



ASPECTOS CRIMINAIS DO ABORTO

Cláudia Aparecida Salge¹

EMENTA:

A interrupção voluntária da gravidez tem provocado, desde as mais antigas civilizações, acirradas disputas jurídicas acerca do seu tratamento pelo Direito Penal. A evolução da sociedade, da ciência médica e dos conceitos jurídicos justificam as modificações das posturas legais relacionadas ao aborto. Atualmente, discute-se a possibilidade de sua descriminalização, em especial, nos casos em que são detectadas anomalias genéticas no conceito. Entretanto, a *abolitio criminis* com relação ao delito de aborto esbarra no campo da ética médica e religiosa, bem como em vedações inseridas em sede constitucional, exigindo estudos mais profundos, para que a solução se coadune com os mais lúdicos princípios de justiça.

SUMÁRIO:

1. histórico – 2. O aborto como crime – 2.1. Conceito – 2.2. Bem jurídico – 2.3. Início da vida humana – 2.4. Consumação do delito – 3. Tipos penais de aborto – 3.1. O auto-aborto e o aborto consentido – 3.2. Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante – 3.3. O aborto preterintencional – 3.4. Considerações sobre a antinomia de valoração dos delitos contra a vida – 4. Modalidades permissivas do aborto – 4.1. Aborto necessário ou terapêutico – 4.2. O aborto sentimental – 5. A questão do feto com defeitos congênitos – 5.1. O feto anencéfalo – 5.2. Críticas – 6. Considerações sobre a possibilidade de descriminalização do aborto – 7. *Abstract* – 8. Referências.

1. HISTÓRICO

Desde os primórdios da evolução humana, a discussão acerca da legalidade da interrupção da gravidez vem inflamando as correntes jurídicas, provocando acirradas celeumas e envolvendo questões de ordem médica, religiosa, política e os princípios relacionados aos direitos humanos, sem esquecer, logicamente, a seara criminal.

As civilizações antigas, em sua maioria, trataram da matéria no âmbito legal, sofrendo variações, somente, com relação à reprimenda aplicada aos infratores e à sua motivação histórica. O rigorismo da abordagem conferida ao aborto foi graduado em nítida interdependência com as concepções sociais, culturais, econômicas e demográficas vigentes no meio social de cada época.

MARIA HELENA DINIZ esclarece que

“o aborto sempre esteve presente na história do direito, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas, embora não tenha sido incriminado por várias legislações, sendo inclusive considerado, em certo período, assunto estritamente familiar; que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com a pena capital, não faltando, ainda, eras em que foi punido brandamente”.²

1 Juíza Federal Substituta da 2ª Vara da Subseção de Uberaba. Docente da Universidade de Uberaba, no Curso de Direito, das disciplinas Teoria Geral do Direito Penal I e II, no período de Agosto/2003 a Julho/2004.

2 *In* O Estado Atual do Biodireito, Ed. Saraiva, 2001, p. 35.



Alguns povos não puniam o auto-aborto e o aborto consentido, como é o caso dos egípcios, gregos e hebreus. Essas culturas entendiam que, em tais situações, a interrupção da gravidez era necessária para afastar as dores e as complicações do parto, evitar a carga de obrigações da mãe, dirigida para os cuidados com o filho, inclusive com a amamentação, e, ainda, apresentava-se útil para impedir a multiplicação da prole. Vislumbrava-se o aborto como interesse de cunho particular, de modo a obstar a ingerência estatal neste setor.

Impende ressaltar que, consoante concepção grega, admiradora nata da beleza da mulher, o aborto era encarado como um meio de resguardar a esbelteza do corpo feminino. Aliás, os gregos e romanos consideravam que o feto era *pars viscerum matris*, porquanto mentalizavam o feto como parte integrante do organismo da mãe, a quem era concedido o poder de dispor livremente de seu corpo.

O Professor JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI menciona algumas passagens históricas que ilustram o pensamento da época:

“Ovídio informa que sua amante Corina consentiu num aborto para impedir que se produzissem rugas no seu ventre e dessa maneira manter limpa a sua pele. Afirma-se que em Mileto, uma famosa cortesã chamada Aspásia não só praticou, como escreveu um livro sobre este tema. Todavia, Hipócrates repudiou a prática do aborto, inserindo no seu famoso código de honra dos médicos que, ainda hoje, constitui um juramento simbólico e solenemente proferido pelos formandos em medicina, que ele jamais ministrará à mulher grávida substância para que ela aborte”.³

Com o advento da evolução da medicina, irromperam novas idéias que passaram a contrariar a prática abortiva. A propósito, cumpre trazer à baila o posicionamento de Hipócrates, cuja proposição se traduzia em censurar, a partir daquele marco evolutivo, na Grécia antiga, a prática do aborto, afirmando se tratar de um dos piores delitos que um médico poderia cometer:

Observa-se, outrossim, na civilização grega, a negação do aborto por parte de Aristóteles, que, paradoxalmente, no livro sétimo de sua obra “Política”, chegou a admiti-lo, somente nas seguintes hipóteses: quando o índice demográfico se apresentasse excessivo, a gravidez da mulher derivasse de ato delituoso e houvesse autorização judicial. A mesma concepção foi adotada pelo filósofo Platão. Por outro vértice, verifica-se que, em Esparta, o aborto era proibido, o que se justificava pela necessidade de que se preparasse um grande número de atletas e soldados, para garantir a segurança da comunidade.

Os romanos, por sua vez, sempre consideraram o aborto como uma imoralidade, e somente o admitiam em favor do marido face à esposa, embora não o tenham elevado à categoria de delito no período compreendido entre a República e o Antigo Império.

Em Roma, a prática abortiva apenas passou a ser incriminada a partir do momento em que os preparos de venenos sofreram cominações de penas. Na época, os venenos eram utilizados em poções afrodisíacas, as quais eram indicadas para interrupção da gravidez (*pocula abortionis*). A punição surgiu em face das leis de Cornélio, que aplicavam aos infratores a pena de trabalhos forçados nas minas, o confisco de bens ou deportação, e pena capital, esta última se da conduta decorresse a morte da gestante.⁴

3 In Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005, p. 108.

4 MARIA HELENA DINIZ, in ob. cit., p. 36.

A matéria não foi tratada pela Lei das XII Tábuas e tampouco pelas leis republicanas. A tolerância dos romanos, no que se refere à interrupção da gravidez, limitava-se a permitir que a mulher pudesse dispor de seu próprio corpo, desde que não violasse a vontade do marido. É que, no tempo de Septímio Severo, o aborto foi considerado como uma lesão ao direito do marido à prole, castigado com uma pena extraordinária, mediante a invocação de uma lei contra o *veneficium*.

Na realidade, na Roma antiga, em razão da preponderância de normas protetivas da saúde e da integridade física da mulher, o aborto não chegava a se destacar como delito, por afetar mais diretamente os interesses individuais do que os coletivos. A concepção romana se fundamentava na sua própria organização social e econômica, bem como nas diretrizes de seu direito penal.

As modificações ligadas ao tratamento conferido ao aborto medraram com a disseminação do Cristianismo, que reagiu de forma enérgica à sua prática, em contraposição à conduta adotada pelos povos pagãos. A visão cristã elevou o feto à categoria de criatura divina, que merecia a proteção da Igreja e do Estado. Estabeleceu-se, então, punição severa para a prática do aborto, o que ocorreu no fim da Idade Média. As legislações denominadas *Fuero Juzgo* e *Sete Partidas*, originárias da Espanha, cominavam sanções em conformidade com o período de gestação, o que elevava ou diminuía a reprimenda penal.

No período cristão, os Imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram as normas que regulamentavam o tema, e dispensaram ao aborto tratamento semelhante ao dedicado ao homicídio.

Santo Agostinho, na Idade Média, baseando-se nas teses defendidas por Aristóteles, considerou o aborto como crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que, segundo ele, ocorria a partir de quarenta e oito dias depois da fecundação. Contudo, para São Basílio, o aborto deveria ser condenado independentemente do período de gestação em que fosse praticado.

A partir da aceitação do aspecto cristão, a Igreja passou a influenciar, de maneira crucial, as legislações penais que tratavam do aborto, cujos influxos se eternizaram alcançando os dias hodiernos.

O aborto foi considerado como crime, pela primeira vez, na *Constitutio Bamberguensis*, de 1507, e na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, legislações estas que distinguiam os denominados “fetos animados e inanimados”, cominando para a prática abortiva, no primeiro caso, a pena capital, igualando-o ao homicídio, e, com relação ao segundo, o castigo seria aplicado consoante o arbítrio dos peritos especializados na área do direito.

Na França, na Idade Média, o aborto era punido como crime gravíssimo, ao qual incidia a pena de morte, sem a distinção de se tratar de feto animado ou inanimado.

A idéia francesa foi seguida de perto pela Ordenação Criminal de Toscana, de 1786, e pelo Código Penal Josefino, de 1787, que consideraram o aborto como delito equiparado ao homicídio.

