

ARTÍCULO

**O aborto no anteprojeto do novo código penal brasileiro:
reflexões jurídicas e bioéticas**

**Abortion in the preliminary draft of the new brazilian
penal code: legal bioethical and reflections**

CAROLINA BRUSCHI SILVA *

NILZA MARIA DINIZ *

RENATO LOVATO NETO *

* Carolina Bruschi Silva. Acadêmica do Curso de Ciências Biológicas da Universidade Estadual de Londrina – UEL, Brasil, e mestranda em Microbiologia Aplicada na Universidade Católica de Porto – UCP, Portugal. carolinabruschi@gmail.com

* Nilza Maria Diniz. Doutora em Ciências Biológicas (Genética) pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (1996)/Washington State Univerty(Pullman,WA-US). Pós-Doutorado em Bioética pela Cátedra UNESCO de Bioética-UnB, Brasília-DF, e Professor Associado-C da Universidade Estadual de Londrina – UEL, Brasil. nzdiniz@yahoo.com.br

* Renato Lovato Neto. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL, Brasil, e membro associado do CONPEDI. rlovatoneto@gmail.com

Índex

1. Introdução
 2. O aborto no anteprojeto
 - 2.1. Adoção da posição de miguel kottow
 3. Justificativas para a permissão do aborto
 5. Conclusão
- Referências bibliográficas

Resumo

A interrupção da gravidez se caracteriza como um tema controverso, no qual ocorre conflito entre direitos fundamentais e humanos e que a solução para isto somente pode se dar com a ponderação mediante o princípio da proporcionalidade. O Anteprojeto de Código Penal proposto pela Comissão de Juristas no Senado Federal alterou a tipificação do crime de aborto, trazendo novas hipóteses aonde a conduta não se caracteriza como crime. O aborto de feto anencéfalo segue a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto a inovação se dá pela permissão da interrupção voluntária da gravidez até a décima segunda semana. Tal posição se dá adotando a visão relacional do início da vida humana, que se consolida apenas com a compreensão da mulher como parte na relação entre mãe e filho, sendo este lapso temporal o suficiente para a tomada de decisão consciente. O trabalho emprega o método científico-dedutivo com pesquisa bibliográfica. A proibição do aborto gera malefícios deveras graves à sociedade e constitui um problema de saúde pública, devendo se refletir sobre os custos das tentativas de colocar a vida humana, nestes casos, como um direito absoluto, devendo seguir os exemplos da legislação estrangeira com a conversão do projeto em lei, permitindo a interrupção da gestação se a mulher não tem condições psicológicas para a maternidade.

Palavras-chave: interrupção da gravidez; Anteprojeto de Código Penal; visão relacional da origem da vida; aborto.

Abstract

The termination of pregnancy is characterized as a controversial subject in which there is a conflict between fundamental and human rights and that the solution to this can only be given by the principle of proportionality. The Preliminary Draft of the Penal Code proposed by the Commission of Jurists at the Federal Senate changed the classification of the crime of abortion, bringing new hypotheses where the conduct is not characterized as a crime. The abortion of anencephalic fetus follows the position adopted by the Supreme Court, while the innovation is by permission of voluntary interruption of pregnancy until the twelfth week. This position is given by adopting the relational view of the beginning of human life, which happens only with the comprehension of the woman as part of the relationship between mother and child, and this time lapse is enough for making a conscious decision. The paper uses the scientific-deductive method with bibliographical research. The prohibition of abortion generates quite serious harm to society, constitutes a public health problem and should be reflected on the costs of attempts to put human life in such cases as an absolute right, and should follow the examples of foreign law with the conversion the project into law, allowing termination of pregnancy if the woman has no psychological conditions for motherhood.

Key words: termination of pregnancy; Preliminary Draft the Penal Code; relational view of the origin of life; abortion.

1. Introdução

A temática do aborto constitui matéria polêmica que envolve as mais diversas facetas do homem e resulta em discussões de cunho religioso, moralista, ético, demagógico, político, biológico, médico, jurídico, econômico e qualquer outro ponto da natureza humana. Do mesmo modo, estes embates, por envolverem princípios e direitos fundamentais e humanos, muitas vezes empregam direitos de mesma natureza, ora para sustentar argumentos a favor da manutenção da conduta como crime tipificado, ora para defender a descriminalização do aborto.

Com este complexo ambiente e partindo do pressuposto de que ponderações nesta seara podem findar como retóricas de cunho falacioso ou religioso, a pesquisa busca tratar da proposta para autorização da interrupção da gravidez trazida pelo Anteprojeto de Código Penal proposto por Comissão de Juristas no Senado, que dá um enfoque totalmente diverso do atualmente presente na legislação criminal.

