

Cezar Roberto Bitencourt

CORTESIA
DA
EDITORIA E DO AUTOR

Tratado de

Direito Penal

PARTE ESPECIAL

2

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

13ª edição

revista, ampliada e atualizada de acordo
com as Leis n. 12.653, 12.720 e 12.737, de 2012

2013

 Editora
Saraiva

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Sujeitos ativo e passivo. 4. Tipo objetivo: adequação típica. 5. Espécies de aborto criminoso. 5.1. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. 5.1.1. Aborto "consentido" e teoria monística da ação. 5.2. Aborto provocado sem consentimento da gestante. 5.3. Aborto provocado com consentimento da gestante. 6. Tipo subjetivo: adequação típica. 7. Consumação e tentativa. 8. Classificação doutrinária. 9. Figuras majoradas de aborto. 10. Excludentes especiais da ilicitude: aborto necessário e abortivo humanitário. 10.1. Aborto necessário ou terapêutico. 10.2. Aborto humanitário ou ético. 10.3. Aborto necessário ou humanitário praticados por enfermeira. 10.4. Aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante. 10.4.1. Inexigibilidade de conduta diversa: ausência de fundamento para censura social. 11. Ação penal e sanção penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

1. Considerações preliminares

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o *aborto consentido* e o *aborto sofrido*, mas não o *aborto provocado*, ou seja, o *autoaborto*. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado, como uma espécie, digamos, de criminalização dos *atos preparatórios*. Agravava-se a pena se o sujeito ativo fosse médico, cirurgião ou similar.

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Referido Código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente; nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante.

O Código Penal de 1940, por sua vez, tipificava três figuras de aborto: *aborto provocado* (art. 124), *aborto sofrido* (art. 125), e *aborto consentido* (art. 126). Na primeira hipótese, a própria mulher assume a responsabilidade pelo abortamento; na segunda, repudia a interrupção do ciclo natural da gravidez, ou seja, o aborto ocorre sem o seu consentimento; e, finalmente, na terceira, embora a gestante não o provoque, consente que terceiro realize o aborto.

As concepções médicas discordantes da presunção do Código Civil merecem consideração e, concretamente, são fundamentais na seara criminal, que não convive com meras presunções legais ou não.

O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram-se mais de sessenta anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

O Código Civil procurou definir, no art. 1.597, a duração da gravidez, nos seguintes termos: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I — nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II — nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III — havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV — havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V — havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido". Consta-se que referido diploma legal estabeleceu dois limites para a duração da gravidez: um máximo, de 300 dias, e um mínimo, de 180. Evidentemente que há um descompasso entre essa presunção do Código Civil e o entendimento dos especialistas em Medicina Legal. No entanto, embora o ponto de vista jurídico não se confunda com o ponto de vista médico, era necessário garantir a segurança e a paz da família, estando autorizado, portanto, o legislador a adotar algum limite como parâmetro. Quanto às previsões constantes dos incisos III, IV e V, por ora não demandam, em termos penais, nenhum comentário.

Modernamente, a Constituição de 1988 reconhece a igualdade de direitos e de qualificações relativamente à filiação, havida ou não da relação matrimonial, proibindo quaisquer designações discriminantes (art. 227, § 6º, da CF). Perdeu significado aquela presunção *juris tantum* do Código Civil. Assim, é absolutamente proibido adjetivar filiação com as designações "filhos legítimos", "naturais", "adulterinos", "incestuosos" etc.

2. Bem jurídico tutelado

O *bem jurídico protegido* é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção — *feto* ou *embrião* — não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante.

Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege; relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a *concepção* até momentos antes do início do parto.

O Código Civil também assegura os direitos do nascituro desde a concepção (arts. 1.609, 1.611 e 1.799).

3. Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo no *autoaborto* e no *aborto consentido* (art. 124) é a própria mulher gestante. Somente ela própria pode provocar em si mesma o aborto ou consentir que alguém lho provoque, tratando-se, portanto, de crime de mão própria.

No *aborto provocado por terceiro*, com ou sem consentimento da gestante, *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo, no *autoaborto* e no *aborto consentido* (art. 124), é o feto, ou, genericamente falando, o *produto da concepção*, que engloba óvulo, embrião e feto (há divergência doutrinária). Nessa espécie de *aborto*, concordamos com Heleno Fragoso¹, a gestante não é ao mesmo tempo *sujeito ativo* e *sujeito passivo*, não havendo crime na autolesão. Ela é somente *sujeito ativo* do crime.

A gestante é *sujeito passivo* no *aborto provocado por terceiro* sem seu consentimento. Nessa espécie de *aborto*, há *dupla subjetividade passiva*: o feto e a gestante.

No crime de *aborto* não se aplica a agravante genérica do art. 61, II, *b* (crime contra gestante), pois fica subsumida no tipo central.

4. Tipo objetivo: adequação típica

De modo geral, os Códigos Penais não definem em que consiste o *aborto*, dando origem à dúvida sobre se é suficiente a expulsão do feto ou se é necessária a ocorrência da morte para caracterizá-lo. Nosso atual Código Penal também não o define, limitando-se a adotar a fórmula neutra e indeterminada “*provocar aborto*”, algo semelhante a, somente para exemplificar, “*provocar homicídio*”, em vez de “*matar alguém*”.

O Direito Penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida. A destruição dessa vida até o *início do parto* configura o *aborto*, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida *constitui* homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstâncias que caracterizam o *infanticídio*, que é uma figura privilegiada do homicídio (art. 123).

Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a *concepção* e o *início do parto*, que é o marco final da vida intrauterina. “É a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina.” Segundo Aníbal Bruno, “provocar *aborto* é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto”². Para se configurar o crime de *aborto* é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de *gestação*, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma. Hélio Gomes nos dá a definir

1. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*; Parte Especial, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. 1, p. 80.

2. Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa*, p. 160.

ção, a nosso juízo, mais completa do *aborto criminoso*, nos seguintes termos: “É a interrupção ilícita da prenhez, com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu estado evolutivo, desde a concepção até momentos antes do parto”. Essa definição, além de destacar que a *interrupção deve ser ilícita*, ou seja, não autorizada por lei, sustenta, com absoluto acerto, a *irrelevância de eventual expulsão do feto* e estabelece o momento derradeiro em que a conduta pode tipificar o crime de aborto, qual seja, “momentos antes do parto”.