A pena capital cominada ao crime foi afastada no Século XVIII, sendo substituída pela pena privativa de liberdade ou pela de multa. Nesse período, alguns estudiosos, como

Feuerbach, passaram a combater a idéia de que o feto possuía os mesmos direitos do homem, refutando a equiparação do aborto com o homicídio, e buscavam estabelecer a pena para o primeiro delito com fundamento na ordem demográfica, o que minimizava a sanção *in abstracto*.

No Brasil, o Código Penal do Império (1830) não penalizava a figura do aborto provocado pela própria gestante, sujeitando, apenas, o terceiro que agia, com ou sem o consentimento da mulher, às sanções penais. Com o advento do Código Penal de 1890, na República, a gestante passou a ser também sujeito ativo do delito de aborto, e em 1940, o crime em análise veio a figurar nos tipos penais previstos nos arts. 124 (provocado pela gestante), 125 (provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto consentido).

As discussões contemporâneas acerca do tema se dividem em duas orientações contrapostas: a que propõe a derrogação ou ab-rogação do crime de aborto; e a que pretende manter a sua natureza delituosa, mediante a cominação de sanção mais ou menos severa, denotando uma flagrante tendência de atenuar a punição da prática do delito pela própria mãe ou com o seu consentimento, com a agraviação no que se refere aos terceiros (como autores ou partícipes).

A Professora MARIA HELENA DINIZ ilustra o atual pensamento jurídico, ao citar o exemplo do continente europeu, no Reino Unido, que, antes da lei de 1967, demonstrava liberalidade em relação ao aborto e sancionava a prática delitiva nos termos do art. 58 do *Offenses against the Person Act* de 1861, através da imposição de trabalho perpétuo, o que, por sua vez, foi transformado em prisão perpétua, pelo art. 1º do *Criminal Justice Act*, de 1948.⁵

O primeiro avanço no sentido da legalização do aborto se deu na URSS, em 1920, por razões de ordem demográfica e em atenção aos movimentos feministas, que invocavam o direito da mulher em dispor de seu próprio corpo.

Atualmente, nos Estados Unidos, alguns de seus estados permitem a prática abortiva (*Justified Abortional Act*). Por sua vez, no Canadá, o aborto é livre, o mesmo tendo ocorrido na Alemanha, a partir de 1974. Os ingleses permitem o aborto até 28 (vinte e oito) semanas de gestação, prescindindo da anuência médica. Na China, também como meio de controle demográfico, o aborto é admitido até os três primeiros meses de gravidez. A partir de 1958, o Japão vem permitindo a prática do aborto, desde que a intervenção ocorra até a 22ª semana de gestação; enquanto que, na Polinésia Francesa, o aborto somente é admitido nos casos de contaminação pelo vírus HIV. Os franceses, desde 1979, liberaram o aborto nas primeiras 12 semanas de gravidez e, a partir desse estágio, admitem-no se a continuidade da gestação ensejar risco para a saúde da gestante ou se o feto apresentar anomalias. Na Itália, a partir de 1978, o aborto apenas pode ser realizado se houver perigo para a vida da gestante ou má-formação do feto, posicionamento este que foi seguido pela legislação da Espanha, que, desde 1985, também o admite, inclusive na hipótese em que a gravidez derivar de estupro. A Hungria liberou a prática do aborto, para coibir problemas habitacionais, e, em Porto Rico, o aborto é livre até a 10ª semana de gestação. Argentina e México deram ao aborto tratamento correlato ao conferido pela legislação brasileira. A Venezuela e o Chile excepcionam a prática do aborto para salvar a vida da gestante. Por fim, no Haiti e na República Dominicana, o aborto é ilegal.⁶

⁵ *In ob. cit.*, p. 37.

⁶ Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 99.

2. O ABORTO COMO CRIME

2.1 Conceito

PIERANGELI propõe que “a palavra aborto procede do latim, *abortus*, de *abortus*, que significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo”⁷, anotando que é possível tanto a utilização da nomenclatura aborto, quanto abortamento, esclarecendo, contudo, que esta última se constitui na denominação mais correta, por entender que o vernáculo *aborto* expressa o produto da concepção.

Alguns autores identificam o aborto com o denominado “feticídio”, conforme se infere dos apontamentos eruditos de CARRARA: “*feticídio é a morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo feto*”⁸. Tal acepção reproduz que a definição do delito abrange a interrupção do processo de gravidez apenas no instante em que o fruto da concepção venha a atingir o período fetal, ou seja, no período embrionário, não se configuraria o crime.

Esse raciocínio não é compartilhado por Magalhães Noronha, Aníbal Bruno e Nelson Hungria, que, dentre outros, entendem que o aborto se caracteriza pela interrupção da gestação, seguida ou não da expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, o que amplia, conseqüentemente, o estágio de gestação, que passa a iniciar-se no momento da fecundação e se prolonga até o início do trabalho de parto.

Na concepção perfilhada pela lei penal brasileira em vigor, a figura típica do aborto revela o ato de interromper a gravidez, com a conseqüente supressão da vida intra-uterina, independentemente do estágio de gestação. Verifica-se, por outro vértice, que a adequação típica do delito de aborto prescinde da efetiva expulsão do feto, uma vez que a ciência comprovou a possibilidade de absorção do embrião pelo corpo da gestante, mediante o processo denominado autólise. É possível, também, que o embrião sofra um processo de mumificação ou maceração, o que o mantém no útero por um certo tempo, porém, inanimado.

Entretanto, o legislador brasileiro optou por tratar, como delito, a interrupção voluntária da gravidez (dolosa), deixando de fora do âmbito criminal a modalidade culposa do aborto.

A valoração negativa do aborto, pelo ordenamento jurídico nacional, é graduada pela existência ou não do consentimento da gestante, eis que a sua recusa eleva a reprovabilidade do ato criminoso do terceiro, por força da proteção à sua integridade física e psíquica.

2.2 Bem jurídico

Atualmente, a norma penal que trata do delito de auto-aborto tem como função primordial a proteção da vida do feto, ao passo que, nos tipos penais que prevêm condutas praticadas por terceiro, além da preservação da vida intra-uterina, a lei visa salvaguardar o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante e, por esta razão, tais figuras típicas possuem maior grau de violação e, conseqüentemente, são-lhes cominadas reprimendas mais rígidas.

⁷ *In ob. cit.*, p. 109.

⁸ Apud Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 31.

O tratamento penal se harmoniza com as regras insculpidas no Direito Civil e na Constituição Federal, que reconhecem ao nascituro os direitos que lhe são inerentes desde a concepção, admitindo que o feto é detentor do direito à vida, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade antes de seu nascimento (art. 609, parágrafo único), à indenização por dano moral no caso de ofensa à sua integridade física ou mental (art. 949), dentre outros, os quais podem ser defendidos pela mãe ou por intermédio de curador.

2.3 Início da vida humana

Registre-se que a adequação típica do aborto resvala no polêmico tema acerca do início da vida humana, o que vem sendo objeto de ingerências da área médica e religiosa.

Irrompem, neste cenário, facções doutrinárias tergiversando sobre tal celeuma, no qual desponta uma corrente majoritária e predominante no sentido de que a vida humana se inicia com a fecundação, ou seja, com a junção do espermatozóide e do óvulo, provocando o mecanismo de multiplicação celular:

Em contrapartida, surge outra corrente preconizando que a vida se inicia com a denominada “nidação”, ou seja, com a instalação do embrião no útero materno. Todavia, este posicionamento já se encontra superado na esfera penal, considerando-se que, em obediência ao princípio da legalidade, o tipo incriminador não especifica o estágio da gestação para a configuração do aborto, bastando a constatação da gravidez, que se constitui em um pressuposto do delito.

MARIA HELENA DINIZ ilustra, com mestria, a matéria, animada em decisões judiciais. Senão, vejamos:

“Gravidez, período que abrange a fecundação do óvulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua existência devidamente comprovada pelos meios legais admissíveis (JTACrimSP, 69:207; RT, 505:32, 556:339 e 623:287; RJTJSP, 97:438, 75:285 e 18:326), sendo que meros indícios não terão o condão de suprir a falta de prova (RT, 518:349), nem mesmo a confissão da gestante (RT, 496:326 e 569:330)”.⁹

É importante ressaltar que a gravidez a que se refere o tipo penal é a que se desenvolve no útero, não se configurando a infração quando se tratar de gravidez ectópica ou extra-uterina (tubárica, ovárica, peritonal e molar), as primeiras porque não chegam a produzir uma nova vida, e a última, que nem mesmo pode ser considerada gestação, pois se constitui em um produto degenerado, que, normalmente, leva à expulsão espontânea ou à absorção pelo próprio organismo feminino.¹⁰

NELSON HUNGRIA, citado por PIERANGELI, já defendia que

“o feto expulso (para que se caracterize o aborto), deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária

⁹ Idem, p. 38.
¹⁰ RT 397/101.

a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”.¹¹

Quanto à comprovação da materialidade do delito, FERNANDO CAPEZ ensina que, por se tratar de delito material, que deixa vestígios, a prova *“virá pelo exame de corpo de delito (direto, realizado à vista do material retirado do útero, à vista do próprio corpo da mulher), supável, na impossibilidade, pela prova testemunhal ou documental (exame de corpo de delito indireto), mas não só pela palavra da gestante”¹²*. O que se pretende é buscar a efetiva constatação de que o *concepto*, no momento da perpetração da prática abortiva, se encontrava vivo, no interior do útero materno, sob pena de se enquadrar a conduta na modalidade de crime impossível.