O artigo inicia com a análise do tratamento despendido pela proposta e de sua comparação com a tipificação do crime de aborto atual, averiguando as duas novas hipóteses aonde a conduta não é tratada como delito, quais sejam, a do aborto de anencéfalo – tema recentemente abordado na ADPF n.º 54 do STF – e na interrupção da gravidez pela vontade da mulher, quando ela não tem o amparo psicológico em seu âmago para cumprir com a maternidade, passando pela justificativa da escolha da Comissão pelos critérios apontados. Cabe dizer que optamos pelo corte metodológico no sentido de focar a pesquisa na segunda hipótese, inovadora, devido ao acórdão da Corte Superior.

O capítulo seguinte apresenta algumas ponderações sobre fundamentações para a autorização do aborto, quanto ao conflito entre direitos da mulher e do nascituro e regras de solução via princípio da proporcionalidade, encerrando com a abordagem das premissas a serem consideradas para consolidar a interrupção da gestação como um direito fundamental da mulher.

Para tanto, o artigo adota o método científico com pesquisa bibliográfica, recorrendo à doutrina brasileira e estrangeira, bem com a legislação alienígena, com o objetivo de compreender a nova tipificação do aborto no Anteprojeto proposto pelo Senado brasileiro.

2. O aborto no Anteprojeto

O Senado Federal em dez de agosto de 2011 aprovou a criação da Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal, mediante o Requerimento n.º 756 de 2011 combinado com o n.º 1.034/2011.

O texto foi entregue em vinte e sete de junho de 2012, com uma redação que traz diversas inovações na sistemática do Direito Penal, com elementos tanto na Parte Geral como na Parte Especial, aonde foram inclusos temas polêmicos como o do *bullying* (*nomen iuris* de intimidação vexatória), *stalking* (perseguição insidiosa ou obsessiva) e eutanásia, além de alterações em crimes já existentes, tal como o aborto, objeto do presente estudo.

A necessidade de um novo diploma penal advém do fato de que a legislação remonta ao ano de 1940, quando promulgado o Decreto-lei n.º 2.848/40, contexto totalmente diverso do encontrado nos dias atuais, com diferentes costumes, comportamentos e dilemas morais, sendo a lei baseada em um ambiente social, cultural e ético que não coincide mais com a realidade fática.

Assim sendo, determinados dispositivos deixaram de corresponder aos anseios da sociedade e o Direito, embora seja instrumento de conformação do modo de agir social, não pode estar em sentido contrário às características do mundo ao qual está direcionado, devendo acompanhar a evolução dos paradigmas. Bitencourt (2009, p. 150) coloca que:

Transcorridos mais de sessenta e cinco anos da promulgação do Código Penal brasileiro de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, questionam-se muitos dos seus dispositivos, esquecendo-se, geralmente, que a vida é dinâmica, e que não só os usos e costumes evoluem, como também, e principalmente, a ciência e a tecnologia, de tal sorte que aquele texto publicado em 1940 deve ser adaptado à realidade atual mediante os métodos de interpretação, dando-se-lhe vida e atualidade para disciplinar as relações sociais deste início de novo milênio. Com efeito, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação. O Direito Penal – não se ignora essa realidade – é um fenômeno histórico-cultural que se submete permanentemente a um interminável processo de ajustamento de uma sociedade dinâmica e transformadora por natureza. Vive-se esse turbilhão de mutações que caracteriza a sociedade moderna, e que reclama permanentemente atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e somente pela interpretação do cientista ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais, respondendo às necessidades da civilização humana.

O aborto na década de quarenta tem a sua conotação social diferente da qual recebe por parte da sociedade atualmente, sendo que a sua incriminação rigorosa, nos moldes da lei vigente, ignora a realidade da mulher. O aborto no Código Penal esta previsto como crime nos seguintes termos tipifica como crime a conduta de provocar aborto em si mesma, em outra ou consentir que outrem o provoque, não punindo a ação ou omissão se realizada na inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) ou se a gravidez resulta de estupro – devendo o aborto ser consentido previamente pela gestante ou pelo representante legal quando ela for incapaz.

Por outro lado, o anteprojeto apresentado ao Senado dispõe que:

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Cabem breves considerações acerca da inovadora normativa, pois diminuem a *quantum* da pena para o aborto atualmente já incriminado no Brasil, porém trazem novas excludentes de ilicitude da conduta, além dos chamados aborto terapêutico (para salvar a vida da gestante) e do sentimental (quando a gravidez resulta de estupro ou atentado violento ao pudor).