O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo. A *morte do feto* tem de ser resultado direto das manobras abortivas. A partir do início do parto, o crime será homicídio ou infanticídio.

5. Espécies de aborto criminoso

Como crime de forma livre, qualquer meio e qualquer forma de comportamento podem ser utilizados na “provocação” do aborto, desde que tenha idoneidade para produzir o resultado. Assim, benzedeadas, rezas, despachos e similares não são idôneos para provocar o aborto e caracterizam *crime impossível*, por absoluta ineficácia do meio (art. 17 do CP).

A ação de *provocar* o aborto tem a finalidade de interromper a gravidez e eliminar o produto da concepção. Ela se exerce sobre a gestante ou também sobre o próprio feto ou embrião. E só há crime quando o aborto é provocado; se é espontâneo, não existe crime. Se os peritos não podem afirmar, por exemplo, que o aborto foi provocado, não há certeza da existência de crime, e sem tal certeza não se pode falar em aborto criminoso.

O núcleo dos tipos, em suas três variações, é o verbo *provocar*, que significa causar, promover ou produzir o aborto. As elementares especializantes, como “em si mesma”, “sem o consentimento da gestante” e “com o consentimento da gestante”, determinarão a modalidade ou espécie de aborto, além da particular figura “consentir”, que complementa o crime próprio ao lado do autoaborto. Assim, temos as figuras do aborto provocado (autoaborto) ou consentido (duas figuras próprias); aborto consensual (com consentimento) e aborto sem consentimento da gestante.

O crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo.

5.1 Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

O art. 124 tipifica duas condutas por meio das quais a própria gestante pode interromper sua gravidez, causando a morte do feto: com a primeira, ela mesma *provoca* o abortamento; com a segunda, *consente* que terceiro lho provoque. Trata-se, nas duas modalidades, de *crime de mão própria*³, isto é, que somente a

3. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*; Parte Geral, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 1, p. 148; Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 186.

gestante pode realizar. Mas, como qualquer crime de mão própria, admite a participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o autoaborto como a consentir que terceiro lho provoque⁴. Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do art. 126.

A conduta típica, com efeito, no *autoaborto*, consiste em *provocar o aborto* em si mesma, isto é, interromper a sua própria gestação; mas a gestante pode praticar o mesmo crime com outra conduta, qual seja, a de *consentir* que outrem lhe provoque o aborto. Nesta segunda figura, consentir no aborto, exigem-se dois elementos: a) consentimento da gestante; b) execução do aborto por terceiro.

Concluindo, a mulher que *consente* no aborto incidirá nas mesmas penas do *autoaborto*, isto é, como se tivesse provocado o aborto *em si mesma*, nos termos do art. 124 do CP. A mulher que *consente* no próprio aborto e, na sequência, auxilia decisivamente nas manobras abortivas pratica um só crime, pois *provocar aborto em si mesma* ou *consentir* que outrem lho provoque é *crime de ação múltipla* ou de conteúdo variado. Quem provoca o aborto, com o *consentimento da gestante*, pratica o crime do art. 126 do mesmo estatuto e não o do art. 124. Assim, por exemplo, o agente que leva a amásia à casa da parteira, contrata e paga os seus serviços é autor do crime tipificado no art. 126, enquanto a amásia, que consentiu, incorre no art. 124. Enfim, o aborto consentido não admite coautoria entre o terceiro e a gestante, constituindo uma das exceções à *teoria monística da ação*, que é a consagrada pelo nosso Código Penal. E quem provoca aborto sem consentimento da gestante incorre nas sanções do art. 125.

5.1.1 Aborto "consentido" e teoria monística da ação

A segunda figura do art. 124 — *consentir que lhe provoquem o aborto* — encerra dois crimes: um para a gestante que *consente* (art. 124), outro para o sujeito que provoca o aborto (art. 126). Em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentido não se aplica o disposto no *caput* do art. 29 do CP, constituindo uma das exceções à *teoria monística da ação*, que é a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro.

Na verdade, referida teoria não faz qualquer distinção entre *autor* e *partícipe*, instigação e cumplicidade. Todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente⁵. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. O crime é o resultado da conduta de cada um e de todos, indistintamente. Essa concepção parte da teoria da equivalência das condições necessárias à produção do resultado. No entanto, o fundamento

4. No mesmo sentido, Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 73.
5. F. Antolisei, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 395.

maior
partici
quest
neces
perm
tingu
princ
a teor
incide
dualis
adequ
da cor
lizada
teoria

5.2
O
puniçã
cia de
Nessa
gativa
típica.
elimina
pelas p
timento
do con
superfic
Penal, a
rística n
conduta
o rapto
(art. 15
mentar
aborto c
tipo pen

6. Santiag
7. Julio F.
8. Paulo J
232.
9. Cezar

maior de tal teoria é político-criminal, que prefere punir igualmente a todos os participantes de uma mesma infração penal⁶.

Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária etc.⁷ A reforma penal de 1984 permanece acolhendo essa teoria. Procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de autoria e participação. Estabeleceu alguns princípios disciplinando determinados *graus de participação*. Adotou, como regra, a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causalizada⁸. Na verdade, os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação.

5.2 Aborto provocado sem consentimento da gestante

O aborto *sem consentimento* da gestante (art. 125) — aborto sofrido — recebe punição mais grave e pode assumir duas formas: *sem consentimento real* ou ausência de *consentimento presumido* (não maior de 14 anos, alienada ou débil mental). Nessa modalidade de *aborto*, a ausência de consentimento constitui *elementar negativa do tipo*. Logo, se houver consentimento da gestante, afastará essa adequação típica. Logicamente que, em se tratando de aborto, o eventual consentimento não elimina simplesmente a tipicidade, mas apenas a desloca para outro dispositivo legal, pelas peculiaridades do próprio crime de aborto, que pode ser com ou sem consentimento. É oportuno, nessa análise, invocar o que dissemos sobre o sentido e função do consentimento do ofendido, *in verbis*: "... se fizermos uma análise, ainda que superficial, constataremos que em muitas figuras delituosas, de qualquer Código Penal, a *ausência de consentimento* faz parte da estrutura típica como uma *característica negativa do tipo*. Logo, a presença de consentimento afasta a tipicidade da conduta que, para configurar crime, exige o *dissenso* da vítima, como, por exemplo, o *rapto* (art. 219), a *invasão de domicílio* (art. 150), a *violação de correspondência* (art. 151) etc. Outras vezes, o consentimento do ofendido constitui verdadeira *elementar do crime*, como ocorre, por exemplo, no *rapto consensual* (art. 220) e no *aborto consentido* (art. 126). Nesses casos, o consentimento é elemento essencial do tipo penal"⁹.

6. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 309.

7. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, p. 223.

8. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 232.

9. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, 6. ed., p. 248.

O agente que provoca aborto sem consentimento da gestante não responde pelo crime de *constrangimento ilegal*, uma vez que esse constrangimento integra a definição desse crime de aborto, cuja sanção é consideravelmente superior em razão exatamente dessa contrariedade da gestante¹⁰.

Para provocar aborto sem consentimento da gestante não é necessário que seja mediante violência, fraude ou grave ameaça; basta a *simulação* ou mesmo *dissimulação*, artilo ou qualquer outra forma de burlar a atenção ou vigilância da gestante. Em outros termos, é suficiente que a gestante desconheça que nela está sendo praticado o aborto.

5.3 Aborto provocado com consentimento da gestante

Aborto com consentimento, ou aborto consensual (art. 126), constitui exceção à teoria monística adotada pelo nosso Código, como já afirmamos. Quem provocar aborto com consentimento da gestante não será coautor do crime capitulado no art. 124, a despeito do preceito do art. 29 do CP, mas responderá pelo delito previsto no art. 126.

Essa exceção à teoria monística, no crime de aborto consensual, fundamenta-se no *desnível do grau de reprovabilidade* que a conduta da gestante que consente no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. Com efeito, a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior à conduta do terceiro que realiza as manobras abortivas consentidas. O *desvalor do consentimento* da gestante é menor que o *desvalor da ação abortiva* do terceiro que, concretamente, age, isto é, realiza a atividade de provocar o aborto. Consentir merece determinado grau de censura, ao passo que executar a conduta consentida, definida como crime de aborto, recebe uma *censurabilidade* bem mais elevada, pois implica a comissão do aborto criminalizado: a conduta da primeira assemelha-se à *convivência*, embora não possa ser adjetivada de omissiva, enquanto a do segundo é *comissiva*.

Convém destacar que o aborto consentido (art. 124, 2ª figura) e o aborto consensual (art. 126) são crimes de *concurso necessário*, pois exigem a participação de duas pessoas, a gestante e o terceiro realizador do aborto, e, a despeito da necessária participação de duas pessoas, cada um responde, excepcionalmente, por um crime distinto.

6. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime de aborto é o *dolo*, que consiste na vontade livre e consciente de interromper a gravidez, matando o produto da concepção ou, no mínimo, assumindo o risco de matá-lo. Na primeira hipótese, configura-se o *dolo*

10. No mesmo sentido, Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 76.

direto, na segunda, o *dolo eventual*, embora este também possa decorrer da dúvida quanto ao estado de gravidez.

Matar mulher que sabe estar grávida configura também o crime de aborto, verificando-se, no mínimo, *dolo eventual*; *nessa hipótese, o agente responde, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto*. Se houver desígnios autônomos, isto é, a intenção de praticar os dois crimes, o concurso formal será impróprio, aplicando-se cumulativamente a pena dos dois crimes, caso contrário será próprio e o sistema de aplicação de penas será o da *exasperação*¹¹.

Helena Cláudio Fragoso sustentava que, “se o agente quis apenas praticar lesão corporal na mulher (cuja gravidez conhecia ou não podia desconhecer) e sobrevém o aborto em razão da violência, o crime será de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, V)”¹². No entanto, nas mesmas circunstâncias, se o agente quis matar a gestante, conhecendo ou não podendo desconhecer a existência da gravidez, responde pelos crimes de homicídio em concurso com o crime de aborto; o primeiro com *dolo direto*, o segundo com *dolo eventual*. Da mesma forma, quem desfere violento pontapé no ventre de mulher visivelmente grávida, acarretando-lhe a expulsão e a morte do feto, pratica o crime de *aborto provocado* e não o de *lesão corporal de natureza gravíssima*, previsto no art. 129, § 2º, V, do CP.

O aborto culposo é impunível, restando somente a eventual reparação de dano.

7. Consumação e tentativa

Consuma-se o crime de aborto, em qualquer de suas formas, com a morte do feto ou embrião. Pouco importa que a morte ocorra no ventre materno ou fora dele. É irrelevante, ainda, que ocorra a expulsão do feto ou que este não seja expelido das entranhas maternas. Enfim, consuma-se o aborto com o perecimento do feto ou a destruição do ovo. Logo, a materialidade do *aborto* pressupõe a existência de um feto vivo, conseqüentemente, uma gravidez em curso. Ou seja, finda a gravidez, não se poderá praticar aborto, já que a morte do feto tem de ser resultado das manobras abortivas ou da imaturidade do feto para viver fora do ventre materno, em decorrência dessas manobras. Em outros termos, é indispensável comprovar que o feto ou embrião, isto é, o *ser em formação*, estava vivo quando a ação abortiva foi praticada e que foi esta que lhe produziu a morte, ou seja, é necessária uma *relação de causa e efeito* entre a ação e o resultado produzido. Em outros termos, o emprego de meios abortivos, por si só, é insuficiente para concluir, com certeza, a produção do crime de aborto. É indispensável que se prove que o aborto é conseqüência do meio abortivo utilizado. A prova testemunhal, por conseguinte, é insuficiente para comprovar essa relação.

11. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*; Parte Geral, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 1, p. 526.

12. Helena Fragoso, *Lições de Direito Penal*, p. 82.

É necessária prova de que o feto estava vivo no momento da ação. Como crime material, além de suas particularidades especiais, a prova do aborto exige o *auto de exame de corpo de delito*, disciplinado nos arts. 158 e s. do CPP, aplicando-se a esse crime tudo o que dissemos a respeito da materialidade do crime de homicídio, no capítulo próprio, para onde remetemos o leitor.

Desnecessário afirmar que os meios preventivos ou anticonceptivos não são abrangidos pelo conceito de aborto, que se estende desde o momento em que duas células germinais unem-se, constituindo o ovo, até aquele em que se inicia o processo de parto. É irrelevante a fase da evolução fetal em que o aborto é praticado, sendo igualmente indiferente o momento em que ocorre a morte do feto, se no interior do útero ou após a sua expulsão.

O crime de aborto, como crime material, admite a figura da *tentativa*, desde que, a despeito da utilização, com eficácia e idoneidade de meios ou manobras abortivas, não ocorra a interrupção da gravidez com a morte do feto, por causas alheias à vontade do agente.

Por política criminal sustenta-se a *impunibilidade da tentativa* do autoaborto, pois o ordenamento jurídico brasileiro não pune a autolesão. No entanto, nosso Código não consagra essa impunibilidade. E, ademais, a tentativa de autoaborto está mais para desistência voluntária ou arrependimento eficaz do que propriamente para tentativa punível, que o próprio Código Penal declara impuníveis, igualmente por razões de política criminal, quais sejam, para estimular o agente a não prosseguir no objetivo de consumir o crime. Por outro lado, eventuais lesões que possam decorrer da *tentativa de autoaborto*, que poderiam constituir crime em si mesmas, são, como afirmamos, impuníveis. Por esses fundamentos, enfim, endossamos a não punibilidade da referida tentativa.

Há *crime impossível*, por exemplo, nas manobras abortivas em mulher que não está grávida ou no caso de o feto já estar morto antes da prática dos atos abortivos, por absoluta *impropriedade do objeto*; ou, ainda, por *inadequação absoluta do meio*, quando for inteiramente inidôneo para produzir o resultado, como rezas, feitiçarias ou a administração de substâncias absolutamente inócuas.

Podem ocorrer, com efeito, nas outras figuras de *aborto*, as hipóteses de *desistência voluntária e arrependimento eficaz*, mas, nesse caso, o agente responderá pelos atos praticados que, em si mesmos constituírem crime, ressalvada, logicamente, como destacamos, a hipótese de *autoaborto*.

8. Classificação doutrinária

Trata-se de *crime de mão própria* (no autoaborto e no consentido), que somente a gestante pode praticar; crime comum, de dano, material, instantâneo e doloso.

9. Figuras majoradas de aborto

O art. 127 prevê duas *causas especiais de aumento* de pena, que impropriamente recebem a rubrica “forma qualificada”, para o crime de aborto praticado

com ou
grave,
duplica

Co

futuros

em que

— com

causas

majora

lo da p

elevado

ro a pr

configu

ao deno

Seg

grave c

doras”

aborto

se puni

gador”

Signific

se con

abortiv

Se

respon

art. 12

Pa

evento

entanto

te, exc

preterd

Nesse c

homicí

10. E

a

O

co: I —

sulta d

incapa

13. Cet

com ou sem consentimento da gestante: pela primeira, *lesão corporal de natureza grave*, a pena é elevada em um terço; pela segunda, *morte da gestante*, a pena é duplicada.

Consciente de nossa responsabilidade com a formação das novas gerações e em que “as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais — tipos derivados — com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. Assim, por exemplo, enquanto a previsão do art. 121, § 2º, caracteriza uma qualificadora, a do art. 155, § 1º, configura uma majorante”¹³. Nesse particular, equivocou-se também o legislador ao denominar “forma qualificada” quando na realidade é *majorada*.

Segundo a dicção do referido dispositivo, somente a lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante “qualificam” o crime de aborto. As ditas “qualificadoras” aplicam-se ao *aborto praticado por terceiro* (arts. 125 e 126) e não ao aborto praticado pela própria gestante (art. 124). Aliás, nem teria sentido, pois não se pune a autolesão nem o ato de matar-se. É indiferente que o resultado “qualificador” — morte ou lesão — decorra do próprio aborto ou das manobras abortivas. Significa dizer que a majoração da pena pode ocorrer ainda quando o aborto não se consuma, sendo suficiente que o resultado majorador decorra das manobras abortivas.

Se em decorrência do aborto a vítima sofre lesões corporais leves, o agente responde somente pelo crime de aborto, sem a aplicação da majorante constante do art. 127, pois essa lesão integra o resultado natural da prática abortiva.

Para que se configure o *crime qualificado pelo resultado*, é indispensável que o evento morte ou lesão grave decorra, pelo menos, de culpa (art. 19 do CP). No entanto, se o dolo do agente abranger os resultados lesão grave ou morte da gestante, excluirá a aplicação do art. 127, que prevê uma espécie *sui generis* de crime preterdoloso (dolo em relação ao aborto e culpa em relação ao resultado agravador). Nesse caso, o agente responderá pelos dois crimes, em concurso formal — aborto e homicídio doloso ou aborto e lesão corporal grave.

10. Excludentes especiais da ilicitude: aborto necessário e aborto humanitário

O art. 128 do CP determina que: “Não se pune o aborto praticado por médico: I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. O próprio Código atribui os *nomen juris* de

13. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*; Parte Geral, p. 520.

“aborto necessário”, ao primeiro, e “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”, que doutrina e jurisprudência encarregaram-se de definir como sentimental, humanitário.

É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que “não há crime”, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que “não se pune o aborto”, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame. Lembra, com propriedade, Damásio de Jesus que “haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse ‘não se pune o médico’”¹⁴, que não é o caso.

No entanto, a despeito de o art. 128 não conter *dirimentes de culpabilidade*, *excusas absolutórias* ou mesmo *causas extintivas de punibilidade*, convém ter presente que, como em qualquer crime, pode haver alguma excludente de culpabilidade, legal ou supralegal, quando, por exemplo, apresentar-se a gravidez e a necessidade ou possibilidade do aborto, mas faltar algum dos requisitos legalmente exigidos pela excludente especial, não haver médico disponível.

10.1 Aborto necessário ou terapêutico

O aborto necessário também é conhecido como *terapêutico* e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

O aborto necessário exige dois requisitos, simultâneos: a) *perigo de vida da gestante*; b) *inexistência de outro meio para salvá-la*. O requisito básico e fundamental é o *iminente perigo à vida da gestante*, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.

Quando o *perigo de vida for iminente*, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar a intervenção¹⁵, fundamentada nos arts. 23, I, e 24. Na hipótese de *perigo de vida iminente*, é dispensável a *concordância da gestante* ou de seu representante legal (art. 146, § 3º, do CP), até porque, para o aborto necessário, ao contrário do aborto humanitário, o texto legal não faz essa exigência, que seria restritiva da liberdade de agir e de decidir.

Nessa linha de orientação, sustentamos que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida).

14. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 124.

15. Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Crimes contra a pessoa*, p. 79.

Ademais, tomando as cautelas devidas, agirá no *estrito cumprimento de dever legal* (art. 23, III, 1ª parte), pois, na condição de *garantidor*, não pode deixar perecer a vida da gestante. Enfim, o *consentimento da gestante* ou de seu representante legal somente é exigível para o aborto humanitário, previsto no inciso II do art. 128.

É fundamental essa *cobertura legal do "expert"*, garantindo a licitude de sua conduta profissional, mesmo contra a vontade da gestante, pois esta não pode sacrificar a sua vida em prol do nascituro, o que, no entanto, não impede que o faça ou, pelo menos, tente. No entanto, tratando-se de perigo mediato, ainda que haja exigência legal, é recomendável que obtenha o consentimento da gestante, sem o qual não deve proceder ao aborto.

Cumprir destacar que o Código Penal, lamentavelmente, não legitima a realização do chamado *aborto eugenésico*, mesmo que seja provável que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que provoca o *autoaborto* ou *consente que terceiro* lho pratique está amparada pela excludente de culpabilidade inexistência de outra conduta, sem sombra de dúvida.

10.2 Aborto humanitário ou ético

O aborto humanitário, também denominado *ético* ou *sentimental*, é autorizado quando a gravidez é consequência do *crime de estupro* e a gestante *consente* na sua realização. Pelo nosso Código Penal não há limitação temporal para a estuprada-grávida decidir-se pelo abortamento.

Para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) *gravidez resultante de estupro*; b) *prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal*. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal.

O consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando for o caso, deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico.

A prova do crime de estupro pode ser produzida por todos os meios em Direito admissíveis. É desnecessário *autorização judicial*, sentença condenatória ou mesmo processo criminal contra o autor do crime sexual. Essa *restrição* não consta do dispositivo, e, conseqüentemente, sua ausência não configura o crime de aborto. O médico deve procurar certificar-se da autenticidade da afirmação da paciente, quer mediante a existência de inquérito policial, ocorrência policial ou processo judicial, quer por quaisquer outros meios ou diligências pessoais que possa e deva realizar para certificar-se da veracidade da ocorrência de estupro. Acautelando-se sobre a veracidade da alegação, somente a gestante responderá criminalmente (art. 124, 2ª figura) se for comprovada a falsidade da afirmação. A boa-fé do médico caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo, e, por consequência, afasta a tipicidade.

A excludente em exame estende-se ao crime praticado com *violência implícita* (art. 217-A). A *permissão legal* limita-se a referir-se ao crime de estupro, sem adjetivá-lo. Como o legislador não desconhece a existência das duas formas de violência, elementares desse crime — real (art. 213) e implícita (art. 217-A) —, ao não limitar a excludente à presença de qualquer delas, não pode o intérprete restringir onde a lei não faz qualquer restrição, especialmente para criminalizar a conduta do médico. Com efeito, interpretação restritiva, no caso, implica criminalizar uma conduta autorizada, uma espécie de interpretação extensiva *contra legem*, ou seja, *in malam partem*.

10.3 Aborto necessário ou humanitário praticados por enfermeira

A análise dessa questão é complexa e exige uma série de considerações que, circunstancialmente, podem alterar as consequências da ação praticada, pois não se pode perder de vista que o Código exclui a ilicitude de duas espécies de aborto, ou, melhor dito, por dois fundamentos distintos: um por *estado de necessidade* e outro por *razões sentimentais* ou humanitárias.

Na primeira hipótese — *aborto necessário* —, não havendo outro meio de salvar a vida da gestante, nem a enfermeira nem qualquer pessoa que lhe faça as vezes responderá por crime algum¹⁶. Na verdade, a previsão do art. 128, I, é absolutamente desnecessária¹⁷, pois, em *estado de necessidade*, todas as condutas proibidas no Código Penal são excepcionalmente autorizadas, afastando-se a proibição. Assim, nesse caso, a enfermeira não responde pelo crime de aborto, mas com fundamento no art. 24 do CP e não no art. 128, I, uma vez que, não sendo médica, não pode invocar essa *excludente especial*. É bem verdade que, a despeito de desnecessária a previsão em exame, sua prescrição facilita, simplifica e agiliza a atividade médica ante um caso de emergência, e, só por isso, em todo caso, já estaria justificada a *excludente especial*. A despeito do que afirmamos, convém destacar que, apesar das semelhanças que apresentam, a previsão do art. 128, I, não se confunde com o estado de necessidade disciplinado no art. 24, pois há diversidade de requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Na segunda hipótese — aborto proveniente de estupro — a solução é diversa. Para Damásio de Jesus, “a enfermeira responde pelo delito, uma vez que a norma permissiva faz referência expressa à qualidade do sujeito que pode ser favorecido: deve ser médico”¹⁸. Comungamos desse entendimento apenas parcialmente. Na

16. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 124.

17. Nesse sentido, Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1988, v. 2, p. 37. Não têm razão aqueles que pensam o contrário, porque o aborto necessário não depende do consentimento da gestante, seja com fundamento no art. 128, I, seja com fundamento no art. 24, ou até mesmo com base no art. 146, § 3º.

18. Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 124.

verdade, a conduta especial da ilicitude. Contudo que é de todo responder-se a *inexigibilidade*. Somente responder pelo crime.

Por fim, se a ilicitude de aborto

Ora, se o fato punir o participante enquanto participante a qual “exige que a participação seja desta até certo sua ação seja anível. O fato é co

10.4 Aborto

Trataremos aspectos éticos, reanálise, dentro apresentará uma pelo contrário, sem, ademais, penal com sua poderá aguardar “condenada” a maniza e destrói gestantes que a repetição milenar ser condenada um ser inanimado o nascimento dela a enterrar u

19. Cezar Roberto Saraiva, 2000, v. 1

verdade, a conduta da enfermeira, na hipótese, não está acobertada pela excludente especial da ilicitude, que exige uma condição especial — ser médico —, não possuída pela enfermeira. Logo, essa conduta reveste-se de tipicidade e de antijuricidade. Contudo, isso não esgota a análise casuística dos fatos. Queremos dizer que é de todo recomendável analisar, na fase seguinte, a hipótese de poder configurar-se a *inexigibilidade de outra conduta*, que, se reconhecida, excluirá a culpabilidade. Somente se, concretamente, se afastar essa possibilidade a enfermeira deverá responder pelo crime de aborto.

Por fim, se a enfermeira auxilia o médico na realização de qualquer das modalidades de aborto legal, deve responder pelo crime?

Ora, se o fato praticado pelo médico, que é o autor, for lícito, não há como punir o partícipe, e o fundamento da impunibilidade da conduta da enfermeira, enquanto partícipe, respalda-se na *teoria da acessoriedade limitada da participação*, a qual “exige que a conduta principal seja *típica e antijurídica*. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual”¹⁹.

10.4 Aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante

Trataremos neste tópico de um tema — *aborto anencefálico* — não sob os aspectos ético, religioso, social, moral ou emocional, mas procuraremos fazer uma análise, dentro do possível, neutra. Teremos presente que nossa conclusão não representará uma *obrigação* — que constrange, humilha e deprime a gestante —, mas, pelo contrário, será apenas uma *faculdade* que, se não desejar, não precisará usá-la, sem, ademais, ficar submetida aos rigores próprios da violação de norma jurídico-penal com suas drásticas consequências punitivas. Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, rigozizando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a — além da perda irreparável — continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

19. Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*; Parte Geral, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 1, p. 390.

Preliminarmente, no entanto, convém que se examinem dois aspectos dos mais relevantes para esta matéria, quais sejam, o *bem jurídico* protegido e o *sujeito passivo* dessa (im)possível infração penal.

a) *Bem jurídico tutelado*

O *bem jurídico* protegido, como afirmamos anteriormente, é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção — *feto* ou *embrião* —, embora ainda não seja pessoa, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante (integridade física e psicológica). No entanto, a *antecipação consentida do parto* na hipótese de comprovada gravidez de feto anencéfalo não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencéfalo não há vida viável em formação. Em outros termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva.

Por outro lado, relativamente à gestante, a gravidez anencefálica é potencialmente perigosa, apresentando sérios e graves riscos à vida e à saúde da gestante, além dos graves efeitos psicológicos, com consequências depressivas, angustiantes etc. Ademais, o consentimento da gestante afasta a autoincriminação, além de assegurar-lhe, nesses casos, somente benefícios de ordem física e psíquica. Não era outro o entendimento de Hungria, que já, a seu tempo, examinando essa temática, pontificava: “Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O *feto expulso* (para que se caracterize o aborto) (*sic*) 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 (*sic*), para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto”²⁰.

b) *Sujeito passivo*

Sujeito passivo, no *autoaborto* e no *aborto consentido* (arts. 124 e 126), é o feto, ou, genericamente falando, o *produto da concepção*, que engloba óvulo, embrião e feto. Na hipótese de *aborto anencefálico*, no entanto, o *feto* não incorpora a condição de *sujeito passivo*, por faltarem-lhe as condições fisiológicas que lhe permitam tornar-se um dia pessoa, não passando de um produto patológico sem qualquer possibilidade de vida. Na verdade, somente o feto que apresente potencial capacidade de tornar-se pessoa pode ser *sujeito passivo* do crime de aborto. A antecipação do parto, nessas circunstâncias, portanto, não pode ter repercussão penal, considerando-se que somente a conduta que frustra ou impede o nascimento

20. Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 5, p. 297-8.

ou surgimen
da gestante
Transco
brasileiro d
muitos dos
que não só
e a tecnolo
à realidade
dade para o
Direito Pen
usos e cost
ética em u
essa realida
te a um int
formadora
cidade mo
regra, foi o
tista ganha
sociais, res

Assim
normas pe
ignorarem
geral e, n
transform
médicas o
o verdade
em outro
padrão de
ficar alhe
lei não de
mas sim t
da lei às e
forma. D
remota h
digo Pena
É nes
anencefá
aborto, r
derna, tr
de 1940,

21. Luis J

ou surgimento de um ser humano ou que cause danos à integridade física ou à vida da gestante pode adequar-se à descrição típica do crime de aborto.

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

Assim, surgem, por vezes, situações inusitadas e que reclamam aplicação das normas penais de outrora. Nessas horas, não é permitido à ciência e ao cientista ignorarem os avanços culturais, técnicos, científicos e tecnológicos da sociedade em geral e, no caso, da medicina em particular, mesmo diante das mais profundas transformações que tantas décadas possam ter produzido, sejam éticas, culturais, médicas ou científicas. É nessa sociedade que, pela hermenêutica, deve encontrar-se o verdadeiro sentido de normas que ganharam vida através do legislador, mesmo em outro século, objetivando *normatizar* uma sociedade que se pautava por outro padrão de comportamento. Como destacava Jiménez de Asúa, “os juízes não podem ficar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas. Por isso, a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em conta o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é a forma. Decorre daí o dever de ajustá-la a situações que não foram imaginadas na remota hora de seu nascimento. Assim têm podido viver velhos textos como o Código Penal francês, que tem mais de século e meio de existência”²¹.

É nessas condições, pois, que se deve enfrentar a questão atualíssima do *aborto anencefálico*, a começar pelo exame da adequação ou inadequação da denominação *aborto*, na medida em que se trata de *feto sem vida*, ou, na linguagem médica moderna, trata-se de um *feto com morte cerebral*. Examinando-se nosso Código Penal de 1940, constata-se que o legislador de então, ao criminalizar o aborto, não foi

21. Luis Jiménez de Asúa, *El criminalista*, Buenos Aires, TEA, 1949, t. III, p. 139.

radical, pois admitiu como lícito, ainda que excepcionalmente, o *aborto necessário* e o *aborto sentimental* (art. 128). Isso permite concluir que, se, na época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente também teria admitido o denominado *aborto anencefálico*, diante da *absoluta certeza da inexistência de vida*, como ocorre na atualidade.

Para contextualizarmos o tema, é conveniente que iniciemos examinando o entendimento doutrinário vigente na primeira metade do século XX, quando nosso Código entrou em vigor. Para tanto, nada mais justo que se recorde o entendimento de Nélson Hungria, o maior defensor do referido diploma legal, que emitiu o seguinte entendimento sobre essa temática, tendo afirmado: “andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de ‘eugenia’. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a lição de Von Franqué: ‘Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes interinamente sãos e de alta espiritualidade... A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos’”²².

Com uma rápida leitura desse texto de Hungria, constata-se, de plano, que os tempos eram outros, que a ciência médica ainda desconhecia a anatomia humana e ignorava os avanços que em pouco tempo se poderia atingir. Com efeito, quando Hungria fez tais afirmações, a expressão “eugenia” carregava, em seu bojo, uma profunda carga de rejeição social, emocional e até racial, refletindo-se no pensamento não só da ciência médica como dos próprios penalistas da época, como ocorria com o próprio Hungria. Na verdade, como primeiro passo para facilitar a compreensão e principalmente fundamentar uma decisão livre de *pré-conceitos* cheios de ranços *ético-raciais* e até de desconhecimentos médico-científicos, devemos começar buscando uma terminologia mais adequada para abordarmos esse tema que assume proporções dramáticas, dependendo da solução que se venha adotar como orientação definitiva. Justifica-se que ainda se continue falando em “eugenia” como fazia, a seu tempo, Nélson Hungria, com toda sua *carga emocional-racial* que o termo carregou consigo em meados do século passado, especialmente a partir do *nacional-socialismo*?

Alberto Silva Franco, a propósito, define a questão de forma definitiva: “Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as leem, reações emocionais.

22. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. I, p. 314.

Fala-se, ent
nificado de
ções a resp
emocional.
rante o pe
sundheitge
dheit), a ju
gravidez,
Assim, as
cionalmen
inviabiliza
Deve-se, c
mo alemã
uma raça
raça supe
está morr
mento, e

Limite
qual seja
quemati
extraute
nessas c
tipicida

A d
situaçõe
mesmo
nos seg

1. I
em non
por va
medicin
ciganas

2.
nome
salvar
tado p

3.
em no
lesões
é o ca

23. A

Fala-se, então, do 'significado emotivo' dessas palavras que se adiciona ao seu 'significado descritivo'. 'Eugenia' é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrição emocional, e tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional-socialista. A 'Lei para a purificação da raça' (*Erbgesundheitsgesetz*) introduziu, por motivos da chamada 'saúde do povo' (*Volksgesundheitsgesetz*), a justificação dos casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação de glândulas sexuais). 'Eugenia' tornou-se palavra tabu²³. Assim, as locuções *indicação eugênica* ou *aborto eugênico* devem ser analisadas racionalmente, sem a indesejável e prejudicial carga de *rejeição emocional* que pode até inviabilizar um exame mais aprofundado e que leve a alguma conclusão mais racional. Deve-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe concedeu o *nacional-socialismo alemão*: não se pode mais falar em *aborto eugênico* com a finalidade de obter-se uma raça de "super-homens" e tampouco para a conservação da "pureza" de uma *raça superior*. Esse período, o mais negro de todos os tempos da civilização humana, está morto e enterrado, e somente deve ser lembrado para impedir o seu ressurgimento, em qualquer circunstância.

Limitar-nos-emos a tecer considerações tão somente ao assunto do momento, qual seja, ao que se está denominando "aborto anencefálico". Em termos bem esquemáticos, o tema limita-se à seguinte hipótese: *o feto não tem cérebro e a sua vida extrauterina é inviável, segundo comprovação médico-pericial*. A expulsão do feto, nessas condições, isto é, sem vida, constitui aborto? Em outros termos, o exame da tipicidade, numa posição invertida da pirâmide, exige uma análise criteriosa.

A doutrina especializada (da área médica) apresenta uma classificação de situações de *aborto* que, genericamente, oferece um espectro interessante e, ao mesmo tempo, abrangente que serve à doutrina penal para fazer o exame jurídico, nos seguintes termos:

1. *Interrupção eugênica da gestação (IEG)*, que são os casos de aborto ocorridos em nome de práticas eugênicas, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos. Comumente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras.

2. *Interrupção terapêutica da gestação (ITG)*, que são os casos ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que se interrompe a gestação para salvar a vida da gestante. Hoje em dia, em face do avanço tecnológico experimentado pela Medicina, são cada vez mais raros os abortos inscritos nessa tipologia.

3. *Interrupção seletiva da gestação (ISG)*, que são os casos de *abortos* ocorridos em nome de *anomalias fetais*, em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões no feto, apresentando patologias incompatíveis com a vida extrauterina, como é o caso da *anencefalia*.

23. Alberto Silva Franco, Aborto por indicação eugênica, RJTJSP, 132:9.

4. *Interrupção voluntária da gestação (IVG)*, que são os casos de aborto ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, isto é, situações em que se interrompe a gestação porque a mulher, ou o casal, não mais deseja a gravidez, seja ela fruto de estupro ou de uma relação consensual. Muitas legislações que permitem a IVG impõem limites gestacionais à sua prática²⁴.

Com exceção da primeira hipótese, Interrupção eugênica da gestação — IEG, todas as demais formas de aborto levam em consideração a *vontade da gestante* ou do próprio casal. O valor da autonomia da gestante é um dos pilares da teoria *principialista*, a mais difundida na Bioética da atualidade, mas que não poderá ser objeto de análise neste espaço²⁵.

No último parágrafo do item 4 deste mesmo capítulo, procurando definir o aborto criminoso, afirmamos que “o crime de *aborto* pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”. E mais: que “a morte do feto tem de ser resultado direto das manobras abortivas”. Quando definimos o *bem jurídico tutelado*²⁶ na tipificação do crime de aborto (item 2), no entanto, sustentamos, claramente, que o produto da concepção — *feto* ou *embrião* — “tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica”; embora, no mesmo tópico, reconhecemos que o *objeto da proteção legal* da criminalização do aborto não seja a pessoa humana, como ocorre no homicídio, mas a sua formação embrionária. Esse raciocínio justifica-se com a permissão de, nas circunstâncias que excepciona (art. 128, I e II), ser autorizada a realização legal do aborto, enquanto, em nenhuma circunstância, o legislador autoriza a supressão da vida humana (não vale argumentar com as excludentes de criminalidade, por tratar-se de situações distintas).

24. Débora Diniz e Marcos de Almeida, Bioética e aborto, in Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Gabriel Oselka e Volnei Garrafa (coordenadores), *Iniciação à Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1998, apud Carlos Artidório Allegretti, *Considerações sobre o aborto* (inédito), p. 6 do artigo.

25. A quem se interessar por esse aspecto, recomendamos a leitura do artigo do Prof. Allegretti, aqui amplamente citado, que faz percuciente e autorizada análise desse tema.

26. Carlos Artidório Allegretti, Revisão crítica do crime de aborto: a busca de um consenso possível, in *Livro homenagem...*: “o *bem jurídico* tutelado, no caso do aborto, é a vida ou o direito à vida? A resposta a essa pergunta deve ser precedida de profunda reflexão. A lei pátria não protege a vida, em seu valor intrínseco ou sagrado, mas o direito do feto de viver e de continuar vivendo. O tratamento legal indica que o embrião é um *sujeito de direito*, pois ... *tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica* além de que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. A discussão é importante, na medida em que alcança o cerne do positivismo jurídico: quem concorda que o embrião é um *sujeito de direitos* e, portanto, seus interesses devem ser protegidos, adotará o projeto positivista, que não admite a imbricação do direito com a moral e com a política e cujo primado é a lei; quem concorda com a proteção do feto porque a vida é inviolável e tem valor intrínseco e sagrado, orienta-se sobre princípios e concorda, via de regra, que o direito é valor social e, portanto, aceita a interação direito/moral e direito/política”.

Fizemos questão de recuperar essas nossas concepções sobre o *aborto* para que nossas afirmações, neste tópico, não sejam utilizadas de forma descontextualizadas. Partimos do princípio de que nenhuma mulher quer abortar, pois não desconhecemos que o aborto é uma agressão violenta, não apenas contra o feto, mas também contra a mulher, física, moral e psicologicamente, e que, naturalmente, a expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à sua saúde e à sua própria vida. Quando a mulher opta pelo abortamento, não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir consequências irreversíveis sobre sua vida, seu corpo, sua psique e seu futuro. Nesse sentido, acrescenta Marco Antonio Becker: “certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedado pelo art. 5º, inciso III, da Constituição Federal”.

No Brasil, a atual “lei de transplante de órgãos” (Lei n. 9.434/97) autoriza a extração destes, com o simples reconhecimento médico da — na terminologia médico-moderna — denominada “morte cerebral”, cuja simples pronúncia, certamente, deve deixar Hungria contorcendo-se em seu “leito sepulcral”. Ou seja, a simples “morte cerebral” — que mantém os demais órgãos do corpo humano “vivos” — autoriza a extração de todos esses órgãos, imediatamente, isto é, enquanto *vivos*, pois, *mortos*, de nada serviriam —, consagrando o reconhecimento não apenas médico, mas agora também legal, de que a *vida* não se encerra somente quando “o coração deixa de bater”. A *lei de transplante de órgãos*, por certo, não está autorizando um *homicídio*, ainda que se lhe reconheça “fins humanitários”, ou que uma vida “suprimida” pode representar a preservação de várias, ou, ainda, que aquela vítima teria apenas uma sobrevida etc. Não, certamente não, especialmente para um país católico, com formação cristã e que jamais fez concessões a orientações de cunho *neossocialista*. Diante dessas constatações, sempre tivemos grande dificuldade em admitir que a *expulsão antecipada de um feto*, sem vida, pudesse configurar *aborto, provocado ou consentido*, criminoso ou não. Pois agora, aflorado esse debate, aumentou nossa convicção no sentido negativo. Mas era apenas uma convicção pessoal, produto de elaborado raciocínio lógico-jurídico, de alguém leigo em medicina. Mas, felizmente, para nosso conforto pessoal, recebemos a confirmação científica, emitida por especialistas da área médica, que concluem nesse sentido, sendo lapidar a afirmação do médico Marco Antonio Becker, Secretário do Conselho Federal de Medicina, que sustenta: “Quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida”²⁷. E complementa Becker: “a morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito jurídico de morte considera um determinado ponto desse processo biológico. Durante séculos adotou-se a parada cardiorrespiratória como índice demarcador da vida”.

27. Marco Antonio Becker, Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez, *Revista Medicina*, Conselho Federal de Medicina, n. 155, maio/jul. 2005, p. 10.

O entendimento do legislador brasileiro, não há dúvida alguma, seguindo a evolução médico-científica, reconhece que “a morte cerebral” põe termo à vida humana. Ora, se a “morte cerebral” significa *a morte*, ou, se preferirem, ausência de vida humana, a ponto de autorizar o “esquartejamento médico” para fins científico-humanitários, o que se poderá dizer de um feto que, comprovado pelos médicos, nem cérebro tem? Portanto, a *interrupção de gravidez* em decorrência de *anencefalia* não satisfaz aqueles elementos, que destacamos anteriormente, de que “o crime de aborto pressupõe gravidez em curso e é indispensável que o feto esteja vivo”, e ainda que “a morte do feto seja resultado direto das manobras abortivas”. Com efeito, na hipótese da *anencefalia*, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa *interrupção de gravidez* revela-se absolutamente *atípica* e, portanto, nem sequer pode ser tachada como *aborto*, criminoso ou não. Para nossa satisfação doutrinário-científica, não é outra a conclusão do ilustre médico gaúcho Marco Antonio Becker, na conclusão de seu belíssimo artigo científico: “Não há porque adicionar outra excludente ao art. 128 do Código Penal, pois pelas razões expostas o ordenamento jurídico já existente autoriza o médico a retirar o feto de anencéfalo da gestante, a seu pedido, sem que com isso incorra em infração penal ou ética, pois, repetimos: se não há vida, não há que se falar em aborto”²⁸.

Em síntese, para se configurar o crime de *aborto* é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de *gestação*, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois o crime somente se consuma com a ocorrência desta, que, segundo a ciência médica, nesses casos de anencéfalo, acontecera *antes*.

Deixamos claro no terceiro tópico deste capítulo que não fazemos distinção entre vida biológica e vida autônoma ou extrauterina e tampouco a existência de capacidade de vida autônoma. Assim, não nos interessa ingressar no plano metafísico dessa discussão, e nos limