

Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos.

José Henrique Rodrigues Torres

Juiz de Direito, Titular da Vara do Júri de Campinas, Professor de Direito Penal (PUCCAMP), membro do Conselho Diretivo da Associação Juizes para a Democracia (AJD) e da Federação de Associações de Juizes para a Democracia da América Latina e Caribe.

Este texto recebeu a aprovação expressa dos seguintes profissionais do direito: Desembargadora Shelma Lombardi de Kato; Desembargador Alberto Silva Franco; Desembargador Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior; Juiz de Direito Marcelo Semer; Juíza de Direito Maria Lúcia Karan; Doutor em Direito Sérgio Salomão Schecaira; Juíza de Direito Kenarik Boujikian Felipe; Juíza de Direito Dora Aparecida Martins de Moraes; Promotor de Justiça Romeu Galiano Zanelli Junior; Doutor em Direito Maurício Zanoide de Moraes, Juiz de Direito Nelson Augusto Bernardes de Souza, Juiz de Direito Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho, Promotor de Justiça Gustavo dos Reis Gazzola, Juíza de Direito Sueli Pinni, Juiz de Direito Floriano Correa Vaz da Silva, Juiz de Direito Marcos Pimentel Tamassia Juiz de Direito Sérgio Mazina, Juiz de Direito Luis Fernando Camargo de Barros Vidal e Juiz de Direito Luiz Antonio Alves Torrano.

SUMÁRIO.

1.- Do abortamento inseguro e da necessidade de redução de riscos e danos. 2.- Da importância da análise dos aspectos jurídico-penais dessa proposta de redução de riscos e danos do abortamento inseguro. 3.- Do crime: fato típico, antijurídico e culpável. 4.- Do concurso de agentes: a co-autoria e a participação. 5.- Do concurso de agentes: requisitos para a caracterização da participação criminosa. 5.1.- Da não caracterização do requisito da relevância causal objetiva. 5.2.- Da não caracterização do requisito do liame subjetivo. 6.- Da impossibilidade de participação por omissão. 7.- Da inexistência de tipicidade conglobante, por falta da antinormatividade. 8. Da conclusão. A implantação do serviço de redução de riscos e danos do aborto inseguro é um dever do Estado.

*“En esta hora no niego
que tuve tiempo,
tiempo,
Pero no tuve manos,
y así, cómo podía
aspirar con razón a la grandeza
si nunca fui capaz
de hacer
una escoba,
una sola,
una ?”*

Pablo Neruda

1.- Do abortamento inseguro e da necessidade de redução de riscos e danos.

“Ela está morrendo de tanto sangrar”¹.

Eça de Queiroz certamente não imaginou que uma de suas maiores obras literárias, “O crime do Padre Amaro”, seria materializada nas telas cinematográficas, na adaptação feita por Carlos Carrera, para desvelar ao mundo contemporâneo um terrível drama que está a infelicitar a sociedade há muitos anos.

Milhares de mulheres, vítimas da exclusão e da dominação de uma ideologia patriarcal que não tem fronteiras, pobres em sua grande maioria, estão vivenciando, todos os anos, em todo o mundo, uma experiência dantesca. Abandonadas no lago de Tântalo, essas mulheres têm enfrentado uma terrível guerra, sem precedentes, contra a omissão da sociedade e, em especial, dos Estados, inclusive daqueles que se dizem sociais e

¹ Fala de personagem do filme “El crimen del Padre Amaro”, de Carlos Carrera, com Gael García Bernal, Columbia Tristar.

democráticos, e que se proclamam garantidores dos direitos humanos. Milhares de mulheres estão morrendo todos os anos, em todo o mundo, em razão da prática de abortamento inseguro².

Essa causa de morte materna, perfeitamente evitável, tem atingido de setenta a oitenta mil mulheres por ano em todo o mundo. No Brasil, em particular, o abortamento inseguro constitui a segunda causa de morte materna em alguns Estados da Federação, enquanto, em outros, constitui a terceira causa de morte de gestantes.

E não se olvide, como adverte Flávia Piovesan, que “o direito de viver livre de morte materna evitável integra os direitos humanos das mulheres e – sob o prisma da individualidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos – interage com os direitos à saúde, à igualdade, à não discriminação, à educação, à liberdade, à segurança, dentre outros, de forma a assegurar o direito à dignidade plena de que são titulares as mulheres”³.

É por isso que o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (Comitê Desc), ao externar a sua preocupação com a mortalidade materna no Brasil, recomendou que sejam adotadas medidas eficazes “com a finalidade de proteger as mulheres dos efeitos dos abortos clandestinos e inseguros, assegurando que as mulheres não recorram a tais procedimentos prejudiciais”⁴,

² Segundo a OMS, o abortamento inseguro é aquele procedimento realizado para interromper uma gravidez indesejada, praticado por pessoas sem as necessárias qualificações ou aquele que é realizado em um ambiente sem as mínimas condições de segurança médica, ou ambos (Organização Mundial de Saúde. Saúde. Aborto sem riscos: guia técnico e políticas para sistemas de saúde. Genebra. OMS, 2003).

³ Mortalidade materna e direitos humanos, p. 11.

⁴ Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. O cumprimento do Piedesc pelo Brasil, Plataforma brasileira de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais – Plataforma DhESC Brasil, Brasília, 2003.

causadores de tantas mortes, em especial entre as mulheres pobres e marginalizadas⁵.

Entretanto, como afirmam Faundes e Barcelatto, “as mortes de mulheres relacionadas ao aborto são apenas a ponta de um grande iceberg” (1), pois, centenas de milhares de mulheres, todos os anos, estão sofrendo terríveis conseqüências físicas e psíquicas em razão do abortamento realizado em condições precárias e inseguras: infecções, que se instalam nas paredes do útero ou que migram para as trompas, para os ovários ou para a cavidade abdominal (doença inflamatória pélvica – DIP); lesões traumáticas ou químicas dos genitais e outros órgãos pélvicos; reações tóxicas a produtos ingeridos ou introduzidos nos genitais; hemorragias, que acarretam anemia, choque e morte ou que exigem transfusões sanguíneas de emergência, que as expõem a altos riscos de peritonite e contaminação com HIV e outras infecções; septicemia e choque séptico; retirada das trompas, dos ovários e do útero; obstrução das trompas que pode conduzi-las à esterilidade ou à gravidez tubária, outra causa dramática de morte materna; dores pélvicas crônicas; limitação da vida diária e das atividades sexuais; e depressão e complicações psicológicas em situações de pressão”⁶. E não se olvidem as não menos terríveis conseqüências sociais e econômicas geradas pelo abortamento clandestino que, realizado em condições inseguras e desumanas, deixa muitos filhos na orfandade e desestrutura unidades familiares⁷.

⁵ O panorama das mortes maternas evitáveis no Brasil viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Piedes, ONU, 1.966), especialmente devido ao seu impacto desproporcional sobre a vida das mulheres afrodescendentes, mestiças e indígenas, pobres e solteiras, que vivem nas regiões mais pobres do país, o que caracteriza um padrão sistemático de discriminação por motivos de sexo, raça/etnia, estado civil e localização geográfica no acesso aos serviços público de qualidade (A morte materna e os direitos humanos, p. 46).

⁶ Aníbal Faundes e José Barcelatto. O drama do aborto – em busca de um consenso, p. 81

⁷ “cuando una mujer muere, su familia y su comunidad sufren una considerable pérdida: las familias pierden su contribución en el manejo del hogar, la economía pierde su contribución productiva, los hijos huérfanos tienen menos

É preciso fazer algo, portanto, não apenas no campo formal da produção legislativa, mas, principalmente, no âmbito material das políticas públicas, para enfrentar essa situação, debelando ou pelo menos diminuindo os riscos e danos a que estão expostas as mulheres. Não se pode mais aceitar a omissão dos Estados diante dessa dramática situação, que tem produzido tantas conseqüências terríveis para as mulheres e para toda a humanidade.

O Brasil ratificou tratados e convenções internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao seu sistema constitucional de garantias⁸, assumindo o compromisso de garantir às mulheres uma assistência plena à sua saúde sexual e reprodutiva, o que o obriga a enfrentar essa flagrante violação dos direitos humanos das mulheres, não apenas no campo jurídico-formal, mas, principalmente, com políticas públicas inclusivas, efetivas e eficazes⁹.

posibilidades de alcanzar mayor educación y atención en salud a medida que crecen. Se calcula que por cada muerte materna promedialmente quedan cuatro niños huérfanos, lo que trunca los proyectos de desarrollo y las perspectivas de futuro de estas niñas e niños”. La mortalidad es un emergente de la gran mortalidad de esta práctica. Se calcula que cada día por lo menos unas 2.169 mujeres y adolescentes son hospitalizadas en la región debido a abortos inseguros. También es importante el impacto económico. Los gastos en tiempo de internación, personal para atención, medicamentos, transfusiones, etcétera, son cuantiosos. La cirugía radical indicada en los casos de sepsis posaborto constytue una cirugía mutilante con graves secuelas y complicaciones”. (v. Leonel Briozzo, “Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis – estrategias para su reducción”, Revista Médica del Uruguay, n. 3, p. 190.

⁸ Constituição Federal, artigo 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º: os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza constitucional e *status* de norma de garantia dos direitos fundamentais. O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994), em 27 de novembro de 1995, a Convenção Interamericana para prevenir e punir torturas (1985) em 20 de julho de 1989, a Convenção Americana de Direitos Humanos – “Pacto de San José da Costa Rica” (1969), em 25 de setembro de 1992, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), em 28 de setembro de 1989, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), em 1º de fevereiro de 1984, e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), em 24 de janeiro de 1992. E esses tratados e convenções internacionais, que têm natureza constitucional no nosso ordenamento jurídico, garantem às mulheres o direito à igualdade e à não discriminação, o direito à auto-determinação, o direito à segurança pessoal, o direito de não ser objeto de ingerências arbitrárias em sua vida pessoal e familiar, o direito de respeito à sua liberdade de pensamento e consciência, o direito de respeito à vida, o direito de que se respeite a sua integridade física, psíquica e moral, o direito ao respeito à sua dignidade, o direito ao acesso a procedimentos jurídicos justos e eficazes quando submetida a violência, o direito de não ser submetida a nenhum tratamento desumano ou cruel, no âmbito físico ou mental, e o direito ao tratamento de sua saúde física e mental.