A redação do art. 128 do anteprojeto aperfeiçoa uma má escolha do legislador na grafia do art. 128 do Código Penal atual, que altera a determinação de que “não se pune o aborto” para “não há crime de aborto”, retirando a indagação de que o aborto, nos casos destes dispositivos, a conduta ainda seria crime, mas que não haveria imputação da pena, quando, na realidade, não há configuração do delito. Todavia, este problema de aplicação da teoria do crime merece considerações de Nucci (2003, p. 426):

(...) há duas posições a respeito: a) trata-se de um equívoco do legislador, pois fica parecendo ser uma escusa absolutória. Melhor teria sido dizer “não há crime”; b) é correta a expressão, pois está a lei dizendo que não se pune o aborto, o que significa que o fato típico deixa de ser punível, equivalendo a dizer que não há crime. Preferimos esta última posição. Em qualquer caso, no entanto, trata-se de excludente de ilicitude. (grifo do autor)

Destarte, as hipóteses em que o aborto deixa de ser crime foram expandidas, com o fim de acompanhar os anseios da sociedade e permitir situações em que ora não há bem jurídico a ser tutelado, ora a punição concretizará um mal maior do que o dano causado pela conduta.

O art. 128, inciso III do anteprojeto prevê que a conduta não será crime quando o feto é anencéfalo ou portador de grave doença que torna a sua vida fora do útero totalmente inviável, sem arrolar estas moléstias, deixando a norma penal em branco para que seja preenchida de acordo com os avanços da ciência para determinar quais estas doenças que são, no momento da ação ou omissão, incuráveis.

O aborto anencefálico já era tratada pelos criminalistas como excludente da ilicitude da conduta, pois não haveria bem jurídico a ser tutelado, na medida em que a criminalização do aborto visa a supressão de condutas que violem o direito fundamental à vida, enquanto esta não estaria presente em caso de anencefalia (Bitencourt, 2009, p. 153).

Não obstante, a discussão se encontra superada com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, quando foi declarada inconstitucional a interpretação de que o aborto de feto anencéfalo constitui crime, pois o produto da gravidez não teria potencial de vida, não existindo bem jurídico a ser tutelado pela tipificação.

Desta forma, o anteprojeto normatiza a decisão do STF, no sentido de dispor em lei o acórdão, abrangendo ainda outras moléstias além da anencefalia que, do mesmo modo, inibem a vida do feto fora do útero, não obrigando a mulher a arcar com um sofrimento sabendo que não haverá um filho

após todo o árduo processo biológico pela qual passará, devido à inviabilidade de vida humana. Nesta trilha, Nucci (2003, p. 427) disserta que há duas teses:

O juiz invoca, por vezes a tese da inexibilidade 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 inexibilidade, 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 revolucionária inovação do anteprojeto, em questão do aborto, resta presente art. 128, IV, quando dispõe que não será crime a conduta de aborto por vontade da gestante, quando interrompida a gravidez até a décima segunda semana de gestação e o médico ou psicólogo comprovar que a mulher não tem os subsídios psicológicos mínimos para suportar a maternidade. Esta hipótese constitui o principal enfoque deste trabalho e será trabalhada nos próximos tópicos.

2.1. Adoção da posição de Miguel Kottow

O bioeticista Miguel Kottow (2001, p. 26) destaca que há três vertentes para a determinação do começo da vida: a postura concepcional, a visão evolutiva do início da vida humana e a visão relacional.

A posição concepcional do início da vida humana defende que a união dos gametas dá as condições essenciais para a formação de um novo ser, com o homem como ser individual com suas características já determinadas, ignorando o fato de que uma importante proporção de zigotos estão destinados ao fracasso e sendo este o entendimento da Igreja Católica (Kottow, 2001, p. 27).

Quanto à postura evolutiva, Kottow (2001, p. 30) descreve que:

La segunda postura es aquella que centra el comienzo de la vida humana, y del correspondiente status moral, en la aparición de algún rasgo morfológico o evolutivo del embrión, o en un momento determinado del proceso de gestación. Como criterio de inicio se ha propuesto la anidación, la individuación, la aparición de la cresta neural, el antiguo y ya obsoleto criterio de movilidad fetal, la viabilidad extrauterina, el nacimiento e, incluso, la adquisición de competencia racional en la infancia. La postura evolutiva es aún más compleja si incorpora el desarrollo de la persona, con sus rasgos de identidad, racionalidad, consciencia de sí, relacionalidad, y le concede diverso status moral a las diferentes fases de maduración.

Kottow (2001, p. 31) afirma que aqui ocorreria a mesma falácia naturalista da visão concepcional ao empregar dados empíricos para solucionar uma problemática do campo da ética.

Com relação à postura relacional, Kottow (2001, p. 33) pondera:

El que la mujer constituya también una potencialidad necesaria para la gestación de un ser humano abre el concepto que la aceptación del inicio de una vida humana no sea un hecho biológico exclusivamente radicado en el cigoto, sino que dependa de la presencia de este cigoto y de la aceptación de la mujer en asumir la potencialidad de ser madre. Esta perspectiva tiene un aval sociológico, ya que en la inmensa mayoría de los países occidentales la mujer es libre de

asumir o no esta potencialidad, y de procurar la interrupción del embarazo si desiste. Y en los países donde el aborto es ilegal, las mujeres recurren a prácticas clandestinas con la misma frecuencia con que asumen y llevan a término el embarazo; es decir, es tan probable que la mujer asuma como que rechace un embarazo.

