



PROJETO DE LEI Nº de 2019.

(Da Sra. Deputada Federal **CHRIS TONIETTO** e do Sr. Deputado **FILIPE BARROS**)

Revoga o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica revogado o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

1. A proteção constitucional do direito à vida

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*¹, estabelece, como um dos seus princípios basilares, o direito inviolável à vida, sendo certo que o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) dispõe, em seu artigo 2º, que “*a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

Da mesma forma, determina o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) que “*a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (grifo nosso), ou seja, a legislação pátria atualmente em vigor não propõe qualquer hipótese de relativização do direito à vida, persistindo, pois, seu caráter de inviolabilidade e, por conseguinte, não comportando nenhuma exceção.*

Não é demais trazer à baila os dizeres do Ministro do STF, Alexandre de Moraes:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:



de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. [...] A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina”.

No Direito Penal, quando há dúvida quanto à inocência de uma pessoa, aplicasse-lhe o princípio do *in dubio pro reo*. Então, por analogia, se, em situação hipotética, houvesse dúvida sobre o início da vida, jamais lhe seria permitido conceber o “direito de matar”, mas deveria ser aplicado o *in dubio pro nascituro*.

Ocorre que não há dúvida quanto ao marco inicial da vida humana que, por evidência científica, começa na concepção. Portanto, segundo a inteligência do próprio Ministro supracitado, ao legislador cabe acompanhar o que a ciência atesta sobre o início da vida humana para a garantia de sua proteção integral.

Nos artigos 124 a 127 do Diploma Repressor, resta tipificado o crime de aborto que está dentro do Título I da sua Parte Especial, a qual versa sobre os crimes **contra a pessoa** e, da mesma maneira, está dentro do Capítulo I que trata dos crimes contra a vida. Sendo assim, não pairam quaisquer dúvidas de que, desde o advento do Código Penal em 1940, o próprio legislador sempre considerou o nascituro como **pessoa** humana.

2. A personalidade do nascituro

Assegura o Pacto de San José da Costa Rica, celebrado em decorrência da Conferência Americana sobre Direitos Humanos, realizada em novembro de 1969 e tendo sido ratificado pelo Brasil em 1992, cujo teor inspirou nossa Carta Magna, sendo o nosso País dele signatário, que “*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral², desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*” (art. 4º, n. 1).

E mais ainda, em seu artigo 3º: “*toda pessoa* (ou seja, “*todo ser humano*” para os efeitos da Convenção – art. 1º, n. 2) *tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*”. Note-se que o direito de ser reconhecido como pessoa é dado a *todo ser humano*, sem distinção da vida intra ou extrauterina.

² A cláusula “em geral” só pode ser interpretada como generalização e não como excepcionalização. Pois se todo ser humano é pessoa (cf. art. 3º), não pode haver ser humano sem direito à vida.



Se o nascituro é pessoa, e isso foi declarado por uma Convenção que tem *status* supralegal, “estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna” (acórdão do RE 349703/RS, publicado em 05/06/2009), segue-se que não há lugar no Brasil para nenhum aborto “legal”.

Na opinião do Ministro Ayres Britto, relator da ADI 3510 (sobre a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia), a proibição do aborto não significa “o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos **duas pessoas**: a da mulher grávida e a do ser em gestação”. Leiamos com atenção como prossegue o Ministro: “Se a interpretação fosse essa, **então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais**, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo ‘em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX’)³”. Faltou ao Ministro dizer que o que para ele era apenas uma hipótese é uma realidade. O direito brasileiro reconhece a presença de **duas pessoas**: a da gestante e a da criança por nascer. Logo, **qualquer “direito” ao aborto é inconstitucional**.

À mesma conclusão chega Ronald Dworkin, ardente defensor da sentença *Roe versus Wade*, que em 1973 declarou constitucional o direito ao aborto nos EUA (graças a uma falsa alegação de estupro, conforme depois confessou Norma McCorvey, protagonista do caso⁴). Segundo esse pensador, a decisão da Suprema Corte norte-americana baseia-se fundamentalmente sobre a tese de que *a criança por nascer não é pessoa*. Repetidas vezes em seu livro “*Domínio da vida*”⁵, o autor afirma que, se o nascituro (que ele costuma chamar de “feto”) fosse pessoa, o aborto seria inadmissível em todos os casos, inclusive em “estado de necessidade” ou em caso de gravidez resultante de estupro. Leiamos algumas de suas passagens: “*Em termos morais e jurídicos, é inadmissível que um terceiro, como um médico, mate uma pessoa inocente mesmo quando for para salvar a vida de outra*” (p. 131). “*Do ponto de vista de que o feto é uma pessoa, uma exceção para o estupro é ainda mais difícil de justificar do que uma exceção para proteger a vida da mãe. Por que se deve privar o feto de seu direito a viver e obrigá-lo a pagar com a própria vida [por] um erro cometido por outra pessoa?*” (p. 132). Criticando aqueles que não aceitam o aborto quando o bebê foi fruto de uma relação sexual voluntária, mas o aceitam quando ele foi concebido em um estupro, o autor afirma: “*Sem dúvida, a diferença não seria de modo algum pertinente, como afirmei, se o feto fosse uma pessoa com direitos e interesses próprios, pois tal pessoa seria completamente inocente a despeito de qual fosse a natureza ou a intensidade da culpa de sua mãe*” (p. 134).