⁹ Na declaração de Pequim, está proclamado que “os direitos da mulheres são direitos humanos” e é afirmado o direito à assistência à saúde sexual e reprodutiva das mulheres; na Declaração e no Programa de Viena, são reconhecidos os direitos das mulheres à igualdade, à tolerância e à dignidade; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados assumem a obrigação de criar condições que assegurem a todos assistência médica plena; na

Portanto, é preciso fazer algo e romper com o imobilismo.

No Uruguai, recentemente, quando se verificou que o abortamento inseguro constituía a primeira causa de morte materna, algo começou a ser feito: diante da terrível magnitude desse problema de saúde pública, interpretado e assumido como uma questão sanitária, os profissionais da saúde, a sociedade civil e o Estado decidiram enfrentá-lo com uma estratégia de redução de riscos e danos¹⁰. A partir da iniciativa de uma organização civil de profissionais da saúde, denominada Iniciativas Sanitárias, integrada por médicos e médicas, ginecologistas, obstetras, legistas, epidemiologistas, psicólogos e psicólogas e profissionais da área social, e com o apoio da *Facultad de Medicina de la República*, do *Sindicato Médico del Uruguay*, da *Sociedad Ginecotológica del Uruguay* e da *Asociación Obstétrica del Uruguay*, foi implantado e está sendo executado um programa de “Medidas de proteção materna diante do aborto provocado em condições de risco”.

E, no Brasil, enquanto a sociedade discute o problema do abortamento sob seu aspecto estritamente legal, no plano político e ideológico, é preciso que sejam adotadas, também, e imediatamente, políticas públicas sanitárias concreta e hábeis pelo menos para transformar o “aborto

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW), são reconhecidos os direitos à assistência à saúde sexual e reprodutiva da mulheres e os Estados comprometem-se a proteger as mulheres dos efeitos negativos à saúde causados pelo abortamento; e na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), é reconhecido o direito das mulheres a uma vida livre da morte materna evitável.

¹⁰ Em 2001, a Sociedad Ginecológica del Uruguay aprovou uma proposta para abordar a situação do aborto diante da gravidez não desejada, estabelecendo os primeiros parâmetros para uma assistência à gestante “antes” e “depois” do aborto, visando à redução de riscos e danos. Em 2002, o projeto ganhou o apoio da Facultad de Medicina de la Universidad de la República e do Sindicato Médico del Uruguay, um grupo de ginecologistas e médicos legistas elaborou e apresentou ao Ministério de Saúde a Normativa “Medidas de protección materna frente al aborto provocado em condiciones de riesgo” e é implantado o primeiro serviço. Em 2004, o Ministério da Saúde Pública do Uruguai aprovou a Normativa, que começou a ser oficialmente aplicada, nos termos da Ordenanza 369-04 / MSP, complementada, depois, por duas novas normativas: consulta pré aborto e consulta post aborto

inseguro” em “aborto de menor risco”, como está sendo feito naquele país latino-americano, ainda que se deva, por enquanto, caminhar pelas atuais veredas da legalidade, estreitas e marginais diante do horizonte onde brilha a luz da utópica descriminalização do abortamento¹¹.

É preciso admitir que o abortamento, como um evento sanitário, independentemente de seus aspectos jurídico-penais, tem um “antes” e um “depois”. Assim, sob a égide dos princípios da bioética, na busca da beneficência, da não maledicência, da justiça e da garantia da autonomia, é possível adotar, no estrito âmbito da legalidade e da licitude, políticas públicas sanitárias para acolher as mulheres durante esses dois momentos extremos do abortamento ilícito e garantir a elas a necessária redução dos riscos e dos danos decorrentes da prática do abortamento inseguro.

Eis, portanto, em apertada síntese, uma proposta concreta de adoção de medidas preventivas de proteção à gestante, embasada no projeto implantado no Uruguai com o objetivo de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

a.- da implantação do serviço de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

a.1.- nos hospitais públicos, pelo menos, e, principalmente, naqueles que já implantaram o serviço específico de atendimento à mulher para a prestação de assistência integral à sua saúde e, em especial, no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, é imprescindível **a criação e a implantação de uma estrutura médica e psicossocial de**

¹¹ De acordo com o parágrafo 106k da Plataforma de Ação de Beijing (Conferência Mundial sobre as Mulheres), o Brasil assumiu o compromisso de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais. Segundo o relatório do Comitê CEDAW (Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher), a existência de leis punitivas em relação ao abortamento é o que leva as mulheres à prática de abortos inseguros e, portanto, implica um aumento de riscos das mulheres de morrer de morte evitável. Rever as leis punitivas é uma forma de evitar a morte materna .

diagnóstico, assessoramento e apoio para as gestantes que manifestem a sua intenção de provocar o aborto, para que elas contem com toda a informação necessária para uma tomada de decisão consciente e responsável, assumindo menores riscos e sofrendo menores danos¹²;

a.2.- nos casos em que a mulher, depois de devidamente assistida e orientada, mantiver a decisão de provocar o aborto, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis, no âmbito da assistência médica e psicossocial, para evitar ou diminuir os riscos, os danos e as conseqüências do abortamento, inclusive a morte da gestante; e

a.3.- nos casos em que a gestante, devidamente orientada e informada, desistir da prática do abortamento, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis, no âmbito da assistência médica e psicossocial, para que essa mulher receba integral assistência durante o processo gestacional, durante o parto e depois dele.

b.- das normas mínimas específicas para a implantação e execução do serviço de redução de riscos e danos do abortamento inseguro:

b.1.- na relação médico-paciente, respeitar-se-á a decisão informada da gestante, ainda que, como enfrentamento de um problema epidemiológico de saúde pública, seja desestimulada a prática do aborto como método anticonceptivo;

b.2.- a gestante será informada de todos os riscos decorrentes dos métodos popularmente utilizados para a prática do abortamento ilícito e, também, das

¹² O Comitê de Direitos Humanos da ONU apontou que a falta de acesso das mulheres aos serviços de saúde reprodutiva viola os direitos da mulheres à igualdade e à vida, reconhecendo que a falta de disponibilidade de serviços e de informação sobre planejamento familiar, incluindo o aborto, compromete a capacidade de igual participação das mulheres em todos os aspectos da sua vida social e econômica, bem como aumenta os riscos de gravidez não desejada, a busca por abortos clandestinos e inseguros e, conseqüentemente, uma maior exposição ao risco da morte materna (Mortalidade materna.e direitos humanos, p. 67).

conseqüências de sua conduta no âmbito jurídico-penal, em razão da atual situação de criminalização do abortamento;

b.3.- a gestante será informada, também, sobre as alternativas possíveis para a evitação do abortamento, inclusive sobre a possibilidade da entrega do filho para adoção depois de seu nascimento¹³;

b.4.- os médicos, as equipes de saúde, o sistema de saúde e o serviço especializado não farão o abortamento ilícito nem fornecerão às gestantes qualquer substância abortiva ou qualquer instrumento hábil para a provocar o aborto, nem indicarão pessoas ou instituições para a realização do aborto;

b.5.- os profissionais do serviço de saúde não incentivarão as gestantes a provocar o aborto, antes deverão desestimular a prática dessa conduta que, infelizmente, ainda é proibida, ilícita e até criminosa, e por isso mesmo muito perigosa, mas, se a mulher persistir na vontade de provocar o aborto, a sua decisão informada e consciente deverá ser respeitada;

b.6.- o serviço deverá garantir às gestantes momentos e instâncias de reflexão para valorar e rever a decisão de interromper o processo gestacional, com o acompanhamento de profissionais habilitados e capacitados, que deverão estar preparados para respeitar a decisão livre e consciente da mulher;

b.7.- depois de fornecidas todas as orientações e a devida assistência integral à gestante, se restarem frustradas todas as medidas tendentes a demovê-la da intenção abortiva, persistindo ela na vontade de interromper a gestação, deverá ser oferecida e fornecida à mulher a necessária antibioticoterapia ou quaisquer outros medicamentos

¹³Da adoção: Estatuto da Criança e do Adolescente, Título II, Capítulo III, Seção III, Subseção IV, artigos 39 a 52.

destinados exclusivamente à redução dos riscos e danos do abortamento, dê-se que esses medicamentos não tenham nenhuma potencialidade abortiva;.

b.8.- caso a gestante, depois de devidamente orientada e assistida, persista no propósito de interromper a gestação, deverá ser a ela oferecida e fornecida também a assistência integral pós-aborto, tanto no âmbito médico como no psicossocial, até a sua plena recuperação; e, ainda,

b.9.- em qualquer caso, e sempre, na assistência oferecida à gestante deverá ser incluída a necessária orientação sobre os seus direitos relativos ao exercício de sua sexualidade, sobre o uso e o acesso de anticoncepcionais e, em especial, sobre planejamento familiar, inclusive com serviço especializado e profissionais capacitados para esse fim, visando evitar a repetição do aborto ou mesmo que a mulher fique exposta novamente à difícil situação de sentir-se sem alternativas diante de uma gestação indesejada.

Essa proposta, embasada no programa adotado pelo Uruguai para o acolhimento das gestantes “antes” e “depois” do abortamento ilícito, deverá ser implantada, com urgência, no Brasil, para que sejam garantidos plenamente os direitos das mulheres à assistência médica integral e eliminados ou pelo menos diminuídos os terríveis riscos e danos do abortamento clandestino, extremamente inseguro.

É verdade que o aborto não é, nunca foi e jamais será um evento desejável, nem para as mulheres em particular nem para a sociedade de modo geral.