Según el modo de entender relacional, la vida humana se inicia en el momento que es asumida en una relación, que en su forma más natural es generada por la mujer que se acepta a sí misma como madre. Este vínculo requiere dos condiciones, la consciencia de la mujer de estar preñada y la aceptación de esa condición. Cuando la detección de vida humana es artificial – test de embarazo, ecografía – recibe un valor subalterno al motivo que comandó el acto de la detección: certeza del embarazo, precisión de su data, nitidez de la caracterización anatómica, detección de anomalías. La relación no se produce en tanto se está forzando la obtención de información que llevará a la decisión de inaugurar, o no, la potencialidad de un nuevo ser y asumir una relación madre/hijo. Cuando la mujer solicita una exploración gineco-obstétrica para saber acaso está embarazada o para precozmente conocer las características del embrión, no lo hace para anticipar gozosamente su estado reproductivo, sino para tener elementos de juicio que la llevarán a tomar decisiones sobre la conducta a seguir. En esta etapa, la mujer busca el diagnóstico biológico y cualitativo de preñez para luego tomar la decisión acaso asumirá el status existencial de madre potencial.

El respeto por la autonomía de la mujer y el respeto asimismo por el profundo compromiso ético que significa asumir una relación madre/hijo, hacen necesario que sea éste un acto decisional, más que un evento natural, inconsciente, incuestionado y eventualmente indeseado. En ese momento no se produce el enfrentamiento de una vida humana en etapa inicial con una mujer que puede destruir o albergarla, sino que se encuentran potencialidades parciales: de una forma embriogenética incipiente, de una mujer que decide acaso ser madre, y de circunstancias que facilitan o dificultan la gestación. Lo plenamente potencial de este momento es la posibilidad de establecer la relación madre/hijo. Es una potencialidad posible, pero que ha de ser ratificada, actualizada; y sólo en ese momento se establece un nexo o relación que solicita a la madre asumir el proyecto existencial de la vida humana en ciernes o, dicho de otro modo, incorporar la vida humana dependiente al propio proyecto de vida. Esta asunción se traduce en que los intereses de la vida dependiente adquieren igual valor que los intereses propios de la madre. El respeto a la nueva vida humana consiste en aceptar esa equivalencia de intereses con los propios (...).

Com efeito, o bioeticista chileno propõe que o início da vida se dá apenas quando a mulher aceita a relação mãe e filho de forma racional, não podendo esta concordância ser rescindida (Kottow, 2001, p. 35), quer dizer, a mulher confirma a gravidez, por exemplo, por métodos laboratoriais de averiguação, e a partir deste momento tem os elementos materiais para a conformação do seu estado mental, tendo o direito ou não de aceitar a potencialidade de ser mãe.

Baraldi & Diniz (2007, p. 182) dissertam que:

A (...) teoria relacional (...) correlaciona o início da vida humana com a autonomia da gestante em aceitar ou não a gravidez como desejada.

Segundo esta teoria, que é a aceita por Kottow, o começo da vida humana não é um acontecimento biológico unicamente focado no zigoto, necessitando, para iniciar, da aceitação da mulher como mãe. (...)

A perspectiva relacional centraliza a discussão acerca do início da vida humana na autonomia da vontade, de forma que a aceitação de gerar um novo ser humano seja produto do desejo de uma decisão consciente, não ocorrendo em virtude da imposição de valores à gestante.

A vida do ser humano começa então logo que a mulher, gozando plenamente de sua autonomia e independência, parte para um ato de decisão de que poderá compor parte na relação mãe e filho, sendo esta manifestação de extrema relevância em comparação com o evento natural da gravidez, que muitas vezes pode ser não desejado.

Esta posição, assim, caracteriza a adotada pelo anteprojeto de Código Penal ora em estudo ao autorizar a interrupção da gravidez até a décima segunda semana se a mulher não tiver condições psicológicas para a maternidade.

Em anotação sobre o aborto no anteprojeto, Araújo (2012) reflete sobre o novo texto e coloca que a vida começa por vontade da mãe:

(...) três meses bastam a partir da concepção para que a mãe atribua ao filho a qualidade de pessoa. Não que três meses signifiquem algo no plano biológico, mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir à mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a dignidade como pessoa.

Em suma, por essa nova proposta, a vida humana não está na concepção, nem nas fases seguintes do processo de gravidez, mas somente no momento em que a mãe reconhece a gravidez, incorporando-a no próprio projeto de vida, isto é, quando ela, por ato de vontade, cria a pessoa.

Luigi Ferrajoli (2002, p. 259), renomado jurista e filósofo italiano, no mesmo teor, coloca que:

Pero, téngase em cuenta, no porque tres meses signifiquen algo em el plano biológico, sino sólo porque son el tiempo necesario y suficiente para que la mujer pueda tomar una decisión: para permitir la libertad de conciencia, es decir, la autodeterminación moral de la mujer y, al mismo tiempo, su dignidad de persona.