Questão de relevo é a situação atual dos embriões mantidos em laboratórios, o que ocorre freqüentemente na sociedade moderna, no intuito de preservar a prole de casais que sofrem com o problema da infertilidade.

A eliminação dos embriões congelados, fora do útero materno, não pode ser considerada prática de aborto, por absoluta incompatibilidade com a descrição legal do crime, levando à atipicidade da conduta, o que se deve reconhecer pela vedação do uso de analogia para estabelecer norma penal incriminadora. Sob o mesmo aspecto, não há que se falar em homicídio, pois o embrião não pode ser considerado como “pessoa humana”, para fins penais.

CAPEZ, ao discurrir sobre o assunto, também não admite a ocorrência dos crimes de dano e de furto, pois não considera o embrião como “coisa”, circunstância elementar dos delitos citados.¹³

Resta, portanto, uma lacuna legislativa, que merece ser preenchida com urgência, dadas as inúmeras complicações na seara penal advindas com a evolução da medicina genética.

2.4 Consumação do delito

Para a exata adequação típica do aborto, é imprescindível a ocorrência da morte do produto da concepção no ventre materno, mediante o emprego de técnicas abortivas idôneas para a produção do efeito pretendido (RT, 413:112).

As técnicas utilizadas se dividem em diretas e indiretas. As técnicas diretas mais freqüentes são: a aspiração ou sucção uterina, a dilatação do colo uterino (uso de laminárias, balões, esponjas ou dilatadores metálicos), o embriotoma (ato de cortar e arrancar o feto do útero), a histerotomia ou microcesária, a microcureta (colocação de DIU na cavidade uterina, provocando o descolamento do embrião), a curetagem (raspagem e retirada do material intra-uterino), a punção da membrana do ovo (emprego de objetos longos e pontiagudos como pinças, agulhas de tricô), deslocamento da membrana do ovo (por meio de sondas, injeções intra-uterinas), processos químicos (medicamentos contendo substâncias inorgânicas, tais como sais de chumbo, prata, mercúrio), processos orgânicos (substâncias de origem vegetal, tais como o ópio, estriquinina, quinino, beladona), remédios que induzem à prática abortiva (como o cytotec, que é usado no tratamento estomacal), uso de prostaglandina, e o envenenamento por sal.

¹¹ *In ob. cit.*, p. 112.

¹² *In* Curso de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2003, v. II, p. 110/111.

¹³ *Idem*, p. 109.

Dentre os métodos abortivos diretos, o que mais causa estarrecimento, segundo a narrativa da Professora MARIA HELENA DINIZ, é o do envenenamento por sal. Vale a pena conferir:

*“... método abortivo empregado após 16 semanas de gestação, consistente na introdução de uma agulha com solução salina no abdome da gestante, penetrando o saco amniótico e envenenando o feto, depois de uma agonia de 1 a 3 horas, designada ‘hipernatremia aguda’, que causa vasodilatação generalizada, edemas, congestão, hemorragia, choque e óbito, sendo que, às vezes, o efeito corrosivo do concentrado de sal queima tanto que parte a pele do nascituro e expõe a camada subcutânea, deixando sua cabeça tão vermelha que os médicos passaram a chamá-lo ‘maçã do amor’”.*¹⁴

No que concerne aos métodos indiretos, há que se verificar a sua idoneidade, já que apenas os meios hábeis a provocar o resultado perseguido pelo agente, qual seja, a morte do produto da concepção, podem se inserir nesta categoria. Assim, temos a possibilidade da prática abortiva mediante a utilização de técnicas térmicas (escalda-pés, pedilúvios, compressas de gelo ou água quente no ventre), elétricas (choques, através de máquina estática), agentes mecânicos (quedas provocadas, massagens ou fortes pancadas no abdômen), ou agentes psíquicos (sustos, choque moral).

CAPEZ esclarece que o uso de métodos inidôneos para o aborto configura o denominado crime impossível, por absoluta inadequação do meio, como ocorre, segundo ele, quando a gestante venha a ingerir medicamentos que não possuem qualquer potencialidade lesiva ao feto, ou, ainda, pela realização de rezas e a adoção de práticas supersticiosas.¹⁵

É importante ressaltar que a consumação do delito se perfaz no momento em que o *concepto* vem a óbito, seja no interior do útero materno, seja logo após a sua expulsão (RJTSP, 28:368; RT, 590:361), devendo ser detectado o nexo de causalidade entre a conduta do agente infrator e o resultado naturalístico.

Não integra o tipo penal do aborto a viabilidade do feto (RJTSP, 35:237), já que a lei penal não confere o direito à vida somente ao *concepto* em perfeitas condições genéticas, mas a todos, sem distinção. Dessa forma, o aborto restará configurado ainda que o produto da fecundação seja portador de má-formação grave e incurável, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo como legítima a política eugenista, com vistas a apurar a genética humana.

Deve-se considerar, bem assim, que, se o feto, por circunstâncias alheias à vontade do infrator, for expelido vivo e continuar a viver, vindo a falecer por outros motivos, ter-se-á o delito de aborto na modalidade tentada.

3. TIPOS PENAS DE ABORTO

No direito penal pátrio são previstas como condutas criminosas: o auto-aborto, o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, o aborto sofrido (provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e o aborto preterintencional ou preterdoloso, em que o resultado final é agravado pela lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante.

¹⁴ In ob. cit., p. 39/40.

¹⁵ In ob. cit., p. 112.

3.1 O auto-aborto e o aborto consentido

Previsto no art. 124 do Código Penal brasileiro, primeira figura, o auto-aborto se caracteriza pela prática abortiva mediante provocação intencional da própria gestante, no intuito de ocasionar a morte do *concepto*, com ou sem a ajuda de terceiros, que, nesta modalidade, podem agir apenas na condição de partícipes (RT, 598:300, 599:316, e 438:328).

A adequação típica do delito do auto-aborto requer, como elementar, que a autora seja a própria gestante, possuindo, portanto, a natureza de crime de mão-própria, o que afasta a possibilidade de co-autoria, mas admite a participação de terceiro, de maneira secundária, ou seja, por instigação ou induzimento. Nessa situação, o terceiro responderá pelo delito previsto no art. 124, com aplicação do art. 29, ambos do Código Penal.

PIERANGELI alerta que existe divergência jurisprudencial acerca do tratamento penal conferido ao terceiro, que auxilia a gestante durante o aborto por ela praticado. Segundo ele,

“para uma primeira posição, pode haver o concurso quando ocorre apenas uma cooperação que não chega aos atos executórios, como emprestar uma sonda de borracha, ministrar instruções quanto ao seu uso, etc., ou seja, quando ocorre uma participação acessória. Por outras palavras, quando não há participação direta; pois, se esta ocorrer, o partícipe responderá pelo art. 126. Uma outra orientação sustenta a total impossibilidade de concurso, e qualquer que seja a cooperação, acessória ou em atos de execução, responderá o partícipe pelo art. 126”.¹⁶

A segunda figura do tipo penal se relaciona ao aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, crime conhecido como “aborto consentido”. A descrição típica identifica como executor do delito o terceiro, que efetiva as manobras abortivas, contando com a anuência da gestante.

Nessa hipótese, o preceito secundário, que se refere à pena de detenção de 01 a 03 anos, deve ser aplicado apenas à gestante, que consentiu na consumação do aborto, enquanto que o terceiro executor incidirá nas sanções previstas no art. 126 do Código Penal, cuja sanção é mais grave – reclusão de 01 a 04 anos. Aqui, temos uma exceção à teoria monista adotada pelo texto penal brasileiro (art. 29 do CP), ao estabelecer reprimendas distintas para todos os envolvidos na mesma prática delitiva.

Por se tratar de crime de ação múltipla, o art. 124 impõe à gestante que, depois de anuir com a prática abortiva por parte de terceiro, ainda venha a praticar atos executórios, auxiliando-o em seu desiderato, seja responsabilizada apenas por um único delito.

No que se refere ao aborto consentido ou consensual (art. 126), cumpre ressaltar que a validade do consentimento da gestante depende de sua plena aptidão para anuir ao ato praticado por terceiro, sob pena de ser desconsiderada a sua aquiescência, culminando na migração da tipicidade da conduta para o crime previsto no art. 125 do Código Penal.

Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a validade do consentimento de menor de 14 anos e da alienada ou débil mental, em face da presunção absoluta de sua imaturidade e incapacidade para entender as implicações de sua manifestação de vontade.

¹⁶ In ob. cit., p. 116.