E também é verdade que todos os esforços devem ser feitos, incansavelmente, para prevenir a gravidez indesejada e para que nenhuma mulher fique exposta à terrível situação de não ver outra alternativa que não seja a prática do abortamento.

Mas, enquanto o pássaro da esperança continuar preso na caixa de Pandora, todos os esforços devem ser feitos para que as mulheres não vivam atormentadas pelos espectros da omissão, da intolerância e da hipocrisia e expostas à morte e a tantos sofrimentos.

2.- Da importância da análise dos aspectos jurídico-penais dessa proposta de redução de riscos e danos do abortamento inseguro.

Diante do atual quadro de criminalização do aborto no Brasil, essa proposta não é a solução ideal, pois o ideal seria obviamente a descriminalização do aborto com a regulamentação da assistência integral à mulher, mas constitui, indubitavelmente, uma forma excepcional de se enfrentar esse enorme problema de saúde pública¹⁴, dentro dos limites gizados pela atual legislação repressiva, para que sejam pelo menos reduzidos os riscos do aborto inseguro, no espaço correto do enfrentamento desse problema, que é o espaço das políticas públicas de assistência à saúde.

Aliás, a ação de uma equipe médica devidamente capacitada e sensibilizada para atuar nesse programa, respeitando os seus limites e objetivos preventivos, poderá inclusive diminuir a incidência de abortos provocados, ainda que seja respeitada a decisão informada da mulher.

Todavia, é evidente que, diante dessa proposta, haverá certamente pessoas que, por ignorância ou por motivação ideológica, afirmarão ser impossível a adoção desse programa, invocando o argumento de que o médico ou o

¹⁴ ONU – Declaração de Cairo, 1994: Os Estados não devem promover o aborto como método anticonceptivo, mas reconhecem que o aborto é um problema de saúde pública.

profissional do serviço de saúde que der assistência à gestante será responsabilizado criminalmente como partícipe do abortamento e, assim, estará sujeito às penalidades legais.

Ledo engano.

Os médicos e profissionais do serviço de saúde que derem assistência à gestante durante os dois períodos em menção (“antes” e “depois” do abortamento ilícito) não praticarão nenhuma conduta criminosa ou ilícita, antes estarão cumprindo o seu dever de garantir a devida assistência integral à saúde da mulher e suprimindo a inaceitável omissão da sociedade e do Estado diante de tão grave e danoso problema.

É preciso, no entanto, que essa questão, sob o seu aspecto jurídico-penal, fique devidamente esclarecida, para que não parem dúvidas e para que o programa em menção possa ser adotado e implantado no Brasil, com urgência, com a necessária segurança e com eficácia.

3.- Do crime: fato típico, antijurídico e culpável.

Para que uma conduta seja considerada criminosa é imprescindível, antes de qualquer coisa, que esteja ela descrita em uma lei como crime (por exemplo: o homicídio é criminoso porque a conduta “matar alguém” está prevista no artigo 121 do Código Penal¹⁵; e furtar é crime porque essa conduta também está descrita no artigo 155 do Código Penal¹⁶). Trata-se de uma exigência do “princípio da legalidade”, conquistado pelos povos dos Estados Democráticos de Direito e que, no Brasil, está inscrita

¹⁵ Código Penal, artigo 121. Matar alguém: Pena - reclusão de 6 a 20 anos.

¹⁶ Código Penal, artigo 155. Subtrair, pra si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

expressamente em nosso texto constitucional como uma garantia fundamental, que, aliás, não pode ser excluída de nosso ordenamento jurídico nem mesmo por Emenda Constitucional¹⁷. Isso, aliás, é o que se denomina juridicamente de cláusula pétrea: as normas constitucionais com essa característica não podem ser excluídos nem alterados pelo Congresso Nacional, nem no exercício normal de sua função legislativa, mediante a elaboração de projetos de lei, nem no exercício de seu poder constituinte derivado, pela edição de Emendas à Constituição¹⁸.

Assim, observando-se o princípio da legalidade, o abortamento é considerado criminoso no Brasil porque há três condutas específicas de aborto descritas ou tipificadas na lei penal: (1) o auto-aborto está descrito no artigo 124 do Código Penal; (2) o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, no artigo 125 do Código Penal; e, finalmente, (3) o aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, no artigo 126 do Código Penal¹⁹. É por isso que quem praticar qualquer uma dessas condutas descritas nesses tipos penais estará, em princípio, praticando uma conduta criminosa.

Aliás, a conduta que se subsume ao tipo penal apenas em princípio será considerada criminosa, porque não basta que uma conduta seja típica para que seja considerada criminosa. Além de enquadrar-se na descrição legal, ou seja, além de ser típica, a conduta deve ser também

¹⁷ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIX: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁸ Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.

¹⁹ Código Penal, artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos;

Código Penal, artigo 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos; e Código Penal, artigo 126. Provocar aborto, com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

“antijurídica” e “culpável” (censurável ou reprovável) para ser considerada criminosa.

Lembre-se, por exemplo, de que “matar alguém” é uma conduta descrita na lei penal, mas não será criminosa se uma pessoa “matar alguém em legítima defesa”, situação que exclui a antijuridicidade da conduta típica (v. artigo 23, inciso II e artigo 25 do Código Penal)²⁰. O mesmo acontece quando alguém, por exemplo, como Jean Valjean²¹, furta um alimento para saciar a fome, ou seja, “em estado de necessidade”, o que também constitui uma situação hábil para excluir a antijuridicidade da conduta típica do furtador (v. artigo 23, inciso I e artigo 24 do Código Penal)²². Portanto, diante da caracterização da “legítima defesa” ou do “estado de necessidade”, a conduta poderá ser típica mas não será criminosa, por falta da “antijuridicidade”. E, com relação ao aborto, acontece a mesma coisa, embora de modo bastante específico: não comete crime a gestante ou outra pessoa que provoca o aborto em uma das duas situações definidas no artigo 128 do Código Penal: (1) *abortamento necessário*, quando não há outra forma para salvar a vida da gestante; e (2) *abortamento ético ou sentimental*, quando a gestação decorre de uma violência sexual, como o estupro²³.

Mas, como acima já afirmei, também não bastam a “tipicidade” e a “antijuridicidade” para que uma conduta seja

²⁰ Código Penal, artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (...): II – em legítima defesa; Código Penal, artigo 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

²¹ “Os miseráveis”, de Victor Hugo: Jean Valjean, por furtar um pão, é condenado pelo Tribunal de Faverolles.

²² Código Penal, artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; Código Penal, artigo 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podida de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

²³ Código Penal, artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; e II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

considerada criminosa: é imprescindível, ainda, a “culpabilidade”, que também significa “censura” ou “reprovação”. Por exemplo, se alguém cometer um roubo²⁴ e o fizer “sob coação moral e irresistível”²⁵, a sua conduta será típica e antijurídica, mas não haverá “culpabilidade”, ou seja, não será censurável nem reprovável penalmente. E com relação ao abortamento, se a interrupção da gestação é realizada diante de uma malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, por exemplo, também não há que falar em crime, diante da ausência de “culpabilidade”, em razão da “inexigibilidade de conduta diversa”, que é requisito daquela, embora a conduta seja “típica” e “antijurídica”.

Contudo, o aprofundamento dessas questões relativas à “antijuridicidade” e à “culpabilidade” não é o objetivo deste estudo. Serão abordados, neste texto, doravante, apenas os aspectos da “tipicidade” e, especificamente, a tipificação das condutas nos casos de concurso de pessoas para a realização de um crime.

4.- Do concurso de agentes: a co-autoria e a participação.

Inicialmente, é preciso lembrar, como afirma Mirabete, que, “quando na lei se inscreve uma descrição do crime, a ameaça da pena dirige-se àquele que realiza o tipo penal, ou seja, ao sujeito que realiza a ação típica. Pratica homicídio quem “mata” a vítima, pratica furto quem “subtrai” a coisa, etc.”²⁶.

²⁴ Código Penal, artigo 157. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à incapacidade de resistência: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

²⁵ Código Penal, artigo 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível, (...), só é punível o autor da coação (...).

²⁶ Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 229

Assim, sem enfrentar as divergências doutrinárias das teorias sobre a autoria, é possível afirmar, de maneira bastante direta e simples, que deve ser considerado autor do crime aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal ou, ainda, quem realiza os atos executórios da conduta típica.

Nos casos de auto-aborto, tipificado no artigo 124 do Código Penal, que é um crime próprio, ou seja, que tem o sujeito ativo determinado de forma específica pelo tipo penal, apenas a gestante pode ser considerada autora desse crime, podendo praticá-lo de duas formas: (1) realizando atos materiais do abortamento (ingerindo substância abortiva, provocando contrações mecanicamente, etc.); ou (2) simplesmente consentindo que qualquer outra pessoa interrompa o processo gestacional com a conseqüente ocisão fetal²⁷. Nos casos do artigo 125 do Código Penal (*aborto praticado sem o consentimento da gestante*)²⁸ e do artigo 126 do Código Penal (*aborto praticado por terceira pessoa com o consentimento da gestante*)²⁹, são considerados autores todos aqueles que executam diretamente as condutas de abortamento. Assim, quando a conduta descrita nos mencionados tipos penais é executada por várias pessoas, todas elas são co-autoras e têm a sua conduta tipificada diretamente no dispositivo penal específico, ou no artigo 125 ou no artigo 126 do Código Penal, conforme o caso, havendo ou não consentimento da gestante. Se dois médicos, juntos, provocam o aborto, praticando, ambos, atos materiais da interrupção da gestação, devem ser considerados co-autores do crime tipificado no artigo 125 ou

²⁷ Código Penal, artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.

²⁸ Código Penal, artigo 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

²⁹ Código Penal, artigo 126. Provocar aborto, com o consentimento da gestante.

no artigo 126 do Código Penal, conforme o caso, dependendo da existência ou não do consentimento da gestante. É o que acontece com os demais delitos também: por exemplo, se duas pessoas entram em uma casa e, juntas, subtraem vários objetos, ambas devem ser consideradas co-autoras do furto (v. artigo 155 do Código Penal³⁰). Nesses casos haverá, então, um concurso de agentes por co-autoria.