A própria atribuição da responsabilidade da decisão sobre a continuidade da gravidez está embutida na sistemática atual do crime de aborto, como observa Féo & Vieira (2009, p. 66):

No Brasil, nos casos em que o aborto é permitido, quem decide é a gestante – e se esta for menor, quem tem o poder de decisão são os representantes legais. Aqui, mais uma vez é demonstrado que no direito, quem decide, é quem é considerado capaz (é aquele sujeito de direito que tem autoconsciência, poder de decisão e liberdade de consentir). Os países que permitem o aborto (Portugal, Espanha etc.) respeitam a escolha da gestante.

Se considerarmos a moralidade secular geral como prisma adotado, concluiremos que cabe à mãe a decisão sobre a interrupção da gravidez. Como é a mulher quem suporta a gravidez, cabe a ela decidir.

A vida humana, então, começa no momento em que a mulher aceita a posição de mãe na relação com o potencial filho, tendo o tempo de três meses para poder manifestar a aceitação deste relacionamento e continuar ou interromper a gravidez, sendo que, após o prazo de doze semanas, ocorre o aceite tácito desta condição.

3. Justificativas para a permissão do aborto

A temática do aborto importa no confronto direto entre dois direitos fundamentais, quais sejam, o eventual direito à vida do nascituro (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) da mulher grávida, sendo que nesta ponderação os mesmos direitos fundamentais podem ser usados para argumentar contra ou a favor da autorização da conduta, o que dá margens à insegurança jurídica.

Diniz & Almeida (2012) dimensionam a problematização do debate sobre o aborto:

Sustentar a idéia de que o feto é pessoa humana desde a fecundação é transferir para o feto os direitos e conquistas sociais considerados restritos aos seres humanos, em detrimento dos outros animais. O principal direito – e o mais alardeado pelos oponentes da questão do aborto – é o direito à vida. Todas as implicações jurídicas e antropológicas do status de pessoa humana seriam, com isso, reconhecidas no feto. E, para os mais extremistas, sendo o feto uma pessoa humana torna-se impossível qualquer dispositivo legal que permita o aborto. (...)

Já a segunda idéia, a de que o feto é uma pessoa humana em potencial, tem ainda maior número de defensores do que a que concede o status de pessoa ao feto desde a fecundação. A teoria da potencialidade sugere que o feto humano representa a possibilidade de uma pessoa humana e, portanto, não pode ser eliminado. Para os representantes da teoria da potencialidade, de feto para pessoa humana completa é apenas uma questão de tempo e, é claro, de evolução. Assim, em nome da futura transformação do feto em criança, sendo o grande marco o nascimento, o aborto não pode ser permitido. Tanto para os defensores da teoria da potencialidade quanto para os defensores da idéia de que o feto é já pessoa humana desde a fecundação, o aborto possui o significado moral e jurídico de um assassinato — e é desta maneira que seus expoentes se referem à prática. (...)

Assim, apesar de bastante difundido, o problema da moralidade do aborto é histórica e contextualmente localizado e qualquer tentativa de solucioná-lo tem que levar em consideração a diversidade moral e cultural das populações atingidas. Como pode ser constatado, seja pela diversidade legal acerca da temática quanto pela multiplicidade argumentativa do debate bioético, o aborto é uma das questões paradigmáticas da bioética exatamente porque nele reside a essência trágica dos dilemas morais que, por sua vez, são o nócnflitivo da Bioética. Para certos dilemas morais não existem soluções imediatas.

Por isto, quando se tratar de princípios e direitos fundamentais, deve se recorrer ao princípio da proporcionalidade, que oferece bases para a construção de um raciocínio lógico com base nos fatos concretos e se desdobra em três aspectos (Nunes, 2002, p. 43):

a) *adequação*

Por ela, diz-se que o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido.

b) *exigibilidade*

O meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos. Isto é,

deve-se procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalecente.

c) proporcionalidade em sentido estrito

Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais.

Ora, da leitura desses aspectos decorre claramente que o chamado princípio da proporcionalidade é método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos latentemente apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais.

O conflito entre os direitos fundamentais deve ser resolvido com a máxima cautela, pois não há hierarquia entre eles, devendo a solução partir do princípio da proporcionalidade. Assim, deve-se indagar se a autorização do aborto até a décima segunda semana de gravidez quando a mulher entender não ter condições psicológicas para ser mãe é adequada para garantir a sua dignidade, se não há nenhum outro meio menos oneroso para atingir este fim e se a lesão ao direito fundamental à vida do ser humano em potencial é proporcional à vantagem de assegurar os direitos da mulher.