Nesse aspecto, deve ser levado em conta, ainda, que a menor de 18 anos e a deficiente mental são inimputáveis perante o Direito Penal, o que afasta a criminalização de seus atos, por ausência de culpabilidade, posto que a lei as considera incapazes de entender o caráter ilícito de sua conduta. Por esse motivo, caso a gestante se encontre nessas condições, mesmo que venha a provocar o abortamento em si própria, não responderá pelo delito previsto no art. 124 do CP, mas, sim, por ato infracional, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Ora, se a gestante menor de 18 anos não é responsável penalmente, sob o mesmo fundamento, não poderia ser considerado legítimo o seu consentimento para a prática de aborto por terceiro, já que também não reúne condições para entender a ilicitude do comportamento de outrem. Incidir-se-ia aqui o brocardo: *“onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”*.

Considere-se, todavia, que, por se tratar de norma benéfica ao agente infrator, o consentimento da gestante maior de 14 anos deve ser sopesado pelo Julgador; a fim de adequar a conduta do terceiro executor ao tipo penal previsto no art. 126 do Código Penal, por força do garantismo penal.

A questão que envolve a natureza da anuência da gestante ao aborto provocado por terceiro é perfeitamente esclarecida por PIERANGELI, ao afirmar que

“o consentimento da gestante faz parte da estrutura típica, mas como a vida humana é um bem indisponível ele não exclui a tipicidade nem elimina a antijuridicidade. Todavia, se válido, conduz a uma adequação típica mais benevolente (art. 126) e não para uma forma mais grave (art. 125), isto é, o consentimento determina a classe do aborto e a sua conseqüente punição”.¹⁷

3.2 Aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante

O tipo penal previsto no art. 125 do Código Penal se constitui em um delito de maior reprovabilidade, ao qual o legislador brasileiro dispensou uma reprimenda mais grave, eis que, além de proteção à vida do *concepto*, instituiu-se, ainda, como bem jurídico protegido, a incolumidade física e psicológica da gestante.

FEDERICO PUIG PEÑA, citado por Pierangeli, argumenta que nesta figura típica *“se une o atentado contra uma mulher; e, sobretudo, contra uma mulher grávida; representa o tipo mais odioso, posto que nele se adiciona o desprezo por esse sentido natural de ver terminado o ciclo de gestação”*.¹⁸

Na realidade, o que agrava o comportamento do terceiro, nesta modalidade, é a ofensa ao sentimento materno, inerente à mulher no período de gestação, que, em condições normais, sonha em ter nos braços o filho que leva em seu ventre, a qual vê frustrada a sua expectativa por força de um ato violento, culminando com a eliminação da vida do pequeno ser.

¹⁷ In ob. cit., p. 118.

¹⁸ In ob. cit., p. 116.

A pena abstratamente cominada ao delito corresponde à reclusão de 03 a 10 anos, exigindo, como elementar do tipo, a ausência do consentimento da gestante, elemento subjetivo negativo, portanto.

É possível, para a configuração do crime em estudo, que não haja dissenso expresso da gestante, sendo suficiente que o terceiro empregue meios hábeis à consecução do aborto sem o seu conhecimento, como, por exemplo, administrar doses de substância abortiva em sua sopa.¹⁹

O Professor FERNANDO CAPEZ diferencia, ainda, o dissentimento real do presumido, explicando que o primeiro ocorre quando o sujeito emprega contra a gestante fraude, grave ameaça ou violência, enquanto que o dissentimento presumido se perfaz nas hipóteses previstas no parágrafo único, primeira parte do art. 126, ou seja, quando a gestante é menor de 14 anos, alienada ou débil mental.²⁰

3.3 O aborto preterintencional

O art. 127 do CP enumera as formas majoradas do delito de aborto, às quais o legislador reservou causas de aumento da sanção penal, por se tratar de situações em que o resultado é mais grave do que o previsto inicialmente pelo agente infrator. O aumento previsto para as formas majoradas é de 1/3 (um terço) para lesões corporais de natureza grave, e a pena será duplicada se, da conduta do agente, decorrer a morte da gestante.

As majorantes estabelecidas pelo dispositivo legal em comento correspondem ao crime preterdoloso, ou seja, na situação fática há um delito de aborto (em que está presente o dolo, como elemento subjetivo), ligado a um resultado não perseguido pelo agente – lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante –, mas a ele imputado a título de culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Nesse caso, o dolo do agente somente alcança o resultado aborto, ficando o resultado mais grave sob sua responsabilidade, contudo, apenas a título de culpa. Ressalte-se que a majorante incide na hipótese *in concreto*, elevando a reprimenda aplicada ao agente infrator; nos moldes da norma penal.

FERNANDO CAPEZ anota uma interessante questão sobre o delito de aborto, a morte da gestante e o aborto tentado, em que o resultado morte deriva de acidente, mas o feto sobrevive por circunstâncias alheias à vontade do aborteiro. A solução para o caso, segundo ele, é a seguinte:

*“deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás como acontece com o latrocínio, o qual se reputa consumado com a morte da vítima, independentemente de o roubo consumar-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível ao agente tentar produzir algo que não quis: ou o crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso”.*²¹

Ressalte-se que a hipótese aventada por CAPEZ seria solucionada de maneira mais

¹⁹ Fernando Capez, in ob. cit., p. 116.

²⁰ In ob. cit., p. 116.

²¹ In ob. cit., p. 119.

eficiente com a aplicação do art. 74 do CP, que trata do denominado *aberratio delicti* (resultado diverso do pretendido). Nesse caso, o agente infrator responderia por homicídio culposo e aborto na modalidade tentada (tentativa perfeita), nos termos do art. 125, em concurso formal (art. 70 do CP).

Outra questão de suma importância a ser analisada, no que concerne às majorantes, é que elas se aplicam somente em desfavor do terceiro que provoca a interrupção da gravidez, não incidindo sobre o comportamento da própria gestante (art. 124 e 126). Justifica-se esse tratamento diferenciado pelo fato de que o nosso sistema legal não estabelece punição para a auto-lesão e o suicídio, por questões de política criminal.

3.4 Considerações sobre a antinomia de valoração dos delitos contra a vida

Analisando o tratamento penal dispensado às condutas que atentam contra a vida humana, como é o caso do homicídio e do infanticídio, é forçoso reconhecer a existência de antinomia valorativa, referida por KARL ENGISCH²², no tocante ao preceito secundário estabelecido pelo legislador às modalidades do crime de aborto.

Nesse aspecto, o direito penal pátrio incorreu em flagrante conflito, ao cominar para os delitos de homicídio e infanticídio penas mais severas do que para o aborto, que também integra a categoria dos crimes contra a vida humana.

Assim, percebe-se que o legislador brasileiro considerou como menos valiosa a vida humana intra-uterina, o que se apresenta como uma antinomia.

MARIA HELENA DINIZ, ao discurrir sobre o tema, salienta que o aborto encerra, na prática, um comportamento mais grave, eis que, no caso concreto, a vítima é inocente e indefesa. Esclarece a ilustre professora, que

“trata-se de antinomia imprópria porque deverá ser aceita pelo aplicador ou órgão julgante, não impedindo que aja conforme as normas, mesmo que com elas não concorde, de modo que o conflito, na verdade, surge entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador. Entretanto, tal contradição deve ser um estímulo ao aplicador; para ver se ela pode ser eliminada por meio de técnica interpretativa, mas, na realidade, terá de ser suportada”.²³

Algumas ponderações e críticas devem ser apontadas acerca do assunto, especialmente pelo fato de que o legislador estabeleceu, para o delito de homicídio (art. 121 do CP), como qualificadoras, que incidem na situação fática para regular o novo limite da sanção penal, agravando-o, as seguintes hipóteses: a) quando o meio utilizado pelo agente impossibilitar a defesa da vítima (inciso IV); e, b) se, para a consecução do crime, o agente empregar veneno, fogo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (inciso III). A incidência de uma dessas qualificadoras enseja a majoração do preceito secundário, que passa a ser de 12 a 30 anos de reclusão.

Por sua vez, o preceito secundário para o crime de aborto alcança, em sua modalidade mais grave (art. 125 do CP), o limite entre 03 a 10 anos de reclusão, sendo que as causas de

²² Apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 45.

²³ In ob. cit., p. 46.

aumento de pena, previstas no art. 127, elevam a sanção em um terço no caso de resultar lesão corporal de natureza grave, ou em dobro, se, do aborto, decorrer a morte da gestante.

A incongruência do tratamento dispensado pela lei penal a delitos que visam proteger o mesmo bem jurídico se torna flagrante, no momento em que não nos resta outra alternativa, senão a de concluir que a prática abortiva, indubitavelmente, exige o emprego de meios cruéis, que provocam profundo sofrimento ao *concepto*, o qual não possui condições de oferecer resistência à eliminação de sua vida, no interior do útero materno.

Torna-se mister considerar que o produto da concepção não se trata de uma coisa ou um apêndice do corpo materno, mas, sim, de um ser humano em formação, que possui carga genética própria e, mesmo nas primeiras semanas de gestação, é capaz de sentir e de expressar os seus sentimentos, demonstrando, inclusive, sinais de ser portador de instinto de auto-preservação.