Mas a co-autoria não é a única forma de concurso de agentes: há também a participação.

Se alguém apenas conduz o ladrão em seu veículo até o local do furto ou fornece a arma para o homicida, a sua conduta também poderá ser considerada típica, ou seja, poderá ser considerada criminosa, embora tal pessoa não tenha realizado a subtração da coisa ou não tenha praticado diretamente a conduta típica de “matar alguém”. Assim, se alguém concorre para a prática de um crime, induzindo, instigando ou auxiliando o autor ou os co-autores, também será responsável criminalmente pelo delito, ainda que não pratique nenhuma conduta diretamente enquadrável no tipo penal, ou seja, mesmo que não realize nenhum ato executório do delito. É o que dispõe o artigo 29 do Código Penal³¹. E essas pessoas, que concorrem de qualquer modo para o crime, sem praticar diretamente a conduta típica, sem praticar atos executórios do crime, são “partícipes” e respondem pelo mesmo crime praticado pelo autor ou pelos autores.

Há, pois, duas formas de concurso de agentes: co-autoria e participação.

³⁰ Código Penal, artigo 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

³¹ Código Penal, artigo 29. Quem, de qualquer forma, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A co-autoria é resolvida, no âmbito da tipicidade, de forma muito simples: são co-autores, em princípio, todos aqueles que realizam a conduta típica, ainda que pratiquem atos distintos, mas sempre executando a conduta descrita. Por exemplo, são co-autores do roubo, tanto o ladrão que aponta a arma para a vítima, como aquele que, desarmado, retira o dinheiro do bolso da vítima, pois ambos, juntos, executam, por divisão de tarefas, a conduta descrita no artigo 157 do Código Penal. Como se vê, no caso de co-autoria, embora vários sejam os executores do delito, todas as condutas de todos os co-autores são diretamente tipificadas no dispositivo penal realizado: é o que os juristas chamam de tipificação por subsunção direta.

Já com relação à participação, ocorre coisa bastante distinta. Os partícipes não realizam a conduta descrita no tipo penal, nem total nem parcialmente: eles realizam condutas que não se subsumem diretamente ao tipo penal realizado pelo autor ou pelos co-autores, mas praticam, sim, condutas que, de qualquer forma, implicam concorrência, ou seja, caracterizam colaboração para a prática criminosa. Nesses casos de participação, portanto, ocorre a tipificação por subsunção indireta, como dispõe o mencionado artigo 29 do Código Penal.

É isso o que interessa para este estudo: a participação.

Se alguém induz, instiga ou auxilia outrem a provocar o aborto, sem praticar qualquer ato direto de execução da interrupção da gestação, será partícipe do crime, e a sua conduta, por subsunção indireta, será tipificada no artigo 125 ou no artigo 126 do Código Penal, por força do disposto no artigo 29 do Código Penal. Aliás, especificamente com relação ao “auxílio” prestado pelo partícipe, cabe aqui uma importante observação. Se uma pessoa auxilia o médico

diretamente na interrupção da gestação, executando atos específicos do abortamento, será considerada co-autora do crime. Mas, se alguém auxilia indiretamente o autor do abortamento, fornecendo-lhe, por exemplo, a substância abortiva, será considerado partícipe *do* crime praticado por aquele. Assim, são partícipes do abortamento aqueles que, sem praticarem qualquer ato executório, concorrem de qualquer forma para a prática do crime, instigando, induzindo ou auxiliando indiretamente o autor ou os autores na execução da interrupção da gestação.

É esse o concurso de agentes que interessa para este estudo, pois, como acima avantei a hipótese, alguém, por ignorância ou por motivação ideológica, poderá afirmar que o médico ou o profissional do serviço de saúde que participar do programa de redução de riscos e danos estaria concorrendo para a prática do aborto criminoso, não como co-autor, mas como partícipe do delito.

Todavia, não há nenhuma fundamentação jurídica hábil para respaldar ou sustentar tal afirmação.

É por isso que é necessário aprofundar o exame do concurso de agentes e, especificamente com relação à participação, para demonstrar que, por falta de requisitos legais, a conduta de tais profissionais não poderá ser considerada criminosa em razão de sua atuação no programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro.

5.- Do concurso de agentes: requisitos para a caracterização da participação criminosa.

Para que haja participação criminosa no concurso de agentes, é imprescindível, além da pluralidade de agentes e

da unidade de crime, a presença dos seguintes requisitos: a) relevância causal objetiva de cada conduta; e b) liame subjetivo entre os agentes³².

Assim, sem a caracterização simultânea desses dois requisitos, não há falar em concurso de agentes nem obviamente em participação criminosa. E não haverá a caracterização desses requisitos, à evidência, quando o médico ou o profissional do serviço de saúde prestar assistência à gestante “antes” ou “depois” da prática do abortamento ilícito, atuando nos limites do programa de redução de riscos e danos em menção e estritamente de acordo com as suas finalidades.

5.1.- Da não caracterização do requisito da relevância causal objetiva.

Lembre-se, inicialmente, de que, como afirma Frederico Marques, “o princípio da causalidade é a base principal da construção da dogmática da co-delinquência – como acertadamente lembra Maggiore. É da eficácia causal da participação no produzir o ‘fato típico’ que surge a co-delinquência e a punição do participante. (...). Cada uma das condutas individuais precisa inserir-se na corrente causal, influenciando efetivamente sobre o resultado ou sobre a conduta. Sem um comportamento relevante, sob o aspecto causal, não se pode falar em participação”³³.

Com efeito, como dispõe expressamente a parte inicial do artigo 13, *caput* do Código Penal, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Assim, como observa Greco, “se a

³² Rogério Greco. Curso de Direito Penal, p. 158; Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, p. 228; Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, p.435; e Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal, p. 420.

³³ José Frederico Marques. Tratado de Direito Penal, p. 407.

conduta levada a efeito por um dos agentes não possuir relevância para o cometimento da infração penal, devemos desconsiderá-la e concluir que o agente não concorreu para a sua prática”³⁴.

Em conseqüência, implantado o programa de redução de riscos e danos nos moldes da proposta em estudo, não será possível falar em **relevância causal objetiva da conduta** dos profissionais do serviço de saúde quanto à realização ilícita do abortamento pela gestante ou por terceira pessoa. É que, nos termos da parte final do artigo 13, *caput* do Código Penal, uma conduta somente pode ser considerada causa de um resultado criminoso quando verificado que se trata de *conditio sine qua non*, ou seja, quando constituir um fato sem o qual o resultado não teria objetivamente ocorrido³⁵. Logo, quanto ao abortamento em particular, somente poderá ser considerada relevante, como conduta causal de partícipe do crime, aquela sem a qual o resultado (morte do feto) não teria objetivamente ocorrido.

E, como observa Damásio, a verificação da relevância causal das condutas com relação ao resultado do crime deve ser feita, juridicamente, pelo **processo hipotético de eliminação de Thyrés**, “segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno”³⁶. Com efeito, como também observa Mirabete, “para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo o antecedente que não pode ser suprimido *in mente* sem alterar o resultado”³⁷.

³⁴ Rogério Greco, Curso de Direito Penal, p. 458.

³⁵ Código Penal, artigo 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

³⁶ Damásio Evangelista de Jesus. Direito Penal, p. 248.

³⁷ Op. cit. p. 111.

Aliás, vale lembrar, também, as explicações feitas por Bitencourt a respeito da aplicação desse procedimento de eliminação *in mente*. Segundo elas, “para que se possa verificar se determinado antecedente é causa do resultado, deve-se fazer o chamado juízo hipotético de eliminação, que consiste no seguinte: imagina-se que o comportamento em pauta não ocorreu, e se procura verificar se o resultado teria surgido mesmo assim, ou se, ao contrário, o resultado desapareceria em consequência do comportamento suprimido. Se se concluir que o resultado teria ocorrido mesmo com a supressão da conduta, então não há nenhuma relação de causa e efeito entre um e outra, porque mesmo suprimindo esta o resultado existiria. Ao contrário, se, eliminada mentalmente a conduta, verifica-se que o resultado não se teria produzido, evidentemente essa é condição indispensável para a ocorrência do resultado e, sendo assim, é causa”³⁸.

Diante disso, utilizando-se esse procedimento hipotético de eliminação de condutas, será inexorável a verificação de que a atuação dos profissionais do serviço de saúde nesse programa de redução de riscos, tanto “antes” como “depois”, não terá nenhuma relevância causal objetiva com relação ao aborto provocado pela própria gestante ou por terceiras pessoas.

Ora, se a gestante já estava determinada a provocar o aborto quando foi acolhida pelo serviço de saúde e, apesar da intervenção, da assistência e da orientação dos profissionais do programa de redução de riscos e danos, prosseguiu com o seu propósito inicial e chegou efetivamente a interromper a gestação, pessoalmente ou

³⁸ Op. cit. p. 228; v. no mesmo sentido: Rogério Greco, op. cit., p. 233; e Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, Parte Geral, p. 165.

por terceira pessoa, é evidente que a atuação daqueles agentes de saúde pode ser suprimida hipoteticamente, ou seja, *in mente*, sem que o resultado (aborto) seja eliminado.

Lembre-se de que os profissionais do programa de redução de riscos e danos, nos termos da proposta em comento, devem assistir as gestantes, em apertada síntese, (1) orientando-as quanto aos riscos jurídicos e sanitários decorrentes de um aborto inseguro e criminoso, (2) informando-as sobre as alternativas ao aborto (possibilidade da entrega do filho para adoção, por exemplo) e, ainda, (3) oferecendo-lhes assistência médica, psicológica e social para o caso de decisão consciente pelo prosseguimento da gestação.