Com isto, sendo o texto do art. 128, IV, do anteprojeto no sentido de atribuir à vida do ser humano o seu início apenas no momento em que a mulher se determina como sujeito na relação mãe e filho, compreendemos não haver ofensa ao direito fundamental à vida, pois o dispositivo demarca o momento em que a vida passa a ter tutela do Direito Penal.

Na verdade, até a décima segunda semana, o que prevalece é a vontade consciente da mulher que goza da autonomia e liberdade que a evolução da sociedade lhe garantiu, sendo dona do seu corpo e, principalmente, do seu destino, com plena capacidade de se autodeterminar.

O Direito Penal atribui uma graduação na tutela do bem jurídico *vida*, efetivando uma diferença entre o tratamento da vida do ser humano que já nasceu e a da vida intrauterina, o que relativiza o direito fundamental à vida (Féo & Vieira, 2009, p. 65):

O direito à vida, no Brasil, embora consagrado pelo art. 5º da Constituição não é absoluto (uma vez que o Estado permite tirar a vida de um ser humano em determinadas condições como, v.g., legítima defesa, guerras, aborto terapêutico etc.). Quando este direito à vida entra em conflito com um direito de menor importância, ele prevalece, mas o que acontece quando deparamo-nos com um conflito entre direito equivalentes: vida contra vida? Que vida vale mais? Uma vida nascida, sobre a qual já construíram-se sonhos, afetos e projetos, ou a vida de um aglomerado de células que poderá ter potencialidade de pessoa (...)? Nos casos de gravidez de risco, quando médico tem de optar entre a gestante e o feto, quem ele escolhe? Escolhe a gestante. Por quê? Porque a valoração da vida é diferente.

Nos casos de penas contra o aborto, porque estas penas são menores que as penas para homicídio? Porque os entes ofendidos têm diferentes valores. Segundo o Código Penal brasileiro, o homicídio simples é punido com uma pena de reclusão de 6 a 20 anos (art. 121, caput). O infanticídio (i.e.: matar criança nascida) recebe pena de detenção de 2 a 6 anos (art. 123). O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento leva pena de detenção de 1 a 3 anos

(art. 124). Se provocado por terceiros, a pena varia de 3 a 10 anos (art. 125). A valoração é nitidamente gradativa. **(grifo dos autores)**

Prado (2011, p. 143) bem afirma:

(...) sob certas circunstâncias, isto é, quando há um conflito entre a vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos. (...)

De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g., vida, saúde, liberdade, intimidade etc.). (...)

E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extrauterina que à intrauterina (...). Não há, portanto, conflito entre bens iguais.

No mesmo rumo, Nucci (2003, p. 426) disserta:

(...) nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstância excepcionais, para preservar a vida digna da mãe. Em continuidade a essa idéia, convém mencionar a posição de Alberto Silva franco, ao dizer não ser inconstitucional o “sistema penal em que a proteção à vida do não-nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente”.

A permissão do aborto nestes casos se fundamenta no mal que a gravidez traz para própria mulher que não pretende se colocar como mãe, que não tem o desejo de ter uma relação com um filho, devendo o respeito a esta posição, se tomada até a décima segunda semana de gestação, ser uma garantia ao fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana. Prado (2011, p. 146) escreve que:

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.

O confronto entre o direito fundamental da vida do feto e à liberdade de se autodeterminar da mulher com o fim de assegurar a sua dignidade exige a consideração de diversos fatores que devem ser averiguados sob o prisma do princípio da proporcionalidade, pois a interrupção da gravidez não é um ato simples para a mulher, tanto em termos psicológicos como biológicos e médicos, ao contrário do que Diniz (2008, 83) considera ser o aborto:

(...) o aborto legal seria uma garantia oferecida, na indústria do sexo, ao consumidor, pois traz a possibilidade de todo prazer sexual sem qualquer consequência, já que não será preciso arcar com o incômodo de um filho, que estragaria a festa de consumo do sexo.

No que pese a autoridade da jurista, tal entendimento não pode prevalecer, na medida em que para a mulher, a interrupção da gestação jamais poderá ser analisada desta forma, diante de todos os riscos e possíveis traumas que o ato pode trazer a sua pessoa, sendo então o aborto uma decisão que deve ser tomada de forma consciente e oferecidos todos os subsídios imprescindíveis proporcionados pela Medicina para assegurar o ambiente adequado para a realização deste

procedimento cirúrgico de extrema temeridade. Quer dizer, além de todos os riscos naturais do próprio ato, não se pode instalar o temor à gestante de exercer a sua própria liberdade enquanto mulher.

Afinal, da autorização do aborto em determinadas hipóteses, com o fim de preservar a dignidade da gestante, tem-se que “a norma permissiva se justifica porque a mulher não deve ser obrigada a cuidar de um filho (...) não desejado” (Mirabete *apud* Pierangeli, 2007, p. 70).

