. Esses delitos geram um grande debate entre doutrinadores em razão do concurso de crimes entre o terceiro e a gestante.

O direito penal brasileiro adotou a teoria monista, que prevê a diferenciação da aplicação da pena ao partícipe e autor, porém, ambos responderão pelo mesmo tipo penal, conforme preconiza o artigo 29 (CÓDIGO PENAL, 1940) “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” Assim, Bitencourt (2002, p.378) também adotou, como regra, a teoria monista, determinando que todos os integrantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma efetiva dosagem de pena de acordo com a real participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada.

Na verdade, continua o mestre, os parágrafos do artigo 29 aproximaram a teoria monista da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação. Analisando o artigo 126, percebe-se que há exceção a teoria monista, pois no caso do aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante, o terceiro responde pelo 126 (pena - reclusão, de um a quatro anos) e a gestante responde pelo artigo 124 (pena - detenção, de

um a três anos), sendo certo que não ocorre o concurso de pessoas previsto no artigo 29 do Código Penal. Para Bittencourt (2007, p.135):

Essa exceção à teoria monística, no crime de aborto consensual, fundamenta-se no desnível do grau de reprovabilidade que a conduta da gestante que consente no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. Com efeito, a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior à conduta do terceiro que realiza as manobras abortivas consentidas. O desvalor do consentimento da gestante é menor que o desvalor da ação abortiva do terceiro que, concretamente, age, isto é, realiza a atividade de realizar o aborto. Consentir merece determinado grau de censura, ao passo que executar a conduta consentida, definida como crime de aborto, recebe uma censurabilidade bem mais elevada, pois implica a comissão do aborto criminalizado: a conduta da primeira assemelha-se à conivência, embora não possa ser adjetivada de omissiva, enquanto a do segundo é comissiva. Convém destacar que o aborto consentido (art. 124, 2ª figura) e o aborto consensual (art. 126) são crimes de concurso necessário, pois exigem a participação de duas pessoas, a gestante e o terceiro realizador do aborto, e, a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto.

Tem-se entendido, majoritariamente, que é possível o concurso de pessoas na prática do aborto previsto pelo artigo 124 (provocar aborto em si mesma ou permitir que outro lhe provoque), sendo necessária a prática de atos de execução pela gestante, pois em caso contrário, ocorre o delito previsto no artigo 126 (provocar o aborto com o consentimento da gestante). O delito previsto no artigo 124 é considerado de mão própria, pois deve ser praticado pela gestante, permitindo participação. De acordo com Bittencourt (2005, p. 432):

(...) admite-se a participação como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o auto aborto como a consentir que lhe provoque. (...) Contudo, se o terceiro além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mais como autor do delito do art. 126.

Conclui-se, desta forma, que o artigo 124 não prevê apenas o consentimento da gestante, mas a prática de atos executórios pela mesma. O que se destaca nas três modalidades estudadas é a atitude da gestante, pois o artigo 124 tem seu entendimento a prática de atos executórios pela mesma, o artigo 125 não há o seu consentimento e o artigo 126 há o seu consentimento. Outro ponto a se destacar é que o artigo 127 prevê a forma qualificada em relação aos abortos praticados por terceiro (com ou sem consentimento da

gestante), em que preveem o aumento de um terço se o aborto ou os meios utilizados para este causam lesão corporal de natureza grave, e pena duplicada nos casos em que sobrevém o óbito da gestante.

2. A Natureza jurídica do artigo 128 do Código Penal e a PEC 181

O artigo 128 do código penal brasileiro prevê a permissividade do aborto nos casos em que a gestação decorre de um estupro ou quando não há outro meio de salvar a gestante. A natureza jurídica do artigo abordado tem sido alvo de muitos debates entre os doutrinadores. Marques (apud GRECO, p. 236) defende que se trata de causa de exclusão de ilicitude, na modalidade de estado de necessidade. Para este autor, a gravidez no caso de estupro produziria dano insuportável para a mulher, não sendo razoável exigir-se o sacrifício de sua integridade psíquica ou de sua honra. De encontro a tal posicionamento, CAPEZ (2007, p. 124) preconiza:

Qual seria a natureza jurídica das causas elencadas no artigo 128 do Código Penal? Trata-se de causas excludentes de ilicitude, sendo, portanto, licita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias elencadas no texto legal.