É verdade que os profissionais do respectivo serviço também poderão oferecer à gestante a antibioticoterapia e, ainda, a assistência posterior à prática do abortamento, mas essas providências somente deverão ser adotadas caso a gestante insista em provocar o aborto, depois de esgotados todos os meios tendentes a desestimulá-la a praticar tal conduta. Portanto, se a gestante, mesmo depois de receber as necessárias orientações e a devida assistência médica, jurídica, social e psicológica, persistir na idéia inicial e praticar o abortamento inseguro e ilícito, pessoalmente ou por terceira pessoa, é evidente que a conduta dos profissionais de saúde não poderá ser considerada causa do resultado abortivo, mesmo porque esse resultado teria ocorrido ainda que aquelas orientações e a assistência não tivessem sido fornecidas. Como se vê, ocorrido o abortamento, a conduta dos profissionais que atuaram no programa de redução de riscos e danos pode ser eliminada mentalmente sem que o resultado abortivo seja suprimido.

Decididamente, a conduta desses profissionais jamais poderá ser considerada causa objetiva do resultado abortivo, o que exclui a possibilidade de sua responsabilização criminal como partícipes do abortamento.

E mesmo que os profissionais do programa informem as gestantes sobre os vários métodos utilizados para a prática do aborto ilícito, esclarecendo-as sobre a potencialidade lesiva e os riscos, maiores e menores, de cada um deles, o que efetivamente deverá ocorrer, não se pode falar em participação objetivamente relevante daqueles profissionais sanitários, ainda que a gestante opte por um método menos inseguro. Ora, *mutatis mutandis*, se o educador fornece orientações aos jovens quanto aos riscos e danos do uso de drogas, informando-os sobre a potencialidade diferenciada de diversos tipos de entorpecentes, essa conduta do educador não o torna partícipe do consumo posterior, e muito menos do tráfico de drogas, ainda que os orientados optem por uma droga menos lesiva depois de devidamente esclarecidos.

E também não há falar em participação criminosa em razão do fornecimento de antibioticoterapia preventiva para a gestante recalcitrante, ou seja, para a gestante que, apesar das orientações recebidas, persiste na vontade de provocar o aborto ou de consentir que outrem lho provoque. Com efeito, fornecer ou prescrever antibióticos para a gestante antes da realização do abortamento ilícito, de forma exclusivamente preventiva, visando unicamente à redução de riscos e danos para a saúde da mulher, não implica participação dos profissionais de saúde no abortamento praticado. Basta aplicar novamente o procedimento hipotético de eliminação de Thyrén: provocado o aborto, se o fornecimento de antibiótico for

excluído mentalmente, o resultado não será eliminado; assim, a antibioticoterapia preventiva não pode ser considerada causa objetiva do resultado; e, em consequência, os profissionais de saúde não podem ser considerados partícipes do abortamento ilícito por terem ministrado ou feito a prescrição de antibióticos ou de qualquer outro medicamento destinado a garantir a saúde da mulher e que não tenha contribuído objetivamente para o resultado (aborto).

É verdade que, se a gestante ainda não estiver totalmente determinada a praticar o abortamento e sentir-se estimulada em razão do fornecimento ou do oferecimento da antibioticoterapia, será possível falar em participação criminosa, pois essa conduta dos agentes sanitários seria, nessa hipótese, causa do resultado, não podendo ser eliminada mentalmente do processo causal do aborto. Todavia, como está absolutamente claro na proposta de redução de riscos e danos em exame, e conforme acima já ficou consignado, os profissionais de saúde que assistirem a gestante somente deverão oferecer a antibioticoterapia se frustradas todas as tentativas de demovê-la da idéia inicial que a empolgava, ou seja, se a gestante continuar absolutamente decidida a praticar a interrupção da gestação, apesar de todas as orientações e recomendações recebidas. Ora, depois de fornecidas todas as orientações e esclarecimentos, se a gestante continuar determinada plenamente a praticar o abortamento, não se pode dizer que o mero oferecimento da antibioticoterapia reforçou a sua vontade nem que chegou a estimulá-la ao ato. É evidente e inegável ser impossível reforçar uma vontade já plenamente formada e não se pode estimular alguém a fazer algo quando esse alguém já está completamente determinado a

agir. Logo, não haverá participação criminosa dos profissionais sanitários que oferecerem ou fornecerem a terapia preventiva medicamentosa à gestante decidida a provocar o aborto.

Aliás, nesse particular, é preciso lembrar que a instigação, que é uma das formas de participação moral no crime, ocorre quando o partícipe atua sobre a vontade do autor, animando-o, estimulando-o, reforçando uma idéia já existente, como se lançasse lenha a uma fogueira crepitante. Instigação, no dizer de Damásio, “é ato de incitar, reforçar ou estimular a preexistente resolução delituosa”.³⁹ Mas, como lembra Bitencourt, para que a instigação fique caracterizada, “é necessária uma influência no processo de formação de vontade”⁴⁰. Assim, se a antibioticoterapia apenas for oferecida ou fornecida depois da formação plena da vontade da gestante, não se pode falar em influência no processo de formação de vontade da gestante.

Por outro lado, é evidente que serão partícipes do abortamento criminoso os profissionais de saúde que indicarem alguém para provocar o aborto ou que fornecerem, por exemplo, a substância abortiva ou o instrumento utilizado para a interrupção da gestação, porque, nesses casos, haverá relevância causal objetiva, ou seja, porque nesses casos a conduta daqueles profissionais não poderá ser eliminada hipoteticamente do processo causal sem que haja prejuízo para a ocorrência do resultado. Mas, como ficou esclarecido acima, de acordo com o programa preventivo proposto, é defeso aos profissionais desse projeto de redução de riscos e danos

³⁹ Op. cit. p. 426

⁴⁰ Op. cit. p. 445.

fazer qualquer indicação de pessoa ou instituição que possa realizar o abortamento, bem como é proibido o fornecimento de substâncias abortivas ou de quaisquer instrumentos hábeis para a prática da conduta ilícita.

Como se vê, a idealização desse projeto de redução de riscos e danos foi motivada por um profundo respeito à mulher e aos seus direitos, que inclusive estão metidos a rol entre os direitos humanos⁴¹. Mas, na elaboração do respectivo programa, que deve ser implantado de acordo com o ordenamento jurídico vigente, houve também a preocupação de não possibilitar aos profissionais de saúde a prática de condutas passíveis de serem consideradas ilícitas ou mesmo criminosas diante da atual legislação penal.

Decididamente, a assistência prestada à gestante “antes” do abortamento, nos termos do programa em referência, não pode ser considerada criminosa.

E é evidente que também não há nenhuma possibilidade de se considerar criminosa a assistência “posterior”, pois, como é óbvio, não se pode participar de um crime depois de sua consumação. Aliás, lembre-se do exemplo elucidativo daquela criança que foi convidada a participar da festa de aniversário de um amigo, mas que, enganando-se quanto à data do evento festivo, chegou ao local da festa no dia posterior, quando a festa já havia obviamente terminado. Ora, é evidente que ninguém pode participar de uma festa depois que a festa já está encerrada. Decididamente, ninguém pode participar de um crime depois que o crime já está consumado. Eis um dogma jurídico-penal: o *post factum* é impunível. Aliás, os serviços

⁴¹ v. notas 7 e 8: Direito à assistência à saúde, especialmente no âmbito da saúde sexual e reprodutiva; direito à dignidade; direito de não ser submetida a constrangimentos e a tratamentos cruéis; direito à vida; direito à integridade física e psíquica, etc.

públicos atualmente já prestam assistência às mulheres que praticaram o abortamento voluntário, ainda que ilícito, sem que jamais tenha havido qualquer questionamento sobre a licitude ou legalidade dessa assistência, a qual inclusive é normalmente suportada pelos recursos do sistema público de saúde.

É verdade que a antecedente promessa de ajuda ao criminoso pode até caracterizar participação no crime, mas apenas e tão-somente quando tal promessa contribuir para a decisão do criminoso. Com efeito, a promessa de ajuda material ou moral ao executor, a qual seria efetivada após o cometimento do crime, pode dar-lhe motivos de impulso, pode animá-lo a realizar a empreitada, como adverte Damásio.⁴² Todavia, mais uma vez é preciso lembrar que, de acordo com o projeto de redução de riscos e danos em estudo, os profissionais de saúde somente oferecerão às gestantes a assistência posterior se elas estiverem absolutamente determinadas à prática do abortamento e depois de esgotadas todas as demais condutas de assistência e orientação, as quais, ainda que indiretamente, tenderão a demover as gestantes da idéia inicial de interromper a gestação de forma ilícita e insegura. Como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, “a promessa prévia de uma ajuda posterior para a consumação do crime é atípica, salvo quando a promessa de ajuda tenha influenciado o autor”⁴³, o que, então, poderia caracterizar a instigação, mas, se a instigação tem por resultado o convencimento do autor à realização do fato, **“quando o autor já está decidido a realizá-lo não pode haver instigação”**⁴⁴. É preciso repetir: quando o autor já está decidido a realizar a conduta

⁴² Op. cit. p. 426.

⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal, p. 698.

⁴⁴ Op. cit. p. 695.

criminosa, não se pode falar em instigação. Assim, a promessa de assistência posterior à gestante recalcitrante, quando ela já está decidida a provocar o aborto, não pode ser considerada como fator de reforço de sua motivação nem como estímulo ao ânimo abortivo persistente, mas apenas como medida preventiva, de *ultima ratio*, adotada para evitar os dramáticos, certos e iminentes riscos decorrentes do abortamento inseguro.