Pelo que se percebe, o ponto vulnerável dos defensores do aborto, o seu “calcanhar de Aquiles”, é a personalidade jurídica do nascituro. Demonstre-se que nascituro é pessoa e todo o edifício abortista

³ ADI 3510. Voto do relator, 5 mar. 2008, n. 28, p. 32.

⁴ Cf. WALDMAN, Steven, CARROL, Ginny. *Roe v. Roe*. *Newsweek*, Nova York, 21 Aug. 1995, p. 24.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003



desaba. Ora, como o nascituro é pessoa – e isto não é algo “de lege ferenda”, mas pertencente ao atual direito interno brasileiro – **não há lugar para nenhuma das hipóteses do artigo 128 do Código Penal**, se forem interpretadas com excludentes de antijuridicidade.

Nem todos entendem a importância da vigência do Pacto de San José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico. O célebre jurista Ricardo Dip, hoje desembargador do TJSP, na época juiz de direito do antigo TACrimSP, já dizia em um acórdão:

“Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não se configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistuosidade de suas consequências, que seu art. 2º modificou até mesmo conceito de pessoa versado no art. 4º do Código Civil⁶, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intrauterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção (*Habeas Corpus* n.º 323.998/6, TACrim-SP, 11ª Câm., v. un., Rel. Ricardo Dip, j.29.6.1998)”.

3. As escusas absolutórias do artigo 128, CP

Diz o artigo 128 do atual Código Penal, que este projeto pretende revogar:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Uma simples leitura atenta do artigo 128 do Código Penal bastaria para concluir que nele não está contido um *direito* de abortar, mas tão-somente uma não aplicação da pena após o fato já consumado. A expressão “não se pune”, que inicia o *caput* do artigo, não nos permite ir além.

Eis o que ensina o já citado mestre Ricardo Dip: “Está a cuidar-se das chamadas *escusas absolutórias*, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que ela

⁶ Na época, estava em vigor o Código Civil de 1916. O artigo 4º do antigo Código corresponde ao artigo 2º do Código de 2002, atualmente em vigor.



se relaciona”⁷. No mesmo sentido leciona Walter Moraes: “Quanto ao aborto, a lei diz ‘não se pune’. Suprime a pena. Fica o crime”⁸. É o que diz ainda Maria Helena Diniz:

O art. 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante de estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime.⁹

Por fim, lição de Marco Antônio da Silva Lemos:

Demais disso, convém lembrar, logo de imediato, que o art. 128, CP, e seus incisos, não compõem hipóteses de *descriminalização* do aborto. Naquele artigo, não está afirmado que ‘*não constitui crime*’ o aborto praticado por médico nas situações dos incisos I e II. O que lá está dito é que ‘*não se pune*’ o aborto nas circunstâncias daqueles incisos. Portanto, em nossa legislação penal, *o aborto é e continua crime*, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. Apenas - o que a legislação infraconstitucional pode e deve fazer, porque a Constituição, como irradiação de grandes normas gerais, não é código e nem pode explicitar tudo - *não será punido penalmente*, por razões de política criminal.¹⁰

No entanto, ainda que haja uma mera não aplicação da pena, é necessário que haja razões de política criminal. Tais razões existem?

4. O aborto “(des)necessário” ou “(anti)terapêutico”

É difícil imaginar o caso em que a morte do bebê, por si só, “cause” a salvação da vida da gestante, seja um “meio” utilizado para curá-la. Na verdade, a morte do nascituro não traz benefício algum para a gestante. Convém citar esta frase lapidar da Academia de Medicina do Paraguai (1996):

Ante patologias da mãe ou do feto que surjam durante a gravidez, a medicina moderna, utilizando a tecnologia disponível em reprodução humana, conta com os meios para conservar a vida materna, o fruto da concepção e combater consequentemente a mortalidade perinatal. *Em casos extremos, o aborto é um agravante, e não uma solução para o problema.*¹¹ (destacou-se)

⁷ Ricardo Henry Marques DIP. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, dez. 1996. p. 531

⁸ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986. p.21.

⁹ Maria Helena DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56.

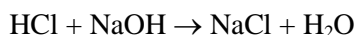
¹⁰ Marco Antônio Silva LEMOS, O Alcance da PEC 25/A/95. *Correio Braziliense*, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça, p. 6.

¹¹ ACADEMIA DE MEDICINA DEL PARAGUAY. *Declaración aprobada por el Plenario Académico Extraordinario en su sesión de 4 jul. 1996*, tradução nossa.



A insistência de certos médicos em indicar o aborto como “meio” — e até como “único meio” — para se salvar a vida de uma gestante parece derivar de uma espécie de credence. Analisemos o exemplo análogo, retirado da Química:

Ácidos e bases neutralizam-se mutuamente, produzindo um sal e água. Assim, uma solução de ácido clorídrico (HCl) é neutralizada por uma solução de hidróxido de sódio (NaOH), produzindo cloreto de sódio (NaCl) e água (H₂O).



Imagine-se agora que, alguém, por acidente, tenha deixado derramar ácido clorídrico em sua pele. Suponha-se que um químico, presente no laboratório, levado pela convicção de que um ácido é neutralizado por uma base, aplicasse sobre a pele corroída da vítima uma solução de hidróxido de sódio (soda cáustica). O resultado seria, não um alívio, mas um agravamento da corrosão.