Outros autores como GRECO e PRADO, alegam que as excludentes do artigo 128 se referem a causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, como será demonstrado no decorrer do trabalho. Para GRECO (2011, p.237) só seria possível falar em estado de necessidade caso houvesse um confronto de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Segundo este, há dois bens jurídicos confrontados: a vida do feto e a honra da mulher vítima de estupro ou a dor pela lembrança dos momentos que passou, não se tratando desta forma de um estado de necessidade. Por fim, GRECO (2011, p. 238) conclui:

Não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Em concordância com Grego, PRADO (2012, p. 447) preconiza:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas

emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento.

Além dos posicionamentos citados acima, há doutrinadores que entendem que as excludentes previstas no artigo 128 do Código Penal se adequam ao instituto da escusa absolutória. Deste modo, Lemos (1995, apud CRUZ, 2013) preceitua:

Portanto, em nossa legislação penal, o aborto é e continua crime, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. Apenas [...] não será punido penalmente, por razões de política criminal.

Os doutrinadores que defendem esse posicionamento alegam que no Brasil não existe “aborto legal”, pois todo aborto provocado é crime, sendo certo que em alguns casos não há punição em razão do instituto da escusa absolutória prevista no artigo 128, caput, do Código Penal (CRUZ, 2013). Dentre as correntes apontadas acima, não há um posicionamento majoritário, porém há um projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (anteprojeto do novo Código Penal) em que prevê a alteração da expressão “não se pune” por “não há crime”. Atualmente, tal projeto encontra-se em discussão e se for aprovado, trará fim a discussão envolvendo a natureza jurídica do artigo 128 do Código Penal.

Entretanto, em 2011, o Senador Aécio Neves propôs um Projeto de Emenda à Constituição para ampliar os direitos trabalhistas de mulheres cujos filhos nasceram prematuros, através do aumento do tempo da licença maternidade. O projeto, até então de cunho trabalhista, foi autuado mediante o número 181 e é popularmente conhecido como PEC 181/2011. Porém, o texto original sofreu drásticas modificações em dezembro após a instalação de comissão para discussão da interrupção da gravidez, sendo compreendido como uma reação a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2016, cujo teor seria de descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação.

A palavra concepção foi incluída no texto que altera os artigos primeiro e quinto da Constituição. A alteração incluiria o termo “desde a concepção” nos dois artigos, sendo certo que no artigo primeiro seria após a expressão “a dignidade da pessoa humana” e no artigo quinto após o termo “direito à vida”. Tal definição no texto constitucional encerraria e inviabilizaria qualquer discussão acerca do aborto em nosso país, além de criminalizar os casos que hoje são permitidos pela lei através do artigo 128 do Código Penal, conhecidos como espécies de aborto legal.

Depois de elucidar a PEC 181 e seus objetivos, fica ainda a indagação de quais os reais efeitos de sua aprovação, sendo claro que ela implicará que as hipóteses em que o aborto é permitido, especialmente no caso de estupro, sejam declaradas inconstitucionais. Serão dois os efeitos: o legislador ordinário não poderá criar causas de atipicidade ou despenalização da interrupção da gestação, criminalizando as condutas hoje permitidas através do Código Penal; e ensejará sanção similar aos crimes de homicídio, infanticídio e aborto.

Haverá proibição de qualquer interrupção de gravidez no país, não sendo mais permitida a interrupção em caso de gestação fruto de estupro, risco a vida da gestante e feto anencéfalo. O número de abortos não será reduzido. Ao *contrario sensu*, o número de abortos clandestinos aumentará gigantescamente, sendo estas mulheres expostas a violação de direitos humanos, onde a sua dignidade como pessoa humana será completamente ignorada. Nesse sentido, O Grupo de Trabalho Relações de Gênero e Psicologia (GTRGP), da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Regional de Psicologia da Bahia (CRP-03), emitiu Nota de Repúdio, declarando:

A luta pelo direito à vida deve ser direcionada para quem de fato é protagonista do processo, a mulher, e impedir que procedimentos clandestinos retirem a vida daquelas que não têm o apoio do Estado: mulheres negras e periféricas, em sua maioria. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), os países que legalizaram o aborto têm suas taxas cada vez menores, também afirmando que a proibição legislativa não garante a diminuição nos índices de tentativas de abortamento, os abortos ilegais que colocam a vida das mulheres também em risco.