Por derradeiro, quanto à relevância causal objetiva da participação, devo fazer uma observação para demonstrar a importância desse requisito. Como ensinam os juristas em uníssono, ainda que alguém tenha a intenção de participar da prática de um crime, a sua conduta não será considerada criminosa se não tiver relevância causal, ou seja, se puder ser excluída mentalmente do processo de causação do resultado pelo procedimento hipotético de eliminação. E para que essa última afirmação seja compreendida integralmente, desvelando de forma definitiva a importância e a imprescindibilidade do requisito em menção, invoco um exemplo citado por Greco, o qual evidencia a necessidade da relevância causal objetiva para a caracterização da participação criminosa: querendo participar de um homicídio, uma pessoa fornece um revólver ao homicida, mas este mata a vítima com golpes de faca, não utilizando o revólver recebido; nesse caso, embora aquela pessoa tenha querido participar do homicídio, não será partícipe do crime, porque a sua conduta de fornecer o revólver não teve relevância causal objetiva e pode ser mentalmente eliminada sem qualquer prejuízo para a ocorrência do resultado, morte da vítima⁴⁵. Com efeito, como também lembra Bitencourt, “a conduta típica de cada participante

⁴⁵ Op. cit. p. 458.

deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui “participação”, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando ou ao menos estimulando a realização da conduta principal. Assim, no exemplo daquele que, querendo participar de um homicídio, empresta uma arma de fogo ao executor, que não a utiliza e tampouco se sente estimulado ou encorajado com tal empréstimo a executar o delito, aquele não pode ser tido como partícipe pela simples e singela razão de que o seu comportamento foi irrelevante, isto é, sem qualquer eficácia causal”⁴⁶.

Como se vê, a relevância causal objetiva, verificada pelo procedimento hipotético de eliminação de condutas, é tão imprescindível para a caracterização da participação criminosa que há de prevalecer inclusive sobre a intenção daquele que pretende participar, mas que não realiza nenhum ato objetivamente relevante para a consumação do resultado.

Seja como for, o importante é que não há participação criminosa sem o requisito da relevância causal objetiva e, à evidência, esse requisito não ficará caracterizado diante da conduta assistencial dos profissionais do programa de redução de riscos e danos examinado neste estudo. Aliás, Bitencourt afirma que “a mera ciência, a assistência, ou mesmo a concordância psicológica para o evento, sem que a pessoa concorra com uma causa, difere da instigação e não é punida”⁴⁷.

Definitivamente, não será possível falar em participação criminosa no abortamento quando os profissionais de saúde prestarem assistência à gestante, exatamente de acordo

⁴⁶ Op. cit. p. 434.

⁴⁷ Op. cit. p. 444.

com a proposta em exame, pois, juridicamente, pelo processo de eliminação de Thirén, não terão dado causa ao resultado e, assim, jamais ficará caracterizada a relevância causal objetiva.

5.2.- Da não caracterização do requisito do liame subjetivo.

Para a caracterização da participação criminosa, além do requisito objetivo da relevância causal, é indispensável, também, a presença do requisito subjetivo, ou seja, o elemento psicológico, tão imprescindível quanto aquele. Com efeito, como ensina Hungria, “para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem”⁴⁸. Assim, como afirma Frederico Marques, “não basta que a conduta seja *conditio sine qua non* do fato delituoso, para surgir a sua punibilidade: exige-se ainda a cooperação voluntária e consciente e um nexo psicológico com a ação típica do delinqüente principal. (...). Ao lado, pois, do elemento objetivo, que é o vínculo de causalidade, deve existir o elemento subjetivo, que é a vontade de cooperar no crime”⁴⁹. Decididamente, portanto, como asseveram Zaffaroni e Pierangeli, “em seu aspecto interno, a participação requer o dolo de contribuir para um injusto doloso”⁵⁰. Como se vê, no dizer de Bitencourt, além do requisito objetivo, “é indispensável a presença, ao mesmo tempo, de um elemento subjetivo, a vontade e a consciência de participar da obra comum”.⁵¹. É o que

⁴⁸ Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, p. 553.

⁴⁹ Op. cit. p. 408.

⁵⁰ Op. cit. p. 691.

⁵¹ Op. cit. p. 434.

também afirma Mirabete: “somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas conseqüências da ação”⁵². E não se olvide, ainda, o ensinamento de Damásio, lembrando Carrara, segundo o qual “concorre ao delito com *vontade* e com *ação* todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material. Assim, exige-se o vínculo subjetivo (vontade de contribuir para o crime)”⁵³.

Portanto, para que fique caracterizada a participação criminosa na interrupção ilícita da gestação, também é imprescindível, como acima ficou consignado, que haja, além da relevância causal objetiva das condutas, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de concorrer para a execução do abortamento.

Ora, como está absolutamente nítido na apresentação do programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro proposto, os profissionais que nesse programa atuarem deverão agir exclusivamente visando à garantia dos direitos da gestante, sem qualquer vontade de concorrer para a prática da interrupção da gestação. Os profissionais do programa em menção não agirão com dolo de abortamento, não indicarão profissionais para a realização do aborto, não fornecerão substâncias abortivas e não estimularão as gestantes a praticar o abortamento, antes estarão desestimulando a prática abortiva mediante a devida orientação. Aliás, os profissionais desse programa

⁵² Op. cit. p. 229.

⁵³ Op. cit. p. 421.

farão inclusive a indicação de alternativas ao aborto, apresentando às gestantes, por exemplo, a possibilidade de prosseguimento da gestação até o seu termo final, com a devida assistência médica e psicológica, para que elas possam entregar os filhos para a adoção depois do nascimento.

Assim, esses profissionais, atuando nos limites do programa em estudo e de acordo com as suas finalidades de prevenção e redução de riscos, ao fornecerem assistência médica, psicológica, social e jurídica às gestantes, não estarão aderindo à vontade das gestantes assistidas, não estarão agindo para participar de uma obra comum e não serão partícipes do eventual aborto provocado.

É evidente que, diante da conduta assistencial dos profissionais do serviço de saúde, que apenas cumprirão a sua obrigação de assistir as gestantes, não se pode falar em vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem, nem em vontade de cooperar com a prática de um crime, nem em dolo de contribuir para um injusto doloso, nem em adesão voluntária à atividade criminosa de outrem visando à realização de um fim comum, nem em desejo de violação de qualquer direito. E, assim, inquestionavelmente, se não é possível falar na caracterização do indispensável elemento psicológico (dolo), não haverá nenhum liame subjetivo entre a conduta daqueles que praticarem o abortamento ilícito e a conduta dos profissionais de saúde que atuarem no projeto de redução de riscos e danos.

Como se vê, os profissionais do programa de redução de riscos e danos em exame não serão considerados partícipes dos eventuais abortamentos ilícitos praticados,

porque não se pode falar em relevância causal de sua conduta (requisito objetivo da participação), nem em dolo (vontade livre e consciente) de abortamento, o que afasta totalmente o imprescindível liame subjetivo (requisito psicológico da participação).

6.- Da impossibilidade de participação por omissão.

Diante da impossibilidade jurídica da caracterização da participação criminosa dos profissionais de saúde no programa em comento, em face de sua ação assistencial, conforme ficou esclarecido nos itens anteriores, seria possível então responsabilizá-los criminalmente por omissão, ou seja, por não terem noticiado às autoridades a intenção abortiva da gestante assistida ou mesmo por não terem denunciado a prática do aborto quando realizarem o atendimento posterior ?

Não.

É que simplesmente os profissionais de saúde não têm nenhuma obrigação de denunciar as gestantes que manifestam intenção de provocar o aborto e não podem noticiar a prática do abortamento quando são procurados para a assistência posterior.

Aliás, de acordo com o disposto no artigo 154 do Código Penal, a violação de segredo profissional constitui crime⁵⁴.

Almada e Rovira, manifestando-se a respeito do segredo médico, especialmente no programa de assistência para redução de riscos e danos do abortamento inseguro adotado pelo Uruguai, afirmaram que *“el apego al principio*

⁵⁴ Código Penal, artigo 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

de confidencialidad es un pilar básico del fundamento médico-legal de las iniciativas médicas contra el aborto provocado em condiciones de riesgo. El secreto médico es una categoría ético-jurídica esencial en la actividad médica y en la relación médico-paciente, con una muy fuerte presencia desde la antigüedad (Juramento Hipocrático) hasta el presente. Constituye, a la vez, un derecho y una obligación de los médicos”⁵⁵.

E não se diga, porque descabido, que a elementar normativa “sem justa causa”, contida no referido tipo penal, estaria a autorizar a revelação do segredo médico para noticiar às autoridades a prática do abortamento criminoso. É que, embora seja juridicamente admitida a revelação de um segredo médico para que seja noticiada a prática de um crime de ação penal pública incondicionada, que é o caso do crime de aborto, a verdade é que essa comunicação de crime não poderá ser feita se a gestante paciente for exposta a procedimento criminal. Com efeito, como ensina Delmanto quanto à tipificação do crime de revelação de segredo, “no exercício da medicina, prevê a legislação penal, como justa causa, a comunicação (...) de crimes de ação pública incondicionada, mas, quanto a estes, desde que a comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal (LCC artigo 66, II⁵⁶)”⁵⁷.

Portanto, de acordo com os dispositivos penais previstos no artigo 154 do Código Penal e no artigo 66, inciso II da Lei das Contravenções Penais, os profissionais

⁵⁵ Rodríguez Almada, H. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales, in Briozzo, Leonel, coord. Iniciativas sanitárias contra el aborto provocado em condiciones de riesgo: aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Montevideo; SMU, 2002:109-115.

⁵⁶ Lei das Contravenções Penais, artigo 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: (...) II – crime de ação pública, de que tenha conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.

⁵⁷ Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, Código Penal Comentado, p. 308.

de saúde que prestarem assistência à mulher, “antes” ou “depois” da prática do abortamento, estão obrigados, por lei, além do dever ético, a manter o segredo de todos os fatos relativos a essa assistência e não podem nem devem revelá-los a ninguém, nem mesmo à autoridade judiciária ou policial, nem ao Ministério Público, pena de responderem pela prática do crime de “violação de segredo profissional”.