A título de exemplo, Dalvi (2008, p. 85) elenca possíveis danos ao qual está sujeita a mulher que decide interromper a gravidez:

O aborto pode compreender a saúde da mulher em graus variáveis. A gravidade das complicações mórbidas advindas do abortamento tende a aumentar com a duração da gravidez. (...)

O traumatismo mais perigoso associado ao aborto provocado é a perfuração uterina, que poderá ocasionar peritonite e morte. O colo do útero também pode ser lesado durante as práticas abortivas e, mais raramente, outros órgãos vizinhos, como bexiga e alças intestinais, podem ser comprometidos. O aborto provocado, em geral, é executado em clínicas clandestinas e feito sem acompanhamentos e cuidados médicos adequados, o que, igualmente, pode ocasionar inúmeras complicações. A hemorragia, nos casos de aborto espontâneo, raramente é profusa. Já no aborto provocado, ela é mais intensa e pode até levar ao choque. Já as infecções apresentam-se relativamente raras e benignas no aborto espontâneo, mas podem ser graves e mortais no aborto provocado. Portanto, observamos que não é tão simples, principalmente para a gestante, a provocação de um aborto.

A própria Diniz (2008, p. 80) reconhece os perigos pertinentes à prática clandestina do aborto:

Não há como negar que a proibição do aborto pode levar algumas gestantes à sua prática clandestina, por não terem condições de escolher o médico ou o hospital. A ilegalidade incentiva a ação de clínicas clandestinas para atendimento de mulheres de classe média e baixa, que podem, pela precariedade, levá-las à morte ou acarretar-lhes lesões irreparáveis. (...) a punição da mulher pela prática abortiva não apresentaria nenhuma utilidade social, porque, na verdade, não a impediria, uma vez que apenas forçaria a clandestinidade, trazendo um gravíssimo problema de saúde pública, em razão das seqüelas provocadas por um aborto malfeito, sem a devida assistência e condições de segurança e higiene, principalmente se levado a efeito por recursos caseiros, como banhos com soda cáustica ou cristais de permanganato de potássio, injeções de hormônios, introdução na vagina de objetos pontiagudos, como agulhas de tricô, rudes golpes aplicados no próprio ventre, diarreias instigadas propositadamente, sondas no ânus e no útero para provocar uma infecção e iniciar o abortamento etc. Os resultados não poderiam ser outros que não morte, hemorragias, infecções generalizadas, esterilidade irreversível, câncer, traumatismos psíquicos etc. Por isso, dizem, a legalização do aborto beneficiaria a mulher de classe baixa, que, não tendo condições financeiras para fazê-lo, poderia internar-se em hospitais públicos, não mais se submetendo a técnicas abortivas precárias de “quartinhos de fundo de quintal” ou clínicas abortivas pouco recomendáveis, cuja consequência, na maioria das vezes, é sua posterior internação em hospitais para fazer curetagem e outros tratamentos. As mulheres pertencentes a classes mais abastadas, legalizado ou não o aborto, já teriam condições de fazê-lo de forma segura e asséptica, mas nem sempre tal ocorre, pois casos existem em que, em razão de

pressões externas do meio ambiente, procuram a clandestinidade, por não exigir explicações e manter o anonimato, não manchando assim sua honra, nem envergonhando sua família ou classe social. Além disso, dados estatísticos comprovam que há mais ricas do que pobres abortando.

Débora Diniz (2001, p. 2) compreende a postura que os legisladores brasileiros devem tomar perante estas problemáticas, refinando, antes de tudo, a linguagem técnica empregada no debate:

Sendo assim, a proposta de uma unificação conceitual da terminologia corrente sobre aborto nos projetos de lei representaria tanto um primeiro passo para o estabelecimento de um diálogo civilizado e democrático entre as partes interessadas na questão (já que as comunidades morais representadas por seus(as) parlamentares estariam de acordo quanto aos termos da conversa, dispondo-se, assim, a dialogar quanto ao seu conteúdo), como também ampararia melhor os(as) parlamentares em um campo tão difícil e controvertido quanto o do aborto no Brasil. A competência lingüística inicial é a condição fundamental para a possibilidade de um diálogo que, de fato, espelhe as moralidades vigentes no país.

A partir destas explanações acerca dos perigos aos quais a mulher se submete para interromper a gravidez, não se pode em nenhuma hipótese concluir que a pessoa pratica o ato gratuitamente, apenas para se safar do fardo da maternidade, mas sim toma a decisão com base em juízo de consciência no qual ela avalia a sua situação psicológica e se realmente pretende se incluir na relação mãe e filho, dando início a vida humana nos termos aqui expostos, ou se entende o correto ser o aborto, pondo fim à gestação e se submetendo a todos os riscos a ela atinentes, no livre exercício da sua condição de mulher e da autodeterminação do seu destino.