Da mesma forma, diante do fato de que certas doenças se tornam mais complicadas com a gravidez, há médicos que, à semelhança do químico do exemplo anterior, acreditam que o aborto fará “desengravidar” a paciente, levando-a ao estado anterior à concepção do filho. Segundo Alberto Raul Martinez, professor da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (SP), em depoimento de 1967,

“(…) deve-se levar em conta que a reação mais comum do médico não afeito à especialidade ginecológica, quando a prenhez ocorre em uma de suas pacientes já afetadas por problema físico ou mental, é a de que a remoção da gestação poderia simplificar a questão”.¹²

Isso, porém, não ocorre. O aborto é uma prática tão selvagem que, além de condenar à morte um inocente, agrava o estado de saúde da gestante enferma.

Sobre este assunto, convém citar a célebre aula inaugural “*Por que ainda o aborto terapêutico?*” do médico-legal João Batista de Oliveira Costa Júnior para os alunos dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965:

Limitar-me-ei, nestas considerações, apenas ao chamado aborto terapêutico, que, na prática, pode confundir-se com o aborto necessário, porque o tempo não me permitiria tratar de todas as outras espécies conhecidas.

(…)

Digo, inicialmente, que se me fosse permitido, chamá-lo-ia de aborto desnecessário ou, então, de aborto anti-terapêutico.

(…)

Ante os processos atuais [de 1965!] da terapêutica e da assistência pré-natal, o aborto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo,

¹² Apud João Evangelista dos Santos ALVES et al. *Aborto: o direito do nascituro à vida*, Rio de Janeiro: Agir, 1982, p. 85.



então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica, estou certo, não o é, presentemente. Demonstrem, pois, os legisladores coragem suficiente para fundamentar seus verdadeiros motivos, e não envolvam a Medicina no protecionismo ao crime desejado. Digam, sem subterfúgios, o que os soviéticos, os suecos, os dinamarqueses e outros já disseram. Assumam integralmente a responsabilidade de seus atos.

[...]

...o aborto terapêutico não é o único meio para preservar a vida da gestante, sendo mesmo mais perigoso do que o prosseguimento da gravidez, razão pela qual não poderia, também, o anteprojeto ser aplicado quando fala em um “mal consideravelmente inferior ao mal evitado”.

[...]

Por que, então, o aborto terapêutico?

Por tudo isso que acabo de dizer, considero a prática abortiva, mesmo no chamado aborto terapêutico, um crime de lesa pátria e de lesa humanidade.¹³ A irritação de Costa Júnior deve-se ao fato de o Código Penal isentar de pena o médico que pratica o aborto “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (art. 128, I). Outro motivo é que, na época, o anteprojeto de reforma do Código, chefiado por Nelson Hungria, pretendia conservar tal cláusula.

Da forma como foi redigido o dispositivo penal, no código vigente e, por sinal, como também consta no anteprojeto, tenho para mim que, se honestidade houvesse na sua observância, teria sido uma norma inteiramente inócua, porque nunca ocorreria tal espécie de aborto; mas o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro aborto criminoso.¹⁴

A acusação é gravíssima. Segundo Costa Júnior, nunca ocorre o caso em que o aborto é necessário para salvar a vida da gestante. O objetivo de se manter a impunidade em tal caso é, para ele, única e exclusivamente, ocultar os verdadeiros e inconfessáveis motivos do aborto.

Em sua magnífica aula, Costa Júnior refuta, uma por uma, as principais “indicações” para o aborto terapêutico: nas cardiopatias, na hipertensão arterial, na tuberculose pulmonar, nas perturbações mentais e nos vômitos incoercíveis. A título de ilustração, reproduzimos um trecho de sua argumentação contra o aborto em gestantes tuberculosas:

Schaeffer, Douglas e Dreispon, em 1955, após meticulosa observação de tuberculosas grávidas, durante vinte anos no New York Lying-in Hospital, divulgaram as seguintes e eloquentes conclusões, que encerram indubitavelmente qualquer discussão sobre tal assunto:

Resultados dos casos observados	Com aborto terapêutico	Sem aborto terapêutico
melhorados	13%	56%

¹³ João Batista de O. COSTA JÚNIOR, Por quê, ainda, o aborto terapêutico? *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 1965, volume IX, p. 314-329.

¹⁴ *Ibidem*, p. 315-316.



inalterados	47%	38%
agravados	33%	3%
mortes	7%	3%

Como, pois, conciliar o aborto terapêutico com a legislação penal ante esses resultados, quando o previsto legalmente é para salvar a vida ou, segundo outros códigos, também preservar a saúde da gestante, e não para aumentar o índice de mortalidade ou a percentagem dos malefícios?¹⁵

A conclusão a que chegou Costa Júnior não difere daquela a que chegaram quatro médicos, em 1982, após consulta a colegas de várias especialidades: cardiologia, pneumologia, nefrologia, psiquiatria, endocrinologia, metabiologia, hematologia, bioquímica, farmacologia, ginecologia e obstetrícia. A obra foi laureada com o Prêmio Genival Londres, em 30 de julho de 1982, pela Academia Nacional de Medicina. No capítulo final, intitulado “Comentários e Conclusões” lê-se:

Fundamentando-se nos importantes depoimentos atrás transcritos, pode-se afirmar que, atualmente, a Medicina oferece ao médico meios para prosseguir na luta em busca do fim almejado, qual seja a salvação do binômio mãe-filho, não sendo válido o apelo ao chamado abortamento ‘terapêutico’.¹⁶