Aliás, depois de reconhecer que “o simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, “conivência”, que não é punível a título de participação”, Bitencourt afirma que não será responsabilizado como partícipe “quem, tendo ciência da realização de um delito, não o denuncia às autoridades, salvo se tiver o dever jurídico de fazê-lo”⁵⁸. E é evidente que não há dever jurídico de “denunciar” a gestante, pois a revelação do segredo profissional nessa hipótese irá expor a paciente a procedimento criminal.

Mirabete também afirma que não há participação criminosa “quando a pessoa não denuncia às autoridades que um delito vai ser praticado, exceto se tiver o dever jurídico de impedir o resultado”⁵⁹, dever esse que não têm os profissionais de saúde, pois, se revelarem o segredo da assistência, expondo a paciente a procedimento criminal, estarão descumprindo uma obrigação ética e praticando crime. E Hungria também assevera, com exatidão, que “não é partícipe quem deixa de denunciar o plano criminoso de que teve conhecimento ou quem deixa de impedir fisicamente a execução de um delito”, pois “essa omissão somente é relevante no direito penal diante do dever jurídico

⁵⁸ Op. cit. p. 436.

⁵⁹ Op. cit. p. 229.

violado”⁶⁰. Mas, repita-se mais uma vez, os profissionais de saúde que assistem a gestante não têm o dever de denunciá-la, mas, sim, têm o dever de guardar segredo sobre os fatos relativos a essa assistência, ficando proibidos legalmente de denunciar os planos da gestante ou a prática do aborto.

Definitivamente, não será possível falar em participação dos profissionais de saúde que derem assistência à gestante no programa em estudo, nem “antes” nem “depois” da prática do abortamento.

7.- Da inexistência de tipicidade conglobante, por falta da antinormatividade.

Como afirmam Zaffaroni e Pierangeli, “o tipo penal é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal”⁶¹. É por isso que toda vez que uma conduta humana se amolda a um tipo penal contraria a norma que está anteposta ao tipo legal e afeta o bem jurídico eleito para a tutela penal.

Assim, quando uma pessoa provoca um aborto, realizando um dos tipos previstos nos artigos 124, 125 ou 126 do Código Penal, atinge a normatividade do respectivo tipo, contraria a norma proibitiva contida nesses tipos penais (“não provocarás o aborto”) e afeta o bem jurídico tutelado (vida do feto).

Isso significa, no dizer de Zaffaroni e Pierangeli, que “a conduta, pelo fato de ser penalmente típica,

⁶⁰ Op. cit. p. 560.

⁶¹ Op. cit. p. 458.

necessariamente deve ser também antinormativa” e essa antinormatividade “não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo penal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal”⁶².

O oficial de justiça que recebe uma ordem judicial para invadir a residência de um devedor e realizar o seqüestro de um bem de propriedade desse devedor, ou mesmo uma simples penhora, não pode estar violando qualquer norma penal, ainda que, aparentemente, a sua conduta esteja tipificada nos artigos 150 (violação de domicílio)⁶³ e 155 (furto) do Código Penal. Na realidade, como tem o oficial de justiça o dever legal de praticar aquelas condutas, máxime diante de uma ordem judicial que o obriga, não há falar em antinormatividade (contrariedade à norma), pois “não podemos admitir que, na ordem normativa, uma norma ordene o que a outra proíbe”⁶⁴.

Com efeito, “uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra proíbe, deixa de ser ordem e de ser normativa, tornando-se uma desordem arbitrária. As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grande quantidade, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos,

⁶² Op. cit. p. 458.

⁶³ Código Penal, artigo 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências.

⁶⁴ Zaffaroni e Pierangeli. Op. cit., p. 460.

omnium contra omnes)”⁶⁵. Uma norma não pode proibir exatamente o que outra norma ordena e, em conseqüência, o tipo penal não pode conter uma norma proibitiva destinada a coibir a prática de uma conduta que é ordenada por outra norma. É por isso que o juízo de tipificação das condutas não se satisfaz com a tipicidade legal, mas exige, sim, a caracterização de uma tipicidade conglobante, “consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”⁶⁶.

Se, em caso de guerra, um carrasco matar alguém, cumprindo o seu dever de executar a pena capital aplicada a um determinado criminoso devidamente condenado⁶⁷, não estará praticando uma conduta que possa ser tipificada no artigo 121 do Código Penal, por evidente falta de tipicidade conglobante, ou seja, por falta de antinormatividade. Ou seja, o tipo do artigo 121 do Código Penal contém uma norma anteposta que proíbe matar alguém, mas que não proíbe o carrasco de matar alguém no cumprimento de seu dever, legalmente estabelecido, consistente em executar a pena capital aplicada.

Ora, diante da existência de normas previstas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados, garantindo às mulheres assistência médica e psicológica, especialmente no âmbito de sua saúde sexual e reprodutiva, o Estado, por seus agentes de saúde, tem o dever de prestar assistência à

⁶⁵ Zaffaroni e Pierangeli, op. cit., p. 460.

⁶⁶ Zaffaroni e Pierangeli, op. cit. p. 461.

⁶⁷ A Constituição Federal Brasileira proíbe, em princípio, a aplicação da pena de morte, mas admite a pena capital, por exceção, em caso de guerra, nos termos da parte final da letra “a” do seu artigo 5º.

gestante, máxime quando ela está exposta aos gravíssimos riscos e danos de um abortamento inseguro⁶⁸.

Em conseqüência, os profissionais de saúde que prestarem assistência à gestante, atuando no programa preventivo em comento, estarão cumprindo o seu dever legal e constitucional de garantir o direito da mulher àquela assistência, o que afasta qualquer possibilidade lógica de estarem praticando uma conduta antinormativa, ou seja, típica de acordo com o conceito de tipo conglobante.

Não se pode admitir que uma ordem jurídica contenha uma norma determinando a assistência à saúde, inclusive no âmbito constitucional dos direitos fundamentais, e, simultaneamente, outra norma, de natureza infraconstitucional, que a proíba. Assim, quando os profissionais de saúde estiverem cumprindo o seu dever de assistir as gestantes no programa em comento, não estarão violando a antinormatividade contida em nenhum tipo penal, por absoluta falta de tipicidade conglobante. É por isso que não haverá nenhuma possibilidade jurídica de se afirmar a prática de condutas criminosas, nem por ação nem por omissão, quando os profissionais de saúde se limitarem a prestar assistência às gestantes nos limites gizados pelo programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro ora em análise, mesmo porque estarão eles cumprindo um dever imposto pela ordem jurídica.

Aliás, manifestando-se sobre o programa de redução de riscos e danos do abortamento inseguro adotado pelo Uruguai, Maria Teresa Rotondo, da Comissão de Bioética do Sindicato Médico daquele país, afirmou que, ao prestar assistência à gestante, antes ou depois do abortamento, “*no significa que estoy induciendo o colaborando con un delito,*

⁶⁸ v. notas 7 e 8. Assistência plena à saúde: direito da mulher e dever do Estado.

*sino que estoy actuando como lo obliga el deber profesional*⁶⁹”. E, realmente, como dispõe o artigo 23 do Código Penal, não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal.

8. DA CONCLUSÃO. A IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO DE REDUÇÃO DE RISCOS E DANOS DO ABORTO INSEGURO É UM DEVER DO ESTADO.

É verdade que, no Brasil, o abortamento não é criminoso, posto que típico, em duas hipóteses previstas expressamente no artigo 128 do Código Penal, a saber: (1) abortamento necessário, quando não há outra forma de salvar a vida da gestante; e (2) abortamento ético ou sentimental, quando a gestação foi causada por estupro.⁷⁰

E também é verdade que, por decisões judiciais, o abortamento também está sendo autorizado no Brasil nos casos de malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, com fundamento no sistema jurídico e, em especial, com embasamento nos dispositivos internacionais de direitos humanos.

Mas, à evidência, a descriminalização do abortamento, nas duas hipóteses legais mencionadas e na terceira hipótese admitida judicialmente, está muito longe de resolver o imenso problema do abortamento inseguro.

Aliás, embora seja um direito⁷¹ consagrado pelas normas de direitos humanos incorporadas ao sistema de garantias constitucionais, as mulheres no Brasil não

⁶⁹Briozzo Leonel coord. Iniciativas sanitárias contra el aborto provocado em condiciones de riesgo: aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Montevideo; SMU, 2002.

⁷⁰v. nota 22..

⁷¹José Henrique Rodrigues Torres, “O aborto como direito”; v. também United Nations General Assembly. Programme of Action of the International Conference on Population and Development. New York: United Nations, 1.994: “Os direitos sexuais e reprodutivos, como parte integral dos direitos humanos, implicam o direito à interrupção da gestação nos casos legalmente autorizados pelo sistema jurídico”. V. também, artigo 196 da Constituição Federal Brasileira.

conseguem exercer esse seu direito à interrupção da gestação nem mesmo nesses casos de abortamento não criminoso, pois, apesar do grande esforço que tem sido feito nesta última década, ainda são poucos, proporcionalmente, os hospitais públicos brasileiros que prestam assistência às gestantes para provocar o aborto não criminoso de forma digna e segura.

E não se olvide que normas internacionais de direitos humanos proclamam expressamente que constitui direito da mulher e dever do Estado a prática do abortamento nos casos de opção da mulher pelo abortamento não criminoso⁷².

É por isso que a FIGO (Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia) afirma, em suas recomendações, que às mulheres deve ser assegurado o direito de acesso ao aborto provocado por médicos capacitados e que os serviços de saúde têm a obrigação de garantir as melhores e mais seguras condições para a prática do aborto⁷³.

