

O aborto e a influência da moral

O aborto é tipificado como crime na parte especial do Código Penal Brasileiro, sendo abordado do artigo 124 ao artigo 128. Tendo em vista que este diploma legal data do ano de 1940, tem-se a dimensão do quanto ele se encontra defasado em relação às inúmeras descobertas da medicina e da genética, assim como permanece anacronicamente alheio aos debates e dilemas modernos da bioética.

O penalista Frederico Marques dá a sua definição de aborto: “Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção”^[1]. Para Aníbal Bruno:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo^[2].

A doutrina penal faz a classificação do aborto em duas espécies: a) *Natural ou espontânea* b) *provocado* (dolosa ou culposamente). O primeiro seria aquele decorrente de complicações ou enfermidades naturais que eventualmente acometem as mulheres no decurso de uma gestação, provocando a morte do feto. O provocado, em sua modalidade culposa, não encontra previsão no texto legal, motivo pelo qual é considerado um indiferente penal.

Já o aborto provocado dolosamente está previsto nos artigos 124, 125 e 126 do CP, correspondendo aos casos de *autoaborto*, *aborto provocado por terceiro* e *aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante*. Faz-se útil a leitura integral dos dispositivos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Se na revisão bibliográfica que se fez de alguns autores civilistas já se manifestava o pesado juízo de reprovação moral por trás dos argumentos jurídicos, na seara penal essa evidência é ainda mais forte, ora se invocando as razões eternas do jusnaturalismo, instrumento teórico preferencial dos que se contrapõem ao aborto, ora se assumindo uma posição abertamente religiosa sobre o assunto. Não deixa de ser interessante notar como o Direito Natural assume, nesta discussão, um papel substitutivo da religião. Civilistas e penalistas, cientes da inadequação de se usar uma linguagem religiosa na construção de argumentos jurídicos, invocam os direitos naturais para se contrapor a qualquer possibilidade de autonomia individual da mulher no controle de sua gestação e do próprio corpo. Se os argumentos não podem ser achados no Céu, que o sejam no Mundo das Idéias racionalista.

Por vezes a motivação religiosa, no entanto, é bastante clara, ignorando quaisquer princípios liberais de respeito à liberdade de crença ou religião. Diz Rogério Greco, se insurgindo contra o aborto:

Por outro lado, há os defensores da vida, principalmente a do ser que está em formação.

Quando a gestante engravida, uma nova vida começa a crescer em seu útero.

No livro de Jeremias, constante do Antigo Testamento, percebemos, pela Palavra de Deus, que Ele já nos conhecia antes mesmo de haver a fecundação do óvulo materno, pelo

espermatozóide do homem. Quando o Senhor constituiu Jeremias como profeta, Ele o tinha feito antes mesmo do seu nascimento. Na verdade, antes mesmo que se tivesse formado no ventre materno. Vejamos, literalmente, o que diz esta passagem no livro de Jeremias, Capítulo 1, versículos 5 e 6. (Rogério Greco, volume 2, pág. 224)

Mas é mesmo o Direito Natural o fundamento argumentativo utilizado majoritariamente por penalistas, assim como já o era dentre os civilistas, para justificar suas posições sobre o assunto. E o fazem não como mais uma razão dentre inúmeras outras, mas como a razão definitiva, ao qual nem a lei positiva nem a vontade dos homens poderia se opor. O aborto é um desrespeito a estas leis inflexíveis, pois estariam escritas não em constituições ou códigos de qualquer ramo jurídico, subordinadas à caducidade histórica ou geracional, mas na disposição imutável do universo racional. O jusnaturalismo paira sobre o tema com o tom místico ou sobrenatural que normalmente caberia à religião, se esta não fosse convencionalmente rejeitada pelas exigências de laicidade e neutralidade religiosa na discussão de assuntos públicos.

Walter Moraes, em artigo publicado versando sobre a possibilidade de uma autorização judicial para que a mulher pudesse realizar o procedimento abortivo, atesta:

A terceira razão, de si mesma suficiente como as duas anteriores, para denegar licença de abortamento, é de direito natural. Limite-me, aqui, a lembrar duas ou três premissas, considerando, por suposição, que as linhas mestras do direito natural concernente à vida estejam abundantemente demonstradas.

A primeira é a de que a lei natural não admite, em hipótese alguma, o abortamento direto. Quer dizer: nenhuma ação, nenhum comportamento dirigido diretamente a matar o feto, quer no ventre materno, quer pela expulsão inviável, se admite como lícito – ainda que a benefício da saúde e mesmo da vida da mãe.

Uma coisa que a lei natural jamais tolera – jamais- é matar o inocente; como é o caso do aborto: que tem a ver o filho com o fato de ter sido concebido através de estupro?

Por direito natural, assim como uma pessoa, como tal, não vale mais do que outra pessoa como tal, assim também uma vida humana não vale mais do que outra vida.

A vida da mãe não vale mais do que a do filho. (pág 28)^[3]

O jurista possui uma visão particularmente radical sobre o assunto, negando até mesmo a legitimidade das hipóteses legalmente permitidas de aborto. Em seu texto, cita trechos de outros penalistas como “todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis (Alcântara Machado)”. O uso de termos como “sagrado” ou “pecado” insere-se entre as razões de direito natural, dando origem a argumentações de fundamento híbrido: não se sabe bem onde acaba o jusnaturalismo, e onde se inicia a influência da moral cristã.

Prossegue o jurista:

Estas observações eu as faço só para pôr à mostra o fato de que, quando, ainda hoje, se invoca o aborto terapêutico para justificar o feticídio, na verdade se está lançando mão de um pretexto.

Todavia, mesmo que ocorresse situação real de perigo para a vida da mãe – vamos admiti-lo ad argumentandum – e não bastassem as razões técnicas que propus para convencer da ilegalidade de uma decisão judicial autorizando o abortamento, é certo que a lei natural não faculta, nem justifica, nunca, a provocação do aborto direto, quaisquer que sejam as circunstâncias de fato.

A lei positiva que contraria (lei injusta) a lei da natureza, não vale.

Não obriga porque, sendo contra a natureza, é mero capricho irracional; e um capricho irracional não pode obrigar: na linguagem de JOÃO MESSNER, não é a “verdade jurídica”; na linguagem de TOMÁS DE AQUINO, simplesmente, não é lei (...)

Noutras palavras, os ditames do direito natural orientam a inteligência da lei penal e do ordenamento todo no sentido de que, com toda certeza, o aborto em questão, eximido embora de pena, é ilícito, não podendo nenhum juiz deferi-lo.

Moraes insurge-se mesmo contra qualquer possibilidade de escolha individual da mulher no assunto. Não cogita qualquer reforma legislativa que descriminalizasse o fato, negando a legitimidade até mesmo das hipóteses legais do aborto. O aborto terapêutico, em sua opinião, é um mero pretexto para o feticídio. Não há valoração possível entre a vida da mãe e do feto, ambos se equivalendo em suas existências. O aborto humanitário tampouco tem o seu aval, visto que à mãe não deveria ser dado este direito, devendo suportar sozinha as conseqüências da violência a que foi submetida, tudo em nome de “leis da natureza” ou “estado natural de todas as coisas”.

Rogério Greco, assim como Walter Moraes, não vê nuances nas etapas do desenvolvimento humano, não admitindo que existam graus diferentes de frustração na morte de um embrião e da de uma criança de 10 anos. Aduz o penalista:

A vida, independentemente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando sua quantidade de tempo (pág 225).

Essa opinião, no entanto, não parece refletir nossas convicções íntimas sobre o assunto. Uma mãe que sofresse um aborto espontâneo de um nascituro de 10 dias, ou mesmo 2 meses, certamente sofreria um grave abalo psicológico, uma dor emocional intensa pelo filho perdido. Atrevemo-nos a dizer, porém, que a perda de um filho de 10 anos em algum acidente teria uma intensidade consideravelmente mais trágica.

Isso ocorre porque a existência humana, como já foi defendido anteriormente, não pode ser medida puramente em termos biológicos, possuindo também, ou principalmente, uma importante dimensão biográfica, construída na ideia do quanto já se viveu, assim como nas inúmeras possibilidades futuras a serem concretizadas. Um indivíduo é definido pela soma de suas experiências, laços interpessoais construídos, no espaço crescente que ocupa nos círculos sociais à sua volta. A morte de uma criança de 10 anos representa a brusca interrupção de uma biografia que já tinha muitos capítulos escritos, e mais ainda por escrever. Um embrião não existe, nem nunca existirá, na mesma plenitude existencial que uma criança de 10 anos. A ausência de cada um representa lacunas afetivas diferentes. Não se trata aqui de menosprezar a importância de um nascituro, de estabelecer que, devido aos seus poucos meses de vida, é indiferente que viva ou que morra. Mães em geral carregam para sempre a dor de um aborto, seja ele espontâneo ou provocado. Mas sim de enxergar o problema em suas nuances mais complexas, e não pela aritmética irresponsável e simplista de que vida é vida, seja de 10 dias, seja de 10 anos.

Um outro exercício de imaginação: imagine-se um laboratório médico especializado em técnicas de reprodução assistida, que de repente fosse alvo de um incêndio. Um indivíduo qualquer, que entrasse em uma das salas, se depararia com um repositório clínico contendo cinco embriões fertilizados, produtos de fertilizações *in vitro*, programados para serem implantados em cinco mulheres diferentes no dia seguinte, que dariam origem a cinco crianças diferentes^[4]. No mesmo ambiente, uma única criança de 10 anos.

Estabelecer-se-ia um dilema moral: a criança, que representa uma única vida, ou o repositório, contendo cinco, deveriam ser salvas do fogo?

Os que assumirem a lógica de Greco para si certamente salvariam o repositório e deixariam a criança ao fogo, em obediência às suas interpretações do que seja o direito natural ou no exercício de suas devoções religiosas. A maioria das pessoas, no entanto, ousa-se afirmar, nem mesmo se daria conta da existência de um dilema moral, que de fato mal pode ser chamado assim, e não hesitariam em salvar a criança. Isso porque compreendem a importância ética que deve tutelar toda vida humana, mas discordam, ainda que seja em um nível intuitivo ou inconsciente, que as interrupções dessas vidas em fases muito diferentes de existência correspondam todas a um mesmo grau de iniquidade.

Em seu livro, Dworkin tenta expor e entender estas razões íntimas pelos quais a maioria das pessoas julga os níveis de frustração e desperdício diante da morte:

A concepção de perda simples que até aqui examinamos é inadequada porque se concentra apenas em possibilidades futuras, naquilo que poderá ou não acontecer no futuro. Ignora a verdade crucial de que a perda de vida é comumente maior e mais trágica devido ao que já aconteceu no passado. A morte de uma adolescente é pior do que a morte de um bebê, pois a morte daquela frustra os investimentos que ela e outros já tenham feito em sua vida – as ambições e expectativas que ela teve, seus planos e projetos, o amor, os interesses e o envolvimento emocional que criou para si e com os outros, e que estes criaram para ela e com ela. (pág 121)

Greco poderia contra argumentar que o exemplo hipotético é inadequado, visto que a criminalização do aborto pela lei penal só se dá a partir da *nidação*, quando o embrião se instala na parede da cavidade uterina. Embriões congelados em laboratório não fariam jus à proteção penal. Este marco, porém, é fruto de uma convenção prática, uma necessidade de se estabelecer um marco inequívoco a partir do qual se poderia afirmar a tipicidade do fato. Pois se um embrião é vida humana quando se encontra no útero da mãe, também o é, ou deveria ser, poucas horas antes, quando ainda não implantado pelo médico. Se a proteção da vida feita pelo doutrinador é tão intransigente quanto parece ser, este pequeno transcurso de algumas horas não iria diminuir seu embaraço moral diante da perda de cinco vidas de uma única vez.

Tentemos um novo exemplo, talvez menos problemático. Imagine-se uma mulher grávida de trigêmeos, ou seja, três embriões já devidamente aderidos ao útero, como manda a doutrina penalista. Um médico, por quaisquer circunstâncias hipotéticas que sejam, se vê no impasse de ter que optar entre os três nascituros, e um filho da mesma mulher, já nascido. Pela matemática moral simples de Greco, salvam-se os gêmeos, em detrimento do já nascido, afinal três vidas valem mais do que uma. Mas a convicção profunda da maioria das pessoas, arrisca-se aqui a dizer, mandaria que se salvasse o já nascido. Pois sua idade – dez, oito, dois anos – representa um investimento afetivo maior dos que os depositados nos nascituros, embora certamente a morte destes significasse um abalo profundo na mãe, e em sua família. A vida não pode ser medida em parâmetros puramente biológicos, nem no direito civil, nem no direito penal.

Isto leva a uma interessante reflexão sobre o uso de certos contraceptivos. Alguns impedem a concepção, não permitindo a união dos gametas masculinos e femininos para a formação de um ovo-zigoto. Outros, no entanto, impedem tão somente a nidação, agindo após a fecundação e conseqüente formação do ovo. Explica Heleno Cláudio Fragoso:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é o estado de gestação, que, para efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto.

A matéria tem sido objeto de debate em face dos efeitos dos anovulatórios orais ou “pílulas anticoncepcionais”, bem como do dispositivo intrauterino (DIU). Certas pílulas impedem a ovulação ou o acesso do espermatozóide ao óvulo, pelas transformações que causam no muco cervical. Em tal caso, impede-se a concepção. Outras pílulas, no entanto, atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intrauterinos, cuja ação, para muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto, que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou o seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da segunda espécie e os DIU, que não impedem a concepção, seriam *abortivos* (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e esta se inicia com a concepção.

Todavia, a lei não especifica o que se deva entender por *aborto*, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto.^[5]

Ratificando a exposição de Fragoso, Greco em seu livro:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozóide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 dias após a fecundação.

Assim, enquanto não houver a nidação não haverá possibilidade de proteção a ser realizada por meio da lei penal. Dessa forma, afastamos de nosso raciocínio inúmeras discussões relativas ao uso de dispositivos ou substâncias que seriam consideradas abortivas, mas que não têm o condão de repercutir juridicamente, pelo fato de não permitirem, justamente, a implantação do óvulo já fecundado no útero materno. (pág 226)

A nidação, portanto, está para os penalistas assim como a concepção está para alguns concepcionistas no campo cível. É o marco temporal após o qual o nascituro passa a ser um sujeito merecedor de tutela no âmbito penal. Este marco puramente normativo é conveniente, na medida em que afasta eventuais dilemas com relação a alguns contraceptivos que atuam sobre o óvulo já fecundado. Mas porque a nidação, especificamente? Por que a vida humana se revestiria a partir deste momento de uma sacralidade ou inviolabilidade que não possuía antes, enquanto o gameta viajava pelas trompas de falópio, a caminho do útero, em uma diferença de apenas alguns dias?

O próprio Greco cai em contradição ao tratar sobre o assunto. Fala em seu texto, como já foi citado anteriormente, que uma vida de 10 dias já deve ser considerada no mesmo patamar existencial de uma de 10 anos. Mas a nidação pode ocorrer num período que vai de 7 a 14 dias. E se só ocorrer no décimo primeiro dia? Ou no décimo segundo? Uma

mulher que se utilizasse de um medicamento que provocasse a morte e expulsão do embrião no décimo dia, porém antes da nidação, estaria cometendo um homicídio, um ato tão hediondo quanto provocar a morte de uma criança de dez anos, como parece defender o doutrinador, ou o fato seria um indiferente penal, visto que a nidação ainda não teria ocorrido?

A escolha deste fenômeno fisiológico como definidor da tutela penal parece problemático, incongruente, insatisfatório. Um critério normativo construído doutrinariamente que poderia muito bem ser substituído por outro, muito mais esclarecedor e afinado com o ideal de liberdade e autonomia individual que deveria vigorar em uma democracia: a decisão pessoal da mulher em prosseguir ou não com a gravidez.

A presença das hipóteses legais de aborto no Código Penal abre uma outra indagação: como conciliar estas duas figuras penais com a proposição de que a proteção à vida feita pelo caput do art. 5º da CF/88 é absoluta, estabelecendo o embrião já como uma pessoa constitucional, com direitos e deveres?

Ainda que o aborto humanitário e terapêutico sejam exceções, concessões que o Estado faz à mulher em casos de violência ou risco de vida, suas existências são incompatíveis com a ideia compartilhada por penalistas e civilistas de que a vida embrionária já goza do mesmo status jurídico que alguém já nascido. Caso se admita a equivalência entre um embrião e uma criança, ou um recém-nascido, não poderia haver nenhuma hipótese legal de aborto voluntário. Nem mesmo em casos excepcionais.

Senão, vejamos: imagine-se uma mulher, vítima de um estupro, que engravidasse e acabasse por ter o filho fruto da violência. Cinco anos após o parto, se dá conta de que não consegue se recompor psicologicamente do trauma sofrido, e que para isso só haveria uma solução: matar o filho, uma lembrança viva do que lhe ocorreu. A hipótese é absurda, e certamente seria rejeitada por qualquer jurista, e por qualquer não-jurista. Mas se aceita que isto ocorra com nascituros frutos de violência sexual. Qual a diferença? A resposta é simples, e vem sendo reiterada desde o início deste trabalho: a despeito da interpretação radical que certos juristas fazem do princípio à vida, embrião não é uma pessoa constitucional com interesses jurídicos, não obstante seja uma vida humana, e mereça consideração ética. Diz Dworkin:

Ainda assim, mesmo os conservadores que acreditam que a lei deve proibir o aborto admitem algumas exceções. É uma opinião bastante comum, por exemplo, acreditar que o aborto deve ser permitido sempre que se fizer necessário para salvar a vida da mãe. Esta exceção, porém, é também incompatível com qualquer crença de que o feto é uma pessoa com direito à vida. Alguns dizem que, nesse caso, justifica-se que a mãe aborte por tratar-se de uma questão de autodefesa; mas qualquer aborto seguro é realizado por uma outra pessoa – um médico -, e são poucos os que acreditam que seja moralmente justificável que um terceiro, mesmo um médico, possa matar uma pessoa inocente para salvar outra.

Não é raro que os conservadores em matéria de aborto admitam outras exceções. Para alguns deles, o aborto é moralmente permissível não apenas para salvar a vida da mãe, mas também quando a gravidez é resultado de estupro ou incesto. Quanto mais se admitem tais exceções, mais claro se torna que a oposição conservadora ao aborto não pressupõe que o feto seja uma pessoa com direito à vida. Seria contraditório insistir em que o feto tem um direito à vida que seja forte o bastante para justificar a proibição ao aborto mesmo quando o nascimento possa arruinar a vida da mãe ou da família, mas que deixa de existir

quando a gravidez é resultado de um crime sexual do qual o feto é, sem dúvida, totalmente inocente. (pág 45-46).

O que leva de volta à proposta teórica de Dworkin em sua obra, diferenciando razão derivativa da razão independente. A primeira acredita que um embrião já seja uma pessoa com personalidade jurídica, em nada diferente de alguém já nascido, e daí derivaria uma razão – por isso o nome “razão derivativa” – para que o Estado proibisse o aborto. A segunda razão, porém, vê no embrião a unidade fundamental a partir do qual poderia vir uma pessoa, uma vida humana, possuidora de uma importância intrínseca, revestida de uma sacralidade ou inviolabilidade que o Estado faria bem em preservar, independentemente do fato de o embrião realmente possuir ou não interesses jurídicos concretos – daí o nome razão independente.

Penalistas, assim como os civilistas anteriormente estudados, em geral defendem suas posições anti-aborto com argumentos de razão derivativa, afirmando os direitos do embrião em permanecer vivo, não sofrer lesão à sua integridade física, dentre outros. Mas uma leitura de seus textos, com exortações morais que apelam a um valor inerente possuído por toda vida humana, a um jusnaturalismo extemporâneo e imutável que proíbe todo atentado contra a vida, quando não por motivações francamente religiosas, revelam que é a razão independente que os guia verdadeiramente. Não defendem *alguém*, mas uma idéia coletiva e abstrata do sagrado.

As exceções presentes no Código Penal também levam inevitavelmente a uma confrontação direta com o *concepcionismo* adotado pela maioria dos civilistas da doutrina. Se para estes a melhor interpretação possível do princípio à vida elencado na CF/88 conduz a uma afirmação de personalidade jurídica desde o momento da concepção, ou seja, se desde esse momento o embrião já é, para efeitos jurídicos, uma pessoa na plena titularidade de seus direitos personalíssimos, como conciliar este fato com a hipótese de embriões terem seu desenvolvimento interrompido nos casos de estupro e risco à saúde da mãe?

Um ordenamento jurídico é um sistema em que todos os seus ramos, embora especializados de modo à tutelar dimensões diferentes da vida social dos cidadãos, devem obedecer a uma base estrutural comum de modo que se torne um todo coeso e orgânico. O princípio do direito à vida não pode fundamentar, a um só tempo, uma visão no direito civil e outra no direito penal. Sobre a sistematicidade do ordenamento jurídico, útil se faz Norberto Bobbio e sua clássica lição jurídica:

O problema ulterior que se nos apresenta é saber se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, também constitui um *sistema*; em síntese, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação. (pág 231)

Desse modo, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro deve conciliar os dois campos normativos de modo que um não entre em conflito com o outro. Ou se admite que um embrião, seja com cinco dias, seja com cinco meses, já seja uma pessoa constitucional com interesses jurídicos concretos – caso em que nenhuma forma de aborto

seria permitida, nem mesmo as excepcionais – ou se adota uma proposição diferente: a de que ele ainda não é uma pessoa, não obstante mereça estar cercado da consideração ética devida à toda vida humana. Sobre a interpretação sistemática, Bobbio:

Se passamos das declarações programáticas ao exercício da atividade do jurista, deparamos com uma outra prova da tendência constante da jurisprudência em considerar o direito como sistema: a consideração comum, entre as várias formas da interpretação, da chamada *interpretação sistemática*. Chama-se “interpretação sistemática” aquela forma de interpretação que extrai seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais precisamente, de uma parte dele (como o direito privado, o direito penal), constituem uma totalidade ordenada (ainda que depois fique um pouco vago o que se deve entender com essa expressão), e, portanto, é lícito aclarar uma norma obscura ou até integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo de encontro àquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal. (pág 236)

Resta claro, desde o começo deste trabalho, a opção pela segunda hipótese. A de que o ordenamento jurídico brasileiro permita à mulher optar por prosseguir ou não com sua gravidez, no exercício de sua autonomia individual. Se a questão premente no aborto é o desconforto moral diante de um ato que ofende certa concepção do que seja sagrado, que cada mulher possa decidir por si própria sobre esta questão fundamental, se adaptando às suas próprias convicções religiosas, resolvendo sozinhas possíveis questões de consciência. Que não se imponha a nenhum indivíduo uma noção dominante do sagrado. Que não recaia sobre a mulher que porventura opte pela interrupção da gestação o pesado estigma de criminosa, tão difícil de ser reparado. O Direito Penal é a *última ratio*, e certamente o monopólio da força exercido pelo Estado ganharia muito mais densidade em sua legitimidade se não fosse usado contra mães que, presas numa teia insolúvel de responsabilidade e dilemas conflitantes, optam por se submeter a um procedimento que lhes deixará seqüelas psicológicas indeléveis, mas que julgam indispensável.

Descriminalizar o aborto seria um passo a mais no processo de trazer o Direito Penal Brasileiro, escrito na primeira metade do século XX, adentrar definitivamente no século XXI.

[1] MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. IV, p.183.

[2] BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, p.160.

[3] MORAES, Walter. In *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, vol. 99, ano 20, março-abril 1986, PP.19-30.

[4] Na técnica de fertilização *in vitro*, nem sempre os embriões inseridos no útero da mulher conseguem se desenvolver e gerar uma criança, obedecendo a uma taxa de sucesso que varia conforme a idade da mulher. Para efeitos de argumentação hipotética, no entanto, vamos admitir que todas as fertilizações teriam sucesso, se levadas a termo.

[5] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, p. 115-116