Na verdade, poder-se-ia dizer ironicamente que existem casos em que o aborto é “necessário”. Vejamos:

1. Quando a bolsa amniótica se rompe antes da hora e a criança ainda está bem imatura, as bactérias entram e começam um processo infeccioso. É perfeitamente possível para os bons médicos, fiéis ao juramento de Hipócrates, controlar a infecção por meio de antibióticos e esperar que a criança morra naturalmente, para só depois expulsá-la do útero materno. Mas isso despende tempo e trabalho. Em vez de monitorar, com sucessivas ecografias, os batimentos cardíacos do bebê e esperar pacientemente pela sua morte, é mais cômodo aplicar um comprimido de misoprostol no canal vaginal a fim de induzir o aborto. Afinal, se o bebê vai morrer, por que não podemos logo matá-lo? Este é um caso em que o aborto é “necessário” para evitar trabalhos com uma criança por eles considerada indigna de respeito e para estimular o pragmatismo na medicina.

2. Em uma gravidez ectópica, quando a criança se implanta não no útero (que é o seu lugar natural), mas, por exemplo, na trompa de Falópio, é perfeitamente possível aos bons médicos adotar

¹⁵ Ibidem, p. 322. Acrescentamos o ponto de interrogação, que está faltando no original, sem dúvida por erro tipográfico.

¹⁶ João Evangelista dos Santos ALVES et al., *Aborto: o direito do nascituro à vida*, Rio de Janeiro: Agir, 1982, p. 135-136.



uma conduta de espera. Em cerca de 65 % dos casos, a gestação evolui para um aborto espontâneo¹⁷. Quando ela evolui para a ruptura tubária, pode-se esperar para intervir imediatamente após a ruptura a fim de estancar a hemorragia. No entanto, em tal caso, é mais fácil para os maus médicos aplicarem alguma droga (como o metotrexato) que cause a morte da criança já fadada a morrer. Em tal caso, o aborto é “necessário” para estimular a impaciência dos profissionais de saúde, para poupar-lhes trabalho e para fomentar nele o desrespeito pela vida humana.

Espera-se, porém, que os parlamentares não queiram satisfazer tais tipos de “necessidade”.

4. O aborto como efeito secundário de um procedimento médico

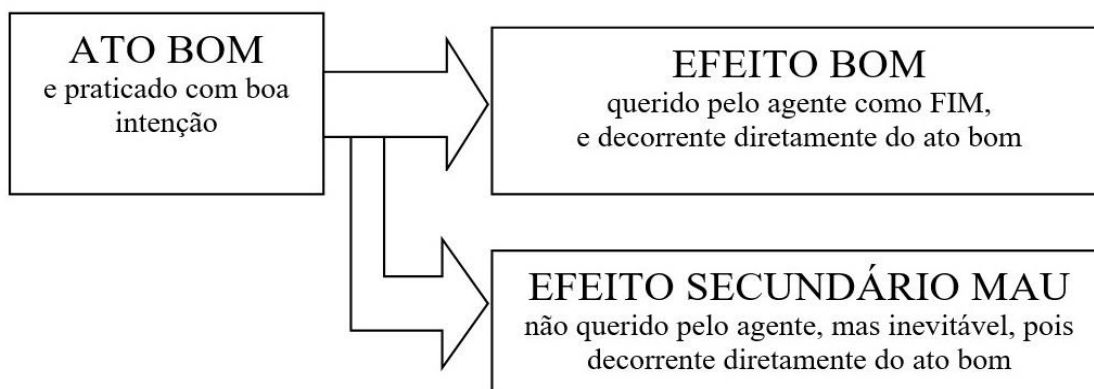
Tudo o que foi dito até agora refere-se ao aborto *diretamente* provocado, isto é, querido *como fim* ou *como meio*. Isso jamais pode ser admitido.

Caso totalmente diferente é o de um procedimento médico, que seria feito mesmo se a mulher não estivesse grávida, o qual traz consigo o risco de causar danos ou mesmo a morte ao nascituro.

Por exemplo, uma intervenção cirúrgica cardiovascular em uma mulher grávida pode ter como consequência a morte do bebê. Em tal caso, a morte do inocente *não é um fim* visado pela cirurgia (o fim é a cura da cardiopatia). Também *não é um meio* (pois não é a morte da criança que “causa” a cura da mãe). É simplesmente um *segundo efeito*.

Para que se possa, porém, tolerar um efeito secundário mau, é preciso que o bem a ser alcançado seja proporcionalmente superior ou ao menos equivalente a ele. No caso relatado, a cirurgia não seria lícita se fosse possível esperar até o nascimento do bebê ou se houvesse outro meio terapêutico que fosse inofensivo para a criança.

¹⁷ Cf. A. G. SPAGNOLO – M. L. DI PIETRO, “Quale decisione per l’embrione in una gravidanza tubarica?”, *Medicina e Morale* 2 (1995), p. 298-299.



O princípio ético da ação com duplo efeito.

De acordo com o princípio ético da ação com duplo efeito, é lícito praticar uma ação em si boa que tenha dois efeitos: um bom e outro mal desde que:

- a) o efeito bom não provenha do efeito mau (senão o efeito mau seria *meio* para alcançar o efeito bom)
- b) haja uma proporção entre o efeito bom, querido como fim, e o efeito secundário mau, tolerado como efeito.