Entretanto, indubitavelmente, aquelas duas hipóteses legais de aborto não criminoso são absolutamente insuficientes para o enfrentamento do problema em menção, pois, ao não contemplar as causas sociais e econômicas, bem como o aborto a pedido da mulher diante

⁷² Opção pelo aborto não criminoso: “Às mulheres que optam pelo abortamento não criminoso devem ser garantidas todas as condições para a sua prática de forma segura e deve ser proporcionado a essas mulheres um tratamento humano e a devida orientação” e “os sistemas de saúde devem capacitar e equipar as pessoas que prestam serviços de saúde e tomar outras medidas para assegurar que o aborto se realize em condições adequadas e seja acessível. Medidas adicionais devem ser tomadas para salvaguardar a saúde da mulher nos casos de opção pelo abortamento não criminoso” (v. parágrafo 8.25 do Programa de Ação do Cairo - Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; parágrafo 106 k da Plataforma Mundial de Ação de Pequim - 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, parágrafo 63, do Capítulo IV.C, do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e desenvolvimento - Assembléia geral Extraordinária da ONU, Cairo + 5, Nova York, 1999; parágrafo 107 i do Documento de Resultados de Pequim + 5 - Assembléia Geral Extraordinária da ONU, Pequim + 5 – Mulher 2000: Igualdade de Gênero, Desenvolvimento e Paz para o século 21, Nova York, 2000; parágrafo 63, III, do Capítulo IV, do último documento citado).

⁷³ FIGO. Recomendações relativas ao aborto provocado por razões médicas. In Recomendações sobre temas de ética em obstetrícia e ginecologia feitas pelo Comitê para os aspectos éticos da reprodução humana e saúde da mulher. Londres; FIGO, 2003: 223-4 (v. Leonel Briozzo, op. cit. p. 192).

de uma gestação indesejada⁷⁴, a legislação brasileira ignorou essas duas razões mais freqüentes para o recurso ao aborto. É por isso que a incidência de abortos, clandestinos e extremamente inseguros, continua muito elevada, enquanto milhares de mulheres, pobres em especial, continuam morrendo ou suportando as terríveis conseqüências do aborto clandestino, sob a constante ameaça da espada de Dâmocles da acusação e do julgamento criminal⁷⁵.

A questão não pode e não deve ser reduzida ao embate discursivo e maniqueísta daqueles que, diante do tema aborto, muita vez embasados em argumentos fundamentalistas, são “contra” ou “a favor”. Não é essa a questão. É esta: o abortamento é um gravíssimo problema de saúde pública e deve ser enfrentado fora do âmbito das políticas repressivas, excludentes, fortalecedoras da violência e reprodutoras de dor e sofrimento, ou seja, deve ser enfrentado exclusivamente no âmbito das políticas públicas de saúde, com fomento à educação sexual e reprodutiva e com o acesso pleno e informado aos meios anticonceptivos. O abortamento, seja qual for a sua natureza, não é um evento desejável. É evidente que todos os esforços devem ser feitos para evitar a gravidez indesejada e para garantir às mulheres o livre exercício de sua sexualidade sem que jamais se vejam na situação constrangedora da opção pelo aborto diante da inexistência de outras alternativas. E é necessário afirmar e repetir, em alto e bom som, que o abortamento é um problema de

⁷⁴ “La mayoría de las veces las mujeres no deciden cuándo quedar embarazada. La falla de los métodos anticonceptivos, la violencia sexual, el rechazo de la familia, del compañero, la persecución laboral que genera un embarazo (sobretudo en las mujeres más desposeídas), así como la falta real de posibilidades de alternativas como ayuda económica, casas cuna, etcétera, hace que muchas mujeres opten por el aborto provocado, y cuando estas mujeres son de un medio socioeconómico deficitario, arriesgarán sus vidas en el intento” (Leonel Briozzo, op. cit. p. 191).

⁷⁵ Morte materna e direitos humanos. As mulheres e o direito de viver livre e morte materna evitável. Advocaci – advocacia cidadã pelos direitos humanos.

saúde pública e que, por isso, a manutenção de sua criminalização tem sido um brutal e inexcedível equívoco.

A tipificação do abortamento tem sido apenas um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, constitui um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz para a proteção da vida dos fetos e está sendo mantida com um enorme custo social, acarretando às mulheres terríveis seqüelas e morte⁷⁶. Além disso, a criminalização do abortamento contraria de modo flagrante os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, bem como as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico, nem para impor uma determinada concepção moral, nem para punir condutas freqüentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população⁷⁷.

Portanto, o Brasil precisa, urgentemente, acompanhar aqueles países que, curvando-se diante dessa inexorável e dramática situação produtora de tantos riscos e danos, descriminalizaram o abortamento a pedido da mulher⁷⁸, como já foi feito na Alemanha, na Lituânia, na Escócia, na Holanda, na Dinamarca, na Suécia, na Letônia, na Eslovênia, na Áustria, na República Checa, na Eslováquia,

⁷⁶ “Son las mujeres más desposeídas, de los países con legislación restrictiva, las que realmente arriesgan su vida en la práctica del aborto. Estas mujeres sufren una sumatoria de exclusiones: exclusión por vivir en países donde esta práctica es de riesgo; exclusión socioeconómica, por ser las mujeres más pobres; en fin, exclusión de género ya que en esos países es donde es mayor la desigualdad entre el género masculino y femenino” (Leonel Briozzo, op. cit. p. 191).

⁷⁷ Segundo Maria Lucia Karan, dentre os princípios de criminalização, podem ser destacados: “(...) o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social; o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que não existem outras alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato; e o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização. Também se devem mencionar alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo de descriminalização: não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral; não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, ou como forma de provocar catarse social em situações de especial comoção (...); não criminalizar comportamentos demasiadamente freqüentes ou aceitos por parte significativa da população (...)”. “Sistema penal e direitos das mulheres”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9, p 152 e 153.

⁷⁸ Aborto em debate. Courier Internacional, n.97, de 15 de fevereiro de 2007, p. 8 – 15.

na Bulgária, na Romênia, na Grécia, na Hungria, na Itália, na Bélgica, na França, no Reino Unido e até mesmo em Portugal, que, recentemente, em referendo popular, reconheceu que não se pune o abortamento impunemente⁷⁹.

Mas, enquanto esse ideal não é atingido, é preciso pelo menos adotar medidas eficazes e seguras para evitar os riscos e os danos que a criminalização do abortamento está acarretando às mulheres e a toda a sociedade brasileira.

Urge seja implantado um programa preventivo de redução de riscos e danos do abortamento inseguro, de forma segura e lícita, para assegurar às mulheres o direito à assistência plena a sua saúde.

Não podemos mais aceitar que entre nós persista essa situação dramática, que está acarretando tanto sofrimento e tantas mortes, como se a história repetisse, a cada ano, o episódio das “Torres Gêmeas”, que enlutou a humanidade certamente, mas que não produziu tantas mortes e tanto sofrimento como o abortamento inseguro tem produzido em todo o mundo, inclusive no Brasil, todos os anos.

⁷⁹ No aborto provocado em condições sanitárias seguras, como ocorre nos países que não criminalizaram o abortamento, muito raramente acontece a morte materna por essa causa. Nesses países, o índice de morte materna em razão do abortamento é menor que o índice de morte materna no transcorrer da gestação e no parto. A morte materna causada pelo abortamento é um problema de saúde pública e morte materna apenas nos países que criminalizam tal prática. As complicações causadas pelo abortamento são praticamente desconhecidas nos países que descriminalizaram a prática do aborto. Quanto mais restritivas são as leis relativas ao aborto, maiores são as complicações decorrentes de sua prática e maiores são as possibilidades de morte materna. (World Health Organization. Maternal Health and Safe Motherhood Programme. Abortion: a tabulation of available data on the frequency and mortality of unsafe abortion. 2nd ed.. Geneva: WHO, 1.997; Coverage of Maternal Care: a Listing of Available Information. Geneva: WHO, 1.997; e Maternal Health Around the World. (Poster). Coverage of Maternal Care: a Listing of Available Information, fourth ed. Geneva: WHO, 1.997). Ademais, ao contrário do que se tem afirmado, está comprovado que a introdução de legislações liberais, acompanhada da implantação de serviços específicos de atenção à saúde da mulher, tem produzido o efeito de diminuir os casos de abortamento, como ocorre na França e na Itália, por exemplo (Benagiano G., Pêra A. Decreasing the need for abortion: challenges and constraints. Int. J. Gynaecol Obstet 2000; 70(01): 35-48). v. Leonel Briozzo, op. cit. p. 190 e 192.

Bibliografia:

- ADVOCACI. Mortalidade materna e direitos humanos, Edições Advocaci, Rio de Janeiro, 2005.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, SP, 2000.
- BARCELATTO, José. FAUNDES, Aníbal. O drama do aborto, em busca de um consenso, Komedi, Campinas, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral, volume 1, Saraiva, SP, 2004.
- BRIOZZO, Leonel. Aborto provocado: un problema humano. Perspectivas para su análisis – Estratégias para su reducción, in Revista Médica del Uruguay, volume 19, n. 3, p. 188 usque 200, Sindicato Médico del Uruguay, Montevideo, 2003.
- EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. Direito Penal, 1º volume, Saraiva, SP, 2002.
- DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado, Renovar, SP, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal, v. II, Bookseller, Campinas, 1997.
- GALEOTTI, Giulia. História do Ab()rto, Edições 70, Lisboa, 2007.

- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, volume I, Impetus, Niterói, RJ, 2006.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 1, Revista Forense, Rio de Janeiro, p. 147 usque 163, 1949.
- KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. *Papel social, jurídico e político da magistratura*, LUAM Ed., RJ, 1994.
- _____. "Sistema pena de direitos das mulheres", Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 3, n. 9, janeiro a março de 1995, Revista do Tribunais, São Paulo.
- _____. "Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto", Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, n. 14, ano 9, 1º e 2º semestre, 2004, Rio de Janeiro, Editora Revan, p. 167 usque 179.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, volume 1, Atlas, SP, 2003.
- PENICHE, Andréa. Elas somos nós. O direito ao aborto como reivindicação democrática cristã, Edições Afrontamento, Porto, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- TORRES, José Henrique Rodrigues, O aborto como direito, Toques de Saúde - Aborto, Publicação Cunhã – Coletivo de Mulheres, n. 4, p. 6.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro, Parte Geral, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.