Enfatizam, ainda, que se trata de um imenso:

[...] retrocesso social, cultural, político, humanitário e científico em termos de Direitos Humanos e de violação dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, além dos efeitos psíquicos e físicos danosos, além de possíveis consequências relacionais frutos da privação de escolha em relação ao seu próprio corpo e a uma gestação fruto de violência. A discussão sobre aborto é complexa e não envolve somente aspectos jurídicos, como também a saúde pública e garantia de direitos básicos às mulheres.

Fica clara, portanto, que a aprovação da PEC abordada neste capítulo trará grandes consequências jurídicas, pois irá criminalizar algo que anteriormente era permitido. Atualmente a PEC 181 está aguardando a deliberação na Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 181-A, de 2015 do Senado Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

2.1 A constitucionalidade do artigo 128

A decisão do STF em permitir o aborto no caso dos anencéfalos através da ADPF nº 54 trouxe uma grande discussão no meio jurídico, pois o argumento principal a defesa é de que o feto não dotado de cérebro não seria vida (Streck, 2002). O argumento utilizado pelo Supremo foi alvo de muitos debates, pois se o feto anencéfalo não merece proteção por não ser vida, por que os casos contidos no artigo 128 do Código Penal não merecem proteção? Afinal, são vidas e a Constituição brasileira prevê o direito à vida. Como consequência dessa integralidade do direito à vida imposta pela Carta Magna, Mendes e Branco (2011, p. 290) aduzem que a legislação ordinária que não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito à vida estará eivada de inconstitucionalidade, já que o direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado. Diniz (2007, p. 75) preceitua que nenhum princípio de liberdade individual pode ser maior que do que o direito à vida de um inocente, indefeso, frágil e pequenino ser humano, assegurado constitucionalmente. Em concordância com os doutrinadores citados anteriormente, Campello (2009, p.19) alega que “não é com um crime que se corrige outro crime. A consequência lógica dessa orientação seria admitir-se como impunível todo homicídio praticado para vingar outro. Voltaríamos, assim, ao período da vingança privada”!

O aborto praticado nos casos previstos no artigo 128 do CP tem sido muito discutido, pois contraria o artigo 5, XLVII, linha a da CF/88:

Art. 5º [...] XLVII – não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]

Desta forma, Campello (2009, p.32) preconiza que “se a CF/88 proíbe a pena de morte até para “os mais empedernidos criminosos”, não se pode admitir a aplicação de tal pena a um ser que não tenha cometido delito algum”.

Como forma de solucionar o impasse do direito à vida do feto e o direito a dignidade sexual pela mãe, Nascimento (2000, p. 151) preceitua:

Não é legítima a decisão da gestante de eliminar uma vida em formação sob a justificativa de ter sido essa vida resultado de uma violência sexual. Dessa forma, a melhor solução para o impasse entre o sentimento da mulher ofendida e o direito à vida do nascituro

seria o Estado assumir a criação de quem nenhuma culpa teve de ser assim gerado.

Conclui-se, portanto, que vários doutrinadores entendem pela inconstitucionalidade do artigo 128 do Código Penal por ferir diretamente o direito à vida previsto na Constituição.

Considerações finais

De fato, o aborto na sociedade brasileira causa grandes críticas e condenações por grande parte da população. Ao longo dos anos, o aborto sempre foi recriminado pelas grandes civilizações, independente da justificativa em que a prática se fundamentava.

A presente pesquisa analisou determinadas vertentes que envolvem a problematização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Foram debatidas as modalidades permitidas e as não permitidas, sendo explorado mais profundamente o aborto decorrente de estupro, previsto no artigo 128, II do Código Penal, o qual só é permitido se praticado por médico e com o consentimento da gestante; e o aborto terapêutico, o qual basta a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante para que seja permitida a interrupção.

Também foi elucidado que a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, os casos de aborto de feto anencéfalo deixaram de ser clandestinos por ter amparo legal, e apesar de não estarem incluídos no Código Penal, se tratam de uma modalidade permitida. Assim, como exploradas as hipóteses permitidas, não seria possível delinear o assunto sem analisar os diferentes crimes de aborto preceituados no Código Penal, esclarecendo suas divergências e diferentes penalidades.

Por fim, foi trazido à tona o Projeto de Emenda à Constituição 181, o qual, se aprovado, tornará todo e qualquer tipo de aborto legal inconstitucional, sendo o artigo 128 do Código Penal, por óbvio, revogado. Findando as presentes considerações, notabiliza-se que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 128 do Código Penal, violará não um, mas diversos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, como o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, além de acentuar os vários problemas sociais já existentes no país.

Neste enquadramento, é visto que todo o material teórico produzido poderá ser utilizado como fonte de conhecimento para indagações que envolvam a problematização desta investigação ou, ainda, servir como estímulo para que mais estudos como estes sejam

elaborados. Assim sendo, o presente estudobibliográfico teve como principal objetivo, argumentar sobre a problematização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro através da PEC 181, salientando que as divergências estabelecidas sobre essa temática, tendem colaborar para que os juristas reflitam sobre suas ponderações no atual momento em que vivemos.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). **VadeMecum**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ALVARENGA, Augusta; SCHOR, Néia. O aborto: um resgate histórico e outros dados. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, São Paulo, v. 4, n. 2, 1994. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/jhgd/article/viewFile/38134/40867>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral - Volume I**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Especial**. v.2. 7ª ed. São Paulo: 2007. Saraiva.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vademecum**. São Paulo: Saraiva, 2016

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

BRASIL. MS 23452, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, **Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999**, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

BRASIL. **Portaria n.º 1.145, de 07 de julho de 2005**. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito

do Sistema Único de Saúde. Disponível em:
<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1145_07_07_2005.html>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CAMPOLLO, Antônio Pedro Barreto. **Em defesa da vida**. 4. ed. Recife: União dos Juristas Católicos, 2009.

CARTA CAPITAL. Câmara vota PEC que pode vetar aborto em qualquer caso. Disponível em<<https://www.cartacapital.com.br/politica/camara-vota-pec-que-pode-vetar-aborto-em-qualquer-caso>> Acesso em 20 de novembro de 2017.

CAPEZ, Fernando, **Curso de direito Penal**. v.2: **parte especial**., 7.ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

CREMESP. **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, Consulta nº 24.292/00. on-line. Disponível em:
<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. Nota de repúdio contra a PEC 181/2015. Disponível em <<https://www.crp03.org.br/nota-de-repudio-contrapec-1812015>> Acesso em 21 de novembro de 2017.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Você acredita no aborto "legal"?** 2013. Disponível em:
<<http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/348-voce-acredita-no-aborto-legal>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte especial**. Niterói: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 8. ed. Niterói: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HUNGRIA, Nelson; HUNGRIA, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio de, **Direito Penal**, parte especial, ed. 27, São Paulo, 2005.

JUS. **Aborto: antijuridicidade do ato em face da inconstitucionalidade do ar. 128, I e II, do CP**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/31068/aborto-antijuridicidade-do-ato-em-face-da-inconstitucionalidade-do-art-128-i-e-ii-do-cp>> Acesso em 20 de novembro de 2017.

LEMOS, Marco Antônio Silva. **O Alcance da PEC 25/A/95.** *Correio Braziliense*, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal.** 3. ed., Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210**, de 11-7-1984. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 2. ed., v. 2., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais: doutrina - legislação - jurisprudência.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PACHECO, Eliana Descovi. **Elucidação sobre o aborto e sua evolução.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3949>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

PATTIS, Eva. **Aborto perda e renovação: um paradoxo na procura da identidade feminina.** (J. P. Netto Trad.) São Paulo: Paulus, 2000. (Original publicado em 1995).

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 2. ed., v. 2., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais.** 2010. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Departamento de Pós-graduação em Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/34563500-Departamento-de-pos-graduacao-em-psicologia.html>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

REBOUCAS, Melina Séfora Souza; DUTRA, Elza Maria do Socorro. **Não Nascer: algumas reflexões fenomenológicas-existenciais sobre uma história do aborto.** *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 16, n. 3, p. 419-428, setembro de 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722011000300009&lng=pt_BR&nrm=iso>. Acesso em 02 de novembro de 2017.

REVISTA FÓRUM. **Por que a PEC 181 ganhou o apelido de cavalo de troia das mulheres?** Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/ativismodesofa/2017/11/09/por-que-a-pec-181-ganhou-o-apelido-de-cavalo-de-troia-das-mulheres>> Acesso em 21 de novembro de 2017.

SAIBA MAIS. **A PEC 181, aborto e direitos humanos no Brasil.** Disponível em <<http://www.saibamais.jor.br/2017/11/14/pec-181-aborto-e-direitos-humanos-no-brasil/>> Acesso em 21 de novembro de 2017.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime:** Com a decisão, STF libera a interrupção de gravidez de feto não é **crime**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 181/2015 Proposta de Emenda à Constituição.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449>> Acesso em: 19 de novembro de 2017.