Se, porém, especulativamente, existisse um caso em que matar um inocente fosse o “meio” de salvar a vida de alguém, ainda que fosse outro inocente, não seria lícito praticar tal homicídio. No ano 70 d.C., segundo relata o historiador Flávio Josefo¹⁸, durante o cerco de Jerusalém pelos romanos, uma mulher, oprimida pela fome, matou, cozinhou e devorou seu próprio filho recém-nascido. Alguém poderia tentar justificar a atitude daquela mulher faminta dizendo que aquele era o único “meio” de que ela dispunha para salvar sua vida. E ainda mais: se ela deixasse de agir assim, morreria juntamente com a criança. Mas nada justifica a morte direta de um ser humano inocente.

Analogamente, no século XIX, alguns médicos, diante de uma criança já encaixada na bacia da mãe, mas com dificuldade de ser dada à luz, adotavam um horrível procedimento chamado “craniotomia”. Perfurava-se o crânio da criança, aspirava-se a massa cerebral e depois retirava-se o corpo – obviamente morto – do bebê. Diante de uma assepsia precária e da ausência de antibióticos, a cesariana era uma cirurgia arriscada e alguns médicos julgavam lícito praticar tamanha crueldade alegando que, de outro modo, mãe e filho morreriam. Ao ser interrogada se a craniotomia em tal caso era moralmente lícita, a Igreja respondeu negativamente¹⁹.

¹⁸ Flávio JOSEFO. *História dos hebreus*, II Parte, Livro Sexto, Capítulo XXI.

¹⁹ Cf. M. ZALBA – J. BOZAL, *El magisterio eclesiástico y la medicina*. Razón y Fe, Madrid, 1955, 74.



Casos como o acima, que pertencem à história da Medicina, nem por isso justificam o aborto diretamente provocado. Convém lembrar que em nenhum caso o fim justifica os meios.

5. O aborto quando a gravidez resulta de um estupro

Ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, a Constituição está dizendo que ninguém pode ser morto arbitrariamente. Para se dizer que tal garantia constitucional não se aplica ao nascituro concebido em um estupro seria preciso provar:

- ou que o nascituro não é titular de direitos, nem sequer do direito à vida;
- ou que ele, antes titular do direito à vida, perdeu esse direito em virtude de um ato culpável.

Nenhuma dessas hipóteses se verifica. O Código Civil diz explicitamente que “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 2º). Logo, o nascituro é titular de direitos (a começar pelo direito à vida, sem o qual nenhum dos demais teria consistência).

Além disso, o nascituro não é capaz de praticar atos culpáveis (por exemplo, uma agressão injusta) que lhe tire o direito à vida. Das três pessoas envolvidas no crime do estupro — o estuprador, a mulher estuprada, a criança concebida — certamente não se poderá negar a absoluta inocência da última. A provocação de sua morte é uma injustiça monstruosa, cuja arbitrariedade fere frontalmente os dispositivos constitucionais que protegem a vida.

Há ainda um outro dispositivo que é violado. Trata-se de um princípio consagrado em nossa Constituição de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” (art. 5º, inciso XLV). O genitor da criança não sofrerá mais do que dez anos de reclusão, que é a pena máxima para o estupro (art. 213, *caput*, CP)²⁰. Mas isso, só depois de um julgamento, e com direito de ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Sem prejuízo, faz-se mister ressaltar que, com supedâneo no art. 5º, LVII, da Carta Magna que trata do princípio da presunção de inocência, ninguém pode ser considerado culpado sem a sentença penal condenatória transitada em julgado. No caso da vida intrauterina, o bebê não pode ser sentenciado à morte sem culpa e sem julgamento.

Ao condenar sumariamente o bebê à morte, a pena não apenas passa do pai para o filho, mas é aumentada: de pena de reclusão para pena de morte!

²⁰ Considera-se aqui o estupro não qualificado pelo resultado lesão corporal grave nem pela idade precoce da vítima nem pelo resultado morte.



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Gabinete da Deputada **CHRIS TONIETTO** – PSL/RJ

O autor do estupro ao menos poupou a vida da mulher – senão ela não estaria grávida. Pergunta que não quer calar: é justo que se faça com a criança o que nem sequer o agressor ousou fazer com a mãe: matá-la?

Não se diga que em tal caso a escolha cabe “à mulher”. Não só porque ninguém – homem ou mulher – tem o direito de decidir sobre a vida e a morte de outrem, mas ainda porque aproximadamente cinquenta por cento das crianças concebidas (em um estupro ou não) são meninas; tão mulheres como suas próprias mães. Se uma mulher deve decidir, pergunto eu: qual delas? A grande ou a pequena? A de dentro ou a de fora? A que sobreviveu à violência ou aquela ameaçada de morte no ambiente intrauterino?

Não é preciso ir muito longe para encontrar mulheres, atualmente adultas, que foram concebidas em uma violência sexual. A ex-deputada Fátima Pelaes (PMDB/AP) declarou publicamente em uma sessão da Comissão de Seguridade Social e Família de 19/05/2010, quando estava em discussão o “Estatuto do Nascituro” (PL 478/2007), que ela havia sido concebida em decorrência de um abuso sexual sofrido por sua mãe, que cumpria pena em um presídio e já tinha cinco filhas. A então deputada, que nunca conheceu seu pai, confessou que outras vezes já defendera o direito ao aborto. “*Mas eu precisava ser curada, ser trabalhada, porque eu estava com um trauma*”, acrescentou. Naquela sessão, porém, ela estava decidida em votar em favor da vida: “*Se nós lutamos pelo direito à vida, temos que lutar desde o nascituro*”.