5. Conclusão

O Anteprojeto de Código Penal apresentado pela Comissão de Juristas no Senado Federal do Brasil apresenta interessantes evoluções na tipificação do crime de aborto ao diminuir as penas cominadas, demonstrando que o bem jurídico a ser tutelado não merece a rígida guarida atualmente presente na legislação criminal, e apresentando novas hipóteses nas quais a conduta não constitui crime – quando o feto é anencéfalo e quando a mulher não apresenta condições psicológicas para a maternidade.

A escolha da Comissão pelo critério vontade da mulher demonstra a posição mais liberal dos juristas, acatando a proposta de Miguel Kottow de que a vida humana inicia com uma visão relacional, aonde o feto somente passa a ser considerado com vida pela manifestação volitiva da gestante em continuar com a gravidez e se colocar como parte na relação mãe e filho.

Por outro lado, a Comissão também entendeu não ser prudente a liberação total da interrupção da gravidez, exigindo que se tenha o parecer de um psicólogo ou de um médico que atestem a falta de condições para arcar com a maternidade por parte da mulher, bem como instalando um prazo razoável de doze semanas para esta manifestação, passados os quais estará dada a compreensão tácita da mulher como pertencente àquela relação. Com isto, o texto legal segue a doutrina de Luigi

Ferrejoli, que destaca que três meses são o suficiente para a mulher assimilar a sua situação e tomar a decisão mais consciente e apurada.

O aborto, tema polêmico, traz em seu bojo o conflito entre direitos fundamentais que precisão de sua ponderação via princípio da proporcionalidade, para apurar se, com o fim de garantir a dignidade da mulher e sua liberdade de autodeterminação, é adequado, exigível e proporcional a violação direito fundamental à vida do nascituro com a sua relativização.

A proibição do aborto resulta em mais prejuízos do que se pretende evitar, quer dizer, a norma penal não inibe a prática da interrupção de gravidez e ainda obriga a gestante a apelar, se decidida a abortar, às clínicas clandestinas, pondo a sua vida ou saúde em risco. Ora, a vida do nascituro continua a ser aniquilada e ainda coloca a sanidade (física e mental) e até a sobrevivência da mulher em perigo, enquanto poderia, se o aborto fosse autorizado, se socorrer em estabelecimentos munidos com instrumentais e profissionais habilitados, obedecendo às regras de higiene e técnica pertinentes a toda prática cirúrgica.

A interrupção da gravidez conforme as hipóteses de exclusão das novas condutas como crime propostas pela Comissão de Juristas mediante o Anteprojeto consiste em evolução normativa de acordo com às necessidades sociais e econômicas no Brasil, tratando o aborto como um problema antes de saúde pública e liberdade da mulher do que uma questão propriamente religiosa ou tendenciosa, como a realidade fática exige, diferentemente do que ocorria em 1940, quando promulgado o atual Código Penal.

O Direito deve se adequar aos anseios da sociedade e às exigências do bem comum, não podendo ignorar o mal que a proibição de quase toda prática abortiva traz, tanto à mulher, como ao Estado e à população em geral. Todavia, a proposta não encontrará ambiente pacífico entre os congressistas e se confrontará com a resistência das bancadas religiosas que buscarão emperrar o natural desenvolvimento da legislação em prol do eleitorado.

Referências bibliográficas

- ◆ ARAÚJO, GUILHERME SAN JUAN. *Em novo Código Penal, vida começa por vontade da mãe*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/guilherme-araujo-codigo-penal-vida-comeca-vontade-mae>>. Acesso em: 3 de julho de 2012.
- ◆ BARALDI, IVAN AUGUSTO & DINIZ, NILZA MARIA. Reflexões sobre a interrupção da gestação de feto anencéfalo. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, Abr./Jun., v. 3, n.º 2, p. 170-190, 2007.
- ◆ BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. *Tratado de direito penal, 2: parte especial*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ◆ BRASIL. *Anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 3 de julho de 2012.

- ◆ DALVI, LUCIANO. *Curso avançado de biodireito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ◆ DINIZ, DÉBORA. Um espelho das moralidades: o debate sobre aborto no Congresso Nacional Brasileiro. *Série Anis* 23, Brasília, Letras Livres, 1-3, novembro, 2001.
- ◆ DINIZ, DÉBORA & ALMEIDA, MARCOS DE. *Bioética e aborto*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellaborto.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2012.
- ◆ DINIZ, MARIA HELENA. *O estado atual do biodireito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ◆ FÉO, CHRISTINA & VIEIRA, TEREZA RODRIGUES. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: Vieira, Tereza Rodrigues (Org.). *Ensaio de bioética e direito*. Brasília: Editora Consulex, 2009.
- ◆ FERRAJOLI, LUIGI. La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, n.º 44, jul, 2002.
- ◆ KOTTOW, MIGUEL. Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Revista Bioética*, vol. 9, n.º 2, 2001.
- ◆ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ◆ NUNES, LUIZ ANTÔNIO RIZZATTO. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ◆ PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. *Manual de direito penal brasileiro, volume 2*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2012

Fecha de aceptación: 28 de enero de 2013