Tal circunstância pode ser extraída da impressionante narrativa de WILKE, pai da fetologia, sobre um procedimento abortivo em caso concreto, onde são detectadas as reações do feto à agressão sofrida. Senão, vejamos:

“Na 16ª semana mexe-se com tanta vivacidade que a mãe sente os seus movimentos. Na 18ª pode fazer os gestos do choro, mas, como o ar lhe falta, não produz o som. Sente dor, medo e tem apego pela vida, como ficou demonstrado em uma ecografia filmada cientificamente pelo Dr. Nathanson, realizada numa gestante no momento do aborto, perdendo a tranquilidade ao perceber o instrumento à procura da bolsa amniótica, tendo seu coração acelerado e tentando nervosamente mudar de local para escapar. Quando o instrumento o alcança, encolhe seu corpo até o limite superior do útero, e sua boca se abre em agonia, como para pedir auxílio, de modo que o instrumento vai retirando pedaços de um ser humano aterrorizado, arrancando-lhe primeiro as pernas, depois os intestinos, fazendo-o lutar violentamente com os braços até que sua cabeça caia. Esse filme é ‘O grito silencioso’, que mostra as reações de um feto, completa e absolutamente formado e identificável, de 12 semanas, tempo máximo permitido por várias legislações para a interrupção voluntária da gravidez (IVG), tentando escapar do aparelho aspirador que o sugará do útero materno, depois de muito sofrimento”.²⁴

A experiência relatada por médicos enseja discussões mais profundas sobre o tema, quais sejam: a) as técnicas abortivas se configuram em verdadeira tortura, voltadas para eliminar a vida de um ser humano totalmente incapaz de se defender; b) o delito de aborto, por suas circunstâncias, requer um tratamento penal igualitário ao conferido aos demais crimes que velam para a proteção da vida humana, como bem jurídico.

Para entender melhor a situação, basta imaginar-se uma vítima enclausurada, sem ter para onde fugir, e ao perceber o perigo, tenta escapar desesperadamente de um objeto frio e impiedoso, que arranca aos poucos os seus membros, causando-lhe intenso sofrimento. A situação é insustentável, e leva, inegavelmente, a reflexões sobre a natureza violenta do delito em estudo.

24 In O aborto, p. 27-31, apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 71/72.

4. MODALIDADES PERMISSIVAS DO ABORTO

O legislador brasileiro excepcionou, no art. 128 do CP, duas situações em que a prática abortiva não se constitui em crime, por exclusão da ilicitude do comportamento, a saber: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Não se trata, em tais hipóteses, de escusas absolutórias, pois, se assim se entendesse, conforme a dicção de MAGALHÃES NORONHA²⁵, a enfermeira que auxiliasse o médico seria punida pelo aborto, enquanto que ele, executor, ficaria isento de pena.

MARIA HELENA DINIZ não comunga do mesmo entendimento, ao pugnar apenas pela supressão da pena, persistindo a natureza criminosa do ato. Segundo os seus argumentos, a Constituição Brasileira erige, como cláusula pétrea, o direito à vida (art. 5º), e, por esse motivo, se o art. 128 do CP estipulasse que não há crime em caso de aborto necessário ou de gestação advinda de estupro, a norma nele contida estaria eivada da mácula da inconstitucionalidade, uma vez que não é possível, seja através de emenda constitucional, seja por lei ordinária, a previsão de exceção ao comando da Carta Política brasileira.²⁶

As hipóteses elencadas no dispositivo penal em estudo merecem análise individualizada, a fim de detectar a sua verdadeira natureza jurídica.

4.1 Aborto necessário ou terapêutico

O inciso I, do art. 128, constitui-se, na realidade, em uma situação de estado de necessidade, em que disputam dois bens jurídicos distintos: de um lado, a vida do produto da gestação; de outro, a vida da gestante. Na hipótese, o aborto deve se constituir no único meio para salvar a vida da gestante, não se exigindo, contudo, que esse perigo seja atual.

Na valoração do legislador, predomina o direito à vida da gestante, apresentando-se como razoável a destruição do *concepto*, desde que o perigo advindo com o estado gestacional seja devidamente constatado por médico. Aliás, o médico somente poderá interromper a gravidez após o parecer de dois outros colegas, sendo imprescindível, ainda, a lavratura de uma ata em três vias, uma das quais será enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto for realizado²⁷.

Para o reconhecimento da excludente da ilicitude, não é necessário que se obtenha o consentimento da gestante ou de seu representante legal, mesmo porque ela pode estar em estado de inconsciência, e os familiares, influenciados pelo caos emocional, podem não se encontrar em estado anímico consciente para tomar uma decisão desse jaez.

Consoante as lições fecundas de CAPEZ, embora o sujeito ativo do tipo permissivo seja o médico, a excludente da ilicitude alcança também a enfermeira e a parteira, por força da incidência do art. 24 do Código penal (estado de necessidade). Ressalta, contudo, o ilustre professor, que, em relação ao aborto praticado por enfermeira ou parteira, é imperioso que seja constatado que o prosseguimento da gravidez acarretará perigo atual e inamovível, não

²⁵ Apud Fernando Capez, in ob. cit., p. 120.

²⁶ In ob. cit., p. 56.

²⁷ In ob. cit., p. 120.

se admitindo o perigo iminente, eis que o art. 128, I, tem como destinatário exclusivo o médico, responsável pelo diagnóstico de prejuízo futuro à gestante.²⁸

Considerando-se que o aludido dispositivo legal foi elaborado em 1940, época da entrada em vigor do Código Penal brasileiro, algumas críticas são levantadas com relação a essa norma permissiva, especialmente no que se refere ao avanço das técnicas da medicina.

CÉZARROBERTO BITENCOURT esclarece que as normas penais em estudo foram preparadas segundo a cultura, os costumes e os hábitos dominantes na década de 30. Salienta, ainda, que, passados mais de sessenta anos, não foi apenas o meio social que mudou, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram uma verdadeira revolução na ciência médica.²⁹

Consoante os críticos, existem outros meios para tentar salvar a vida da gestante, mediante a utilização de recursos clínicos e cirúrgicos, demonstrando a prescindibilidade da interrupção da gravidez.

Dentre os diagnósticos clínicos que atualmente não se agravam com a gravidez, MARIA HELENA DINIZ aponta a cardiopatia grave, situação em que, segundo Zerbini, a cirurgia cardiovascular poderia contribuir para salvar a mãe e o filho. Salienta o saudoso médico que, nesse caso ou de edema pulmonar, não se deve exigir o sacrifício do feto. Nem mesmo o carcinoma de mama e do colo do útero, doenças consideradas gravíssimas, constituem-se em motivo suficiente para a interrupção da gravidez, pois Jérôme K. Urban, um dos maiores cancerologistas do mundo, opinou no sentido de que o tratamento da gestante deve ser realizado por meio de técnicas adequadas e adaptadas, como, por exemplo, a radioterapia, já que esse método não causa danos ao feto. Por outro lado, se a gestante apresentar mioma uterino volumoso ou carcinoma do útero, deverá submeter-se a uma histerectomia radical, que provoca inevitavelmente a morte do feto, mas, por ato indireto.³⁰

Sob qualquer fundamento, atualmente o inciso I do art. 128 encontra-se em dissonância com a realidade médica, o que afasta, na maioria dos casos, a justificativa para a interrupção da gravidez, que deve ser evitada sempre que desnecessária.

Outros argumentos utilizados pelos críticos da norma permissiva são no sentido de que nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal³¹, uma vez que os diagnósticos médicos não passam de conjecturas; a prática abortiva poderá acarretar maior dano para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e, ainda, de que o mal causado não é inferior ao suposto mal evitado.

A ponderação que se deve fazer é a seguinte: se a vida é objeto de direito individual indistintamente protegido em sede constitucional, existe uma gradação de valor em que prepondera o direito à vida da mãe em detrimento da vida do *concepto*? E, se positiva a resposta, a quem é dado o poder de decisão sobre qual delas deve prevalecer?

Conclui a professora MARIA HELENA DINIZ que

“não há, entendemos, que se falar, na atualidade, dessa modalidade de aborto, por ser impertinente e ultrapassada, ante os progressos da medicina. Tal justificativa

28 *In ob. cit.*, p. 121.

29 *In Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2003, v. II, p. 157.

30 *In ob. cit.* p. 58.

31 Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 59.

*abortiva não passa, na verdade, de mero pretexto para encobrir o verdadeiro objetivo da interrupção da gestação, salvo em localidade onde os recursos médicos sejam precários”.*³²

4.2 O aborto sentimental

O art. 128 do CP dispõe, ainda, em seu inciso II, que é permitida a interrupção da gravidez derivada de crime de estupro. Justifica-se essa permissão legal no sentimento humanitário em favor da mulher, vítima de estupro, que se encontra em uma situação *sui generis*: leva, dentro de si, o produto de um coito vaginal violento, o que pode lhe ocasionar maiores danos psicológicos.

Em que pese à ausência de previsão expressa na lei penal, deve-se aplicar o mesmo dispositivo para a hipótese de gravidez derivada de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (atentado violento ao pudor), entendimento este que é esposado pela doutrina e pela jurisprudência, ante a incidência da analogia *in bonam partem* (norma penal não incriminadora).

Essa norma permissiva, ao contrário das disposições do inciso I, requer o consentimento da gestante ou de seu representante legal, não se exigindo, contudo, a autorização judicial, processo judicial ou condenação contra o autor do delito de estupro. Para a configuração da permissão legal, há que se verificar a prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, laudo pericial, testemunhos), o que se dispensa, todavia, em se tratando de vítima menor de 14 anos, cuja violência se presume, sendo suficiente a comprovação documental acerca de sua idade.

DAMÁSIO E. de JESUS entende que somente o médico poderá interromper a gravidez nesta hipótese, não se beneficiando a enfermeira da permissiva legal³³, enquanto que CÉZAR ROBERTO BITENCOURT sustenta que, embora a conduta da enfermeira não esteja abrangida pela norma, pode estar presente, na espécie, uma causa excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, admitindo que não há como se exigir da enfermeira outra conduta que não a realização do aborto³⁴.

Contra a permissão legal da interrupção de gravidez derivada de crime sexual levantam-se diversas vozes, como a de MARIA HELENA DINIZ, que indaga:

“o nascituro, um pequenino ser humano inocente e indefeso, não é nem poderia ser um agressor: O que ele tem que ver com o fato de ter sido concebido por um ato de violência de seu pai? Poder-se-ia admitir que o ódio pelo estuprador se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício? Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido pela vítima? Não seria isso uma afronta aos arts. 1º, II e II, 4º, II, 5º, XXXIX, e 6º da Constituição? Não haveria necessidade de absolver da ‘pena de morte’ o ‘réu’ sem culpa pelo crime cometido pelo pai? Se, pelo art. 5º, XLVII, a, do Texto Constitucional, não há pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, se no inciso XLV do mesmo artigo está consagrado o princípio da personalização da pena, insito no brocardo latino nemo puniatur pro alieno delicto

³² *In ob. cit.* p. 61.

³³ *In Direito Penal*, p. 128.

³⁴ *In ob. cit.*, p. 172.

(ninguém pode ser punido por delito alheio), e se a pena é pessoal, não podendo passar da pessoa do delinqüente, como poderia cumpri-la quem não perpetrou delito algum.”³⁵

Realmente, deve-se convir que, embora os defensores do aborto ético ou sentimental adotem o fundamento de que a norma visa à preservação do sentimento materno, constantemente agredido pela recordação da violência sofrida através da presença do produto do crime, a interrupção da gravidez, sem dúvida nenhuma, constitui-se em um decreto de morte a um ser que não participou da execução do delito, o que fere, de maneira inconteste, o princípio da intrascendentalidade da pena.

Ademais, é importante observar que os bens jurídicos colocados em confronto na espécie possuem naturezas diferentes, quais sejam: a honra e a liberdade sexual da mulher e a vida do *concepto*. Colocá-los no mesmo patamar de valores que merecem a proteção penal, optando o legislador pela prevalência do bem jurídico “liberdade sexual”, transmuda o equilíbrio da Justiça, além de infringir as normas constitucionais que instituem os direitos fundamentais, que elegem, como mais importante, dentre eles, o direito à vida.

FREDERICO MARQUES e ANÍBAL BRUNO, citados por Maria Helena Diniz, entendem que a vida do feto se constitui em bem de valor superior ao livre-arbítrio de sua mãe, e, por esse motivo, atribuem ao Estado o cuidado com essa criança, depois de seu nascimento, caso seja rejeitada pela parturiente.³⁶

As normas permissivas instituídas pelo art. 128 do CP, consoante as conclusões de MARIA HELENA DINIZ, constituem-se em uma antinomia de segundo grau, existindo

“um conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, pois, havendo norma superior geral (CF, arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, caput, XXXIX, XLVII, a, e XLV, e 6º) e outra inferior especial (CP, art. 128, I e II), não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo-se o critério hierárquico ao da especialidade, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, prevalência, mesmo porque o da especialidade é a segunda parte do princípio constitucional da isonomia de que se deve tratar desigualmente os desiguais. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio de justiça: suum cuique tribuere, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar a antinomia, fazendo prevalecer os comandos contidos no art. 128, I e II, do Código Penal”³⁷.

5. A QUESTÃO DO FETO COM DEFEITOS CONGÊNTOS

Em determinados casos, a má-formação do feto provoca discussões polêmicas, dividindo as opiniões dos doutrinadores e do próprio Poder Judiciário, que se vê freqüentemente obrigado a decidir sobre a vida do produto da concepção.

O denominado aborto eugênico é visto, por seus adeptos, como um meio de poupar

³⁵ *In ob. cit.*, p. 63.

³⁶ *In ob. cit.*, p. 64.

³⁷ *In ob. cit.*, p. 67.

o feto portador de defeitos genéticos de uma vida indigna, e para evitar o desmesurado sacrifício dos pais, em face da dificuldade da manutenção de filhos “anormais”, que demandam maiores cuidados e dispendiosos recursos financeiros.

CAPEZ ensina que o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso “*é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável*”³⁸.

As anormalidades do *concepto* são passíveis de serem detectadas, ainda no mais tênue estágio de gestação, mediante a utilização das novas técnicas médicas, como a biologia molecular, a amniocentese, ultra-sonografia, amostras de vilo corial, fetoscopia, análise do sangue fetal coletado, embrioscopia, cordocentese, ecografia, dosagem de alfa-fetoproteínas³⁹, dentre outros métodos. Hoje, existem exames médicos que possibilitam, inclusive, antever problemas genéticos hereditários na prole, antes mesmo que o casal venha a conceber.

O cerne da questão gira em torno da possibilidade de que o Estado-Juiz venha a decidir sobre o prosseguimento ou não da gravidez, quando, no caso *sub judice*, se constata que o feto é portador de defeitos genéticos.

5.1 O feto anencéfalo

A legislação penal brasileira não contempla a possibilidade de interrupção da gestação, nos casos em que se verifica que o feto é portador de deformidade ou enfermidade incurável.

A ausência de permissão legal, contudo, não é empecilho para que o Judiciário, constantemente provocado pelos interessados, venha a se manifestar favoravelmente pela prática abortiva, sob o fundamento da excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. A dirimente do delito é invocada em favor da gestante, ao se considerar o dano psicológico por ela sofrido em razão do nascimento de um filho geneticamente defeituoso, bem como para amparar o médico, que não pode ser obrigado a prolongar o sofrimento materno⁴⁰.

Por diversas vezes, os juízes e tribunais brasileiros se viram frente a frente com a questão relacionada ao aborto de fetos anencéfalos, e o que se verifica na prática é que os posicionamentos jurídicos divergem entre si. MARIA HELENA DINIZ anota que, em 19/12/1992, o juiz Dr. Miguel Kfouri Neto, de Londrina, autorizou o abortamento de um anencéfalo, numa gestação de 20 semanas. Em 04/11/93, em São Paulo, outra decisão favorável à interrupção da gravidez de feto portador de acrania e encefalocele foi proferida pelo juiz Dr. Geraldo Pinheiro Franco. No mesmo ano, em Guarulhos, o juiz Dr. José Fernando Seifarth de Freitas admitiu a interrupção de uma gestação de 20 semanas comprometida por anencefalia. Em janeiro de 1997, no Rio de Janeiro, o mesmo entendimento foi esposado pelo juiz Dr. Marcus Henrique Pinto Basílio, por constatar que o feto não possuía a calota craniana e hemisférios cerebrais. Em todos estes julgamentos, buscou-se a justificativa basicamente no aspecto moral, ancorada em laudos médicos, os quais sustentam a impossibilidade da vida extra-uterina. A fundamentação da autorização se encontra no fato de que cientificamente não há, nem haverá vida em fetos anencefálicos.⁴¹

38 *In ob. cit.*, p. 123.

39 Maria Helena Diniz, *in ob. cit.*, p. 46.

40 Fernando Capez, *in ob. cit.*, p. 123.

41 *In ob. cit.*, p. 53.

O Supremo Tribunal Federal, ao deparar com o *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, não teve oportunidade de apreciar o mérito do *writ*, haja vista que, na assentada do julgamento, em 04/03/2004, confirmou-se a notícia do parto e de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos. O histórico da questão *sub judice* nos relata que a gestante obteve liminar junto ao TJRJ, concedida pela relatora desembargadora Gisela Leitão Teixeira, a qual entendeu que “a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero”.

Essa decisão, contudo, foi afastada pelo presidente da Câmara Criminal, desembargador José Murta Ribeiro, e restabelecida pelo Colegiado. Ajuizado *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, foi concedida a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado, por sua vez, acompanhou a relatora, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO. (...) Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um esgotamento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal (...) 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto” (grifo nosso).

Esse caso demonstrou que as frequentes divergências dos julgadores, na espécie, e a demora na tramitação dos feitos tornam impossível a prestação jurisdicional tempestiva, já que a gestação perdura apenas por nove meses.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, apreciando o *meritum causae* na ADPF 54 MC/DF – Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por força da liminar concedida pelo Relator Ministro Marco Aurélio, publicada no DJ de 02/08/2004, p. 00064, em que restou decidida a possibilidade da interrupção da gravidez nas hipóteses de constatação de anencefalia. Vale transcrever o seguinte trecho da decisão:

“... O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim

*agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente (...) No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão: **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – REQUERIMENTO – IMPROPRIEDADE (...)** Constatase, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tranição do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise (...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior; do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona o desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie” (grifamos).*

Na Revista Consultor Jurídico⁴², noticiou-se que a Justiça de Minas Gerais, por força da decisão proferida pelo Juiz Wanderley Salado de Paiva, da 30ª Vara Cível de Belo Horizonte, autorizou a interrupção da gravidez, com sete meses de gestação, de um feto

⁴² Publicada em 04/06/2005, site conjur.estadao.com.br.

anencéfalo. O MM. Juiz prolator da decisão entendeu que o abortamento, nessa hipótese, era necessário para evitar sérios riscos à saúde e à vida da gestante, além de basear a sua decisão na impossibilidade de sobrevivência do feto com tal anomalia, fato este comprovado cientificamente, em mais de 50% dos casos.

Conclui-se, portanto, que a tendência da jurisprudência atual é no sentido de permitir o aborto de fetos portadores de graves anomalias que, segundo os pareceres médicos, tornariam impossível a sobrevivência.

5.2 Críticas

O posicionamento moderno adotado pelos Tribunais e Juízos Monocráticos brasileiros é alvo de algumas críticas relevantes, que devem ser discutidas, a fim de que as decisões proferidas não se constituam em verdadeiros alvarás para a prática do crime de aborto.

A professora MARIA HELENA DINIZ apresenta um argumento sólido sobre a discussão, ao defender *“a inconsistência jurídica do pedido de autorização judicial para o aborto eugênico, pois nenhum juiz está autorizado a permitir a prática de um delito, cabendo-lhe indeferir in limine o pedido, devido a sua impossibilidade jurídica, por falta de amparo legal”*⁴³. Esse entendimento se escora no raciocínio de que a lei penal apenas autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 128, não se encontrando acobertado pela permissiva o abortamento de feto com anomalias.

Sustenta, ainda, a renomada professora, que tais precedentes poderiam abrir espaço para que os magistrados se pronunciem em casos similares ou para permitirem o aborto por outros motivos que acreditam suscetíveis de sustentar a legitimidade da interrupção seletiva da gravidez. Ressalta que não há como estabelecer limites gestacionais a esse aborto seletivo, e que os avanços na área da medicina permitem, a curto prazo, que patologias atualmente consideradas como incuráveis possam ser reparadas, o que afastaria o fundamento utilizado para a permissão judicial.⁴⁴

Fortalece as suas idéias nas opiniões de Genival Veloso de França (*in Direito Médico*) e Pedro Paulo Monteleone (*in Justiça poderá vetar doação de órgãos de criança anencefálica*, Folha de São Paulo, de 13/02/98), ao indagar:

*“Para que interromper gravidez de anencéfalo ou de qualquer feto portador de moléstia grave e incurável? Ninguém é tão desprezível, inútil ou insignificante que mereça ter sua morte decretada, por meio de interrupção da gestação, uma vez que a natureza é sábia e se encarregará de seu destino se não tiver condições de vida autônoma extra-uterina. Se nascer, surgirá outra questão: a possibilidade de os pais doarem seus órgãos e tecidos para transplantes em crianças. Inadmissível juridicamente será, como veremos mais adiante, qualquer transplante de órgãos vitais de anencéfalo vivo. Para tanto será imprescindível aguardar sua morte ou a cessação completa de suas funções cerebrais”*⁴⁵.

THOMAS RAFAEL GOLLOP, em sua obra *“Aborto por anomalia fetal”*, Bioética,

⁴³ In ob. cit., p. 53.

⁴⁴ In ob. cit., p. 53/54.

⁴⁵ Idem, p. 54.

p. 70, citado por Maria Helena Diniz, esclarece que outros métodos menos traumáticos devem ser utilizados para evitar o aborto seletivo por anomalia fetal, o que poderia ser perfeitamente resolvido com algumas medidas, tais como:

“a) impedir o nascimento de anormais por meio de controle genético e orientação de casais através de exames pré-nupciais; b) conscientizar a gestante dos males do aborto e preparar psicologicamente os pais para o rude golpe de ter um filho deficiente físico ou mental; c) fazer com que o ônus do portador de uma anomalia recaia sobre o Estado e não sobre a família; e, d) obrigar os planos de assistência médica e seguros-saúde a fornecer cobertura em casos de anomalia congênita ou de moléstia hereditária, física ou psíquica”⁴⁶.

Por fim, vale citar uma passagem narrada por FRANCISCO HERRERA JERAMILLO, a saber:

“Jerôme Lejeune, o famoso descobridor da Síndrome de Down, participou certa vez de um debate, pela televisão, com um médico abortista, Monod, e, a tantas, lhe fez esta indagação: ‘Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos: o primeiro, cego de nascença; o segundo, morto logo após o parto; o terceiro, surdo-mudo; o quarto, tuberculoso, e que a mãe ficou grávida de um quinto filho, que fazer?’ Respondeu-lhe Monod: ‘Eu interromperia essa gestação’. A isso, concluiu Lejeune: ‘O senhor teria matado Beethoven’”⁴⁷.

O aborto de feto com anomalias genéticas envolve questões de natureza cultural, social e, principalmente, de saúde. A solução para o problema exige que sejam envidados esforços conjugados pela sociedade e pelo Poder Público, através de um trabalho voltado para a assistência médica, psicológica e financeira às famílias que se encontram nessa situação. O que deve ser evitado é a banalização da vida de um pequeno e indefeso ser humano, que não pode ser considerado como um objeto descartável.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Consoante articulado anteriormente, a tendência atual das legislações mundiais é no sentido de permitir a prática abortiva, seja em caráter de exceção ou, ainda, a critério da gestante.

No Brasil, a partir do Código Penal de 1940, adotou-se a proibição do aborto, com a previsão de normas permissivas (art. 128), que autorizam, nos casos elencados pela lei penal, a interrupção da gravidez. Todavia, discute-se a possibilidade de descriminalizar o aborto, o que vem mobilizando correntes em todas as direções, e ensejou, inclusive, a elaboração de projetos de lei com esse objetivo.

Atualmente, encontra-se em evidência um anteprojeto de lei elaborado por uma comissão escolhida pelo governo federal, a fim de discutir a revisão da legislação punitiva do

⁴⁶ *In ob. cit.*, p. 55.

⁴⁷ *In Derecho a la Vida y el Aborto*, Pamplona: EUNSA, 1994, p. 379. Apud Ricardo Henry Marques Dip. Uma Questão Biojurídica Atual: A autorização judicial de Aborto Eugenésico – Alvará para Matar. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 734, p. 522, dez. 1996; Publicada na Revista “O direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro – A questão do Aborto” – Associação Brasileira dos Magistrados Espíritos – ABRAEME.

aborto. A ideia central do anteprojeto é descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação e, ainda, ampliar o prazo de interrupção da gravidez para 20 semanas, em casos de estupro, além de eliminar a limitação de tempo para a prática do aborto nas hipóteses de grave risco à saúde da mulher e de má-formação do feto.

O mencionado anteprojeto inova o cenário nacional, ao propor que a interrupção voluntária da gravidez seja realizada pelo SUS – Sistema Único de Saúde, contando, inclusive, com a cobertura pelos planos e seguros privados de assistência médica.

Se aprovado o seu texto, os dispositivos penais que tratam do delito de aborto seriam revogados, permanecendo, apenas, como figura criminosa, o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher:

Os defensores da legalização do aborto se fundamentam em diversas vertentes, ótica sob a qual a liberdade feminina é o ponto de discussão que cria maior polêmica. Argumentam, de maneira sintética, que a atual política de saúde de nosso país não coloca à disposição da mulher técnicas eficientes para evitar a gravidez indesejada.

Ora, a insuficiência de assistência social e a ausência de educação sexual não podem ser resolvidas no âmbito penal, por força do princípio da intervenção mínima, mas, sim, através de políticas governamentais direcionadas para o controle da natalidade, de modo a proporcionar a todos os brasileiros, indistintamente, condições para evitar uma gravidez acidental.

Outro ponto defendido pelos adeptos da descriminalização do aborto é no sentido de que a falta de recursos financeiros para manter o filho seria motivo suficiente para justificar a interrupção da gravidez. Não lhes assiste razão, uma vez que a má distribuição de renda, que vem propagando a miséria e afrontando a dignidade humana nos grandes e pequenos centros urbanos brasileiros, também não pode ser resolvida na seara penal. Não há como permitir a eliminação do produto da gestação apenas por motivos financeiros, pois essa atitude seria uma forma de banalizar a importância da vida humana. Segundo a professora MARIA HELENA DINIZ, “a solução não é acabar com a vida de uma criança, mas com a miséria”.⁴⁸

Melhor sorte não assiste aos que levantam a bandeira para a descriminalização do aborto, sob o argumento de que a deficiência física ou mental do futuro ser constituir-se-ia em motivo suficiente para autorizar a prática da eutanásia pré-natal. É que, conforme mencionado, os avanços da medicina fazem com que, em que pese às deficiências, os pequenos seres humanos tenham uma vida digna e feliz. A ninguém é dado o direito de decidir pela eliminação de um ser humano, por entender pela indignidade de sua vida. A propósito, temos a seguinte lição:

“Fácil é perceber que atrás dessa eutanásia pré-natal esconde-se um egoísmo dos pais, que se compadecem de si mesmos porque não estão dispostos a aceitar esse filho deficiente pelas repercussões econômicas que trará e pela atenção excessiva que exigirá. Os pais, no nosso entendimento, não têm autoridade alguma para avaliar sobre a dignidade ou indignidade da vida humana, pois apenas o futuro o dirá, somente o dono de cada vida poderá desvendar esse mistério ao cumprir sua trajetória e seu destino”⁴⁹.

⁴⁸ In ob. cit., p. 80.

⁴⁹ Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 81.

Admitir essa postura como lícita levaria, conseqüentemente, ao reconhecimento do mesmo direito em favor dos filhos, com relação aos pais que, na velhice, venham a se tornar portadores de deficiência física ou mental, requerendo cuidados dispendiosos e atenção redobrada. Nessa hipótese, poder-se-ia permitir que os filhos eliminassem a vida dos pais, praticando uma eutanásia senil?⁵⁰ Não se justifica nem se justificará, em qualquer tempo, em casos como na espécie, a eliminação da vida humana.

Em 1988, o Brasil foi considerado, pela Organização Mundial de Saúde, campeão mundial de aborto provocado na clandestinidade, fato esse que se torna um argumento de peso na luta pró-legalização de sua prática. Contudo, a frequência do abortamento não se apresenta como motivação idônea para que a prática do delito seja liberada em nosso país. Infelizmente, em nosso território são incontáveis os assaltos à mão armada, os seqüestros, os homicídios, o tráfico de entorpecentes, os quais jamais poderão ser suprimidos da legislação penal, como condutas criminosas⁵¹. O costume *contra legem* possui o condão de revogar uma lei penal, e a repetição de atos ilícitos da mesma espécie não traduz que esses comportamentos sejam socialmente aceitos, de modo a desvalorar o bem jurídico penalmente tutelado.

Sob o mesmo prisma, não deve prosperar a alegação de que, com a descriminalização do aborto, evitar-se-ia que a mulher desprovida de recursos se utilizasse de clínicas clandestinas, que oferecem poucos recursos médicos e sanitários, colocando em risco a sua própria saúde. É forçoso considerar que a rede de saúde pública brasileira, organizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), encontra-se açambarcada pelas dificuldades na manutenção da assistência aos segurados, não sendo plausível acreditar que essas mulheres, com poucos recursos financeiros, possam frequentar clínicas médicas particulares, que lhes ofereçam menores riscos durante o procedimento abortivo.

Nesse aspecto, a dificuldade esbarra, ainda, na questão da ética médica, pois não é fácil conciliar o objetivo curativo da medicina com a prática do aborto. Anota a professora MARIA HELENA DINIZ que,

“o jornal francês Le Monde divulgou, em 23 de setembro de 1998, que os médicos mais jovens não querem trabalhar em condições pouco invejáveis, pois exigem nessa missão de saúde pública um estatuto, boas condições de trabalho e reconhecimento profissional, mas os hospitais estão negando esses pedidos, e, com isso, tem diminuído o número de profissionais da saúde dispostos a realizar a interrupção voluntária da gestação. Na Espanha, quase todos os abortos são feitos em clínicas particulares, pois os médicos de hospitais públicos invocam a objeção de consciência para não realizá-los. Nos Estados Unidos, segundo o California Medicine Report de maio/junho de 1998, não há profissionais competentes em quantidade suficiente para a realização de abortamentos, sendo que a metade dos realizados é feita por médicos com mais de 50 anos de idade, que, não raro, têm de deslocar-se de uma cidade para outra, pois apenas 5% dos médicos que fazem residência em obstetria e ginecologia dispõem-se a efetuar abortos”⁵².

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Sandra Cavalcanti, Aborto: caso de direitos humanos, Folha de São Paulo, 24.10.1993, p. A-8; Niceto Blázquez, A ditadura do aborto, cit., p. 8 e 16-7; José Gea Escolano, Sim ou não ao Aborto?, cit., p. 21; Pedro-Juan Viladrich, Aborto e sociedade permissiva, cit., p. 7; Wilke, O aborto, cit., p. 131; apud Maria Helena Diniz, in ob. cit., p. 95/96.

⁵² In ob. cit., p. 100/101.

Ademais, impende indagar: que profissional da área da saúde deseja ser reconhecido como um especialista na realização de aborto?

Por fim, é imperativo observar que a legalização do aborto colide com a cláusula pétrea, porquanto o constituinte elaborou dispositivo constitucional, que insere, dentro do capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, como preceito intangível, o direito à vida. Nenhuma das espécies legislativas, nem mesmo a emenda constitucional, possui força de afastar as bases que sustentam o Estado Democrático de Direito, e retroceder na conquista dos direitos humanos. O direito à vida é mais antigo do que as normas de comportamento estabelecidas pela lei escrita, que devem respeitá-lo, sob pena de provocar a ruptura do sistema jurídico.

As estatísticas atestam que o aborto é um problema atual e grave, que requer um tratamento sério e humanitário por parte, não só do Poder Público, mas, principalmente, de cada um dos cidadãos brasileiros, que devem se conscientizar de seu papel social, com a adoção de posturas tendentes a um planejamento familiar equilibrado e, ainda, no sentido de reconhecer que o *concepto*, mesmo com necessidades especiais, é um ser humano dotado de sentimentos, capacidades e vida própria.

Abortar, por questões econômicas, é negar a paternidade responsável. Interromper uma gravidez, por questões piedosas, em se tratando de fetos com deficiência congênita, é uma forma de fugir das responsabilidades familiares, pois, diante de um filho portador de anomalia, alguns pais preferem atender a seus próprios interesses, esquecendo-se de que a vida intra-uterina deve ser tratada com o mesmo respeito que a vida fora do útero materno.

Somente a evolução do pensamento social, na busca do respeito à vida, à dignidade e aos direitos conferidos ao homem, indistintamente, poderá solucionar a discussão travada em torno da *abolitio criminis* quanto à figura típica do aborto. Enquanto isso, a cada um de nós incumbe avaliar as questões éticas e humanitárias que circundam o tema e, principalmente, avaliar as situações em concreto com serenidade e consciência, para que, das nossas decisões, não decorra o extermínio de uma vida humana.

E, na dicção de CARRARA, não devemos nos esquecer de que

*“o direito penal é, ao contrário, protetor da liberdade humana, tanto externa quanto interna. Da interna, porque confere ao homem uma força a mais para vencer o seu pior tirano, as próprias paixões; e, como bem dizia Daguesseau, jamais o homem é tão livre como ao subordinar as paixões à razão, e a razão à justiça. Da liberdade externa, por proteger, contra o forte, o fraco, no gozo de seus direitos, dentro dos limites do justo; e nisso consiste a verdadeira liberdade”.*⁵³

7. ABSTRACT

The volunteer interruption of pregnancy has caused, since the oldest civilizations, acute legal disputes around its treatment by the Penal Law. The evolution of society, of medical science and legal concepts justify the changes and legal approaches related to abortion. Nowadays, it is debated the possibility of its legal forgiveness, specially in cases in which congenital imperfections exist. However, in relation to the specific crime

53 In Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral, Ed. LZN, 2002, v. I, p. 36.

of abortion, it faces medical and religious ethic. Moreover, the constitutional prohibitions, which demand deeper studies, to get to a solution in equality with the justice principles.

Key words: *Abortion - Historical evolution - Concept - Penal types of abortion - Permitted kinds - Fetus with congenital imperfections - Abortion possible legal forgivenesses.*

8. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, Ed. Saraiva, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2003, v. II.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2003, v. II.
- CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal – Parte Geral, Ed. LZN, 2002, v. I, Tradução de Ricardo Rodrigues Gama.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, Ed. Saraiva, 2001.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal, Ed. Saraiva, 2003.
- PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial, Ed. RT, 2005.
- Revista “O Direito à Vida no Ordenamento Jurídico Brasileiro – A questão do aborto”, publicada pela Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRAME – 2005.
- Revista “A vida contra o aborto”, publicada pela Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRAME – 2005.
- Sites conjur.estadao.com.br e stf.gov.br.