Fabiana Silva, 34 anos, moradora de Goiânia, em outubro de 2018 veio a Anápolis (GO) agradecer àqueles que a convenceram a não abortar seu filho Vítor, concebido em um estupro. O crime se deu em meados de agosto de 1999, quando Fabiana tinha apenas 14 anos. O agressor havia sido o “padrasto” (amásio da mãe), que fugiu logo após a agressão. A adolescente estava disposta a provocar o aborto em si mesma se ninguém aceitasse provocá-lo nela. Em janeiro de 2000, ela aguardava do Hospital de Jabaquara (São Paulo)²¹ uma resposta: se iriam ou não fazer o aborto. O fato ganhou repercussão internacional. Dr. Jorge Andalaft, na época responsável pelos abortos daquele hospital, reclamou que estava recebendo trinta telefonemas por hora (!) de toda a parte do mundo.

Uma das pessoas das que se comunicou com ele foi Julie Makimaa, de Fennville, estado de Michigan, EUA, ela própria concebida em um estupro. No dia 3 de janeiro, ela lhe enviou um fax de onze páginas, contando sua história pessoal e suplicando que poupasse a vida da criança por nascer. Eis um pequeno trecho.

²¹ O Hospital Dr. Arthur Ribeiro de Saboya, conhecido como Hospital de Jabaquara, na capital paulista, foi o primeiro a usar o dinheiro público para fazer abortos. Essa prática criminoso foi introduzida lá em 1989, graças à iniciativa da então prefeita Luíza Erundina (PT).



Julie Makimaa e sua mãe

Prezado Dr. Andalaft.

Nesta tarde eu ouvi falar de uma jovem, grávida de incesto, que está agora procurando aborto em seu hospital. Para mim, os temas de estupro e gravidez são muito pessoais.

Posso identificar-me com a dor e confusão profundas que ela está enfrentando, os sentimentos de culpa e violação, e o medo de carregar a criança. Eu entendo sua dor, porque minha mãe, uma virgem aos dezoito anos, foi estuprada por meu pai biológico e eu fui concebida.

O aborto não estava disponível para ela em 1964²², mas seus amigos ofereceram-lhe ajuda para obter um aborto. Diziam-lhe que ela não deveria carregar um filho de um “estuprador” e que o aborto seria a melhor resposta. Ela é tão grata hoje por nunca ter feito um aborto. Juntas nós compartilhamos uma relação estreita e amorosa e ela também acalenta os seus dois netos.

Descobrimos que a dor do passado foi substituída pelas alegrias do presente. Fui concebida em uma violência, mas sou grata por não ter recebido a pena de morte pelo crime de meu pai.

No dia 5 de janeiro de 2000, Dr. Andalaft informou que o Hospital de Jabaquara não faria o aborto em Fabiana. No dia 6, Fabiana já havia desistido totalmente da ideia do aborto. O menino nasceu em 15 de maio, por parto normal e foi batizado com nome de Vítor no dia 17 de junho. Como era de se esperar, Fabiana apaixonou-se pelo bebê, assim como sua mãe. Vítor foi uma bênção para a vida de ambas.

Em 2018, chorando de alegria por ter um filho de dezoito anos (nas suas palavras, “*um anjo que Deus colocou na minha vida*”), Fabiana aceitou conceder uma entrevista, que foi gravada em vídeo²³:



Fabiana e seu filho Vítor recém-nascido em 2000

²² Somente em 1973 a Suprema Corte dos EUA, na infame decisão *Roe versus Wade*, declararia “legal” o aborto em todo o território estadunidense.

²³ <https://www.providaapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/580-um-anjo-que-deus-colocou-na-minha-vida>



– Fabiana, o que você acha de oferecer o aborto para as vítimas de violência sexual?

Eu não concordo. Eu não concordo porque já basta o trauma que a gente passa pela violência física, pela violência psicológica. Tirar, abortar a criança eu acredito que só vai trazer mais transtornos.

Falo porque eu vivi. Eu estive lá dentro e convivi com pessoas que fizeram, que consumaram o aborto. De fato, a culpa que a pessoa sente depois, pelo menos das pessoas que eu pude acompanhar, eu pude estar perto... Eu falo porque eu fiquei cinco anos em terapia, participei de grupos e grupos... de pessoas que estavam ali também buscando o mesmo tipo de ajuda [...]

Só que o aborto não vai resolver. O aborto não vai resolver. Não quer? Doa! Doa a criança. Coloca à disposição! Hoje a gente tem um serviço social que tem todo o preparo para encaminhar, para poder fazer isso. Ah, mas... matar não! Nós não temos o direito. Nós não temos o direito de ceifar uma vida.

A gente até costuma brincar: é fácil para a gente falar, porque a gente já nasceu. É muito fácil. Mas, e aí?

Hoje eu vejo grupos militantes de feministas levantando bandeira: “Aborto sim, aborto sim!” ... É fácil falar: a gente já nasceu.

O que aconteceu com Fabiana não é absolutamente um caso isolado. Julie Makimaa, aquela mulher fruto de um estupro que advogou em favor da vida do filho de Fabiana, publicou em 2000 o livro “*Vítimas e vencedores: falando sobre gestações, abortos e filhos resultantes de violência sexual*”²⁴. A obra contém o resultado de uma pesquisa feita com 192 mulheres grávidas em razão de estupro ou incesto e foi feita por Julie juntamente com o pesquisador David Reardon, especialista em síndrome pós-aborto e fundador do Instituto Elliott. Das 192 vítimas, 56 fizeram aborto, 133 deram à luz, e 3 sofreram aborto espontâneo.

Das 56 que fizeram aborto, seis delas não forneceram nenhuma informação sobre como se sentiam. Das 50 restantes, apenas uma vítima de estupro relatava não estar arrependida do aborto. Uma vítima de incesto afirmou que o aborto tinha sido a decisão correta no seu caso, mas não comentou sobre como o aborto a havia afetado. Quatro delas relataram vários arrependimentos em relação ao aborto, mas foram ambivalentes ao dizer se o aborto era ou não a melhor escolha. Quarenta e quatro (44) mulheres disseram explicitamente estar arrependidas de terem abortado e declararam que o aborto não tinha sido a melhor solução para suas gravidezes²⁵.

²⁴ David REARDON; Julie MAKIMAA; Amy SOBIE. *Victims and victors: speaking about their pregnancies, abortions and children resulting from sexual assault*. Springfield, IL: Acorn Books, 2000. ISBN 0-9648957-1-4.

²⁵ Cf. David REARDON; Julie MAKIMAA; Amy SOBIE. *Victims and victors...* p. 19-20.



Das 133 que levaram a gravidez a termo, 80% falaram explicitamente da felicidade de terem escolhido dar à luz seus filhos. *Nenhuma* das mulheres declarou que não queria seu filho ou que desejaria ter optado por fazer um aborto²⁶.

No prefácio do livro de Julie Makimaa há um trecho extremamente incômodo para a causa abortista. Leiamos com atenção:

“Para muitas pessoas, o argumento de que uma mulher não deve passar nove meses carregando o filho do seu agressor parece uma extensão natural da compaixão [para com as vítimas de estupro ou incesto].

Tal empatia com as vítimas de violência sexual, combinada com a generalizada confusão, medo e repulsa associada ao estupro e ao incesto, fazem disso um “caso difícil” natural para os proponentes do aborto legalizado. [...] Uma vez que essa “exceção” é admitida, não há nenhuma base racional para se proibir o aborto em outros casos onde a gravidez possa impor dificuldades para a mulher.

[...]

Tudo isso é extremamente lamentável porque literalmente *todas* as evidências relativas a essa questão estão do nosso lado. É um fato pouco conhecido que a grande maioria das vítimas de violência sexual não quer abortar. Além disso, quando as vítimas de violência sexual *fazem* o aborto, os efeitos psicológicos a longo prazo, e mesmo a curto prazo, são devastadores. A maioria dessas mulheres descreve os efeitos negativos do aborto em suas vidas como ainda mais devastador que a violência sexual.

Violência sexual é na verdade uma *contraindicação* para o aborto. Um médico tratando de uma gestante vítima de violência sexual deveria desaconselhar o aborto precisamente *por causa* da natureza traumática da gravidez²⁷.

Para corroborar a afirmação de Julie Makimaa, desejaria relatar a história de duas jovens costaricenses, Elizabeth e Karol, ambas vítimas de estupro no mesmo dia²⁸. A primeira, após as primeiras reações de rejeição da gravidez, resolveu dar à luz sua filhinha, que se tornou o maior presente de sua vida. A segunda resolveu abortar. Ouçamos as palavras de Elizabeth:

²⁶ Cf. David REARDON; Julie MAKIMAA; Amy SOBIE. *Victims and victors...* p. 22.

²⁷ David REARDON; Julie MAKIMAA; Amy SOBIE. *Victims and victors...* p. 9-10. Os itálicos são do original.

²⁸ <http://salvare11.blogspot.com/2016/04/se-lo-horrible-que-es-la-violacion-pero.html>. Postado em 11 abr. 2016.



Elizabeth e sua filha, concebida em um estupro

“Já passaram nove anos desde a sua chegada e graças a isso sou uma mulher mais humana, forte e feliz. E sei que o aborto teria piorado minha situação, já que não posso ter mais filhos e ela é minha bênção. Nunca o aborto é uma solução. Obrigada, filhinha. Tu fazes da minha vida um lugar cheio de amor e esperança.

O ato tão ruim que supõe um estupro não se pode sanar com outro tão doloroso quanto o primeiro. Abortar nunca ajudará a vítima de um estupro a superar o trauma; e piora a situação.

No mesmo dia em que me ultrajaram também estupraram uma amiga, e ela decidiu abortar. Primeiro pensou que tudo iria bem. Mas nos

encontramos em São José²⁹, em um parque. Era dezembro e meu bebê tinha dez meses. Quando nos vimos, choramos muito. Logo vii a minha filha e só me disse como deveria ser a carinha da sua. Porque não deixava de sentir-se uma assassina. Sabia que sua filhinha não tinha culpa, mas havia compreendido isso muito tarde e ninguém a quis ajudar. Todos diziam que abortasse aquele bastardo filho do horror, filho de um maldito. Dizia-me: “Eli, como te invejo porque eu jamais saberei como poderia ser...”

Meses depois, passei a visitá-la pela sua casa e Karol (assim se chamava minha amiga) tinha-se suicidado. Sua mãe me disse que nunca voltou a ser igual e que o aborto a derrotou. Recordo minha amiga como uma moça bela e especial.

Não se precisa de “carniceiros”, mas de apoio psicológico, emocional; profissionais que nos ajudem e não pessoas que agravem o problema. Oxalá todas as mulheres tivessem a oportunidade de ser apoiadas para defender a vida de quem não se pode defender. Aquelas crianças não têm culpa.

Não quero julgar. Sei como isso é horrível, mas abortar nunca ajudará a ninguém. Em meu país³⁰ não temos exército, porque não cremos que a violência solucione mais violência. No entanto, há delinquentes e maldade, mas fui criada com a certeza de que maldade com maldade jamais ajudará a ninguém. Mas se, pelo contrário, dá amor, crê-me, isso dará frutos. O estupro me marcou como mulher, mas esse “homem” não me pode causar mais dano. Não tem esse poder. No dia de hoje sou mãe de uma bênção. Com terapia, o amor de minha bebê e muita ajuda, sou feliz, isso eu garanto. E não imagino como seria minha vida sem ela”.

²⁹ Capital da Costa Rica.

³⁰ Costa Rica.



Por seu turno, no que diz respeito ao aborto em caso de gestação decorrente de estupro, não obstante os incessantes óbices legais e constitucionais susomencionados, permitir a morte do bebê seria praticamente puni-lo pelo crime de outrem. Apoiar a vítima do estupro consiste em prover-lhe atendimento médico e psicológico, viabilizar a adoção do bebê, se assim o desejar, mas em hipótese alguma buscar curar a dor do estupro causando-lhe outra dor, quiçá ainda pior que a primeira, pois é inegável que depois de realizar um aborto, a mulher passa a ter diversos problemas³¹, sejam de ordem física, emocional e psicológica, depressão, dores excruciantes, diagnósticos de câncer de mama, sentimento de culpa, pensamentos suicidas, dentre outros.

Aborto, estupro, suicídio. Um “remédio” pior do que o outro. Até onde permitiremos que, por preconceito, ignorância e falsa compaixão, casos como o de Karol se repitam? Quando é que nós abandonaremos a falácia de que a violência do estupro é “curada” pela violência ainda maior do aborto? Até quando pensaremos que o aborto serve para “desestuprar” a gestante, ou seja, fazê-la voltar ao estado anterior ao do estupro? Até quando acreditaremos na lenda – muito comum nos livros de Direito Penal – de que a visão da criança nascida perpetua a lembrança do estupro sofrido pela mãe?

Ainda que a gestante não quisesse ficar com a criança (o que não é nada habitual, pois o sofrimento faz crescer o amor da mãe pelo filho), em tal caso seria fácil encaminhar o inocente recém-nascido para um dos inúmeros casais que estão na fila de adoção em nossos Juizados da Criança e da Juventude! Pergunto e repito: a solução é matar?

Uma última pergunta que faço é sobre quem se beneficia com o aborto em caso de estupro. Certamente não é a criança, que será cruelmente assassinada. Também não é a gestante, que carregará em si os terríveis traumatismos da síndrome pós-aborto, como acabamos de demonstrar. Resta um terceiro, que é favorecido: o autor do estupro. Isso mesmo: uma vez abortada a criança, ele fica livre de sua obrigação alimentícia de genitor! Tendo a certeza de que não terá nenhuma responsabilidade civil pelo filho eventualmente gerado em uma agressão, o estuprador sente-se mais estimulado a praticar o crime.

6. Conclusão

Termino dizendo que não sou eu a primeira a desejar acabar de uma vez com essas duas hipóteses de não punição do aborto. O Código Penal de 1969, promulgado e revogado sem que chegasse a entrar em vigor³², excluía a hipótese de não punição do aborto em caso de gravidez decorrente de

³¹ Coleman et. al. 2017. Women Who Suffered Emotionally from Abortion: A Qualitative Synthesis of Their Experiences. Journal of American Physicians and Surgeons, Volume 22, Number 4, Winter 2017.

³² Tal Código foi promulgado pelo Decreto-Lei n.º 1004, de 21 de outubro de 1969, publicado no D. O. (Suplemento C) de 21 de outubro de 1969. Previsto para entrar em vigor em 1º de julho de 1974, o Código de 1969 teve sua data de entrada em vigor prorrogada pela lei 6.063, de 27 de junho de 1974. Finalmente foi revogado pela lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem que nunca tivesse entrado em vigor.



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Gabinete da Deputada **CHRIS TONIETTO** – PSL/RJ

estupro. Bem antes disso, o deputado Arruda Câmara, em seu Projeto de Lei n. 910 de 1949³³, pretendia revogar não apenas o inciso II, mas todo o artigo 128 de nosso Código Penal, destruindo também a não punição ao chamado “aborto terapêutico”. Esse projeto foi explicitamente louvado em 1965 pelo Dr. Costa Júnior, em sua aula inaugural já referida “*Por que ainda o aborto terapêutico?*”.

A proposta que ora apresento, se for aprovada, colaborará também para pôr um freio no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, que parece não conhecer limites em seu propósito de impor a nós, legisladores, a liberação do aborto baseada na interpretação, reinterpretação e “desinterpretação” subjetivista da Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, conto com o apoio dos nobres pares para a aprovação deste Projeto de Lei, eis que balizado nos princípios constitucionais que asseguram a proteção da vida humana, desde a sua concepção.

Sala das Sessões, 14 de maio de 2019.

Deputada Federal **CHRIS TONIETTO**
PSL/RJ

Deputado Federal **FILIPPE BARROS**
PSL/PR

³³ Cf. Diário do Congresso Nacional, 1 out 1949, p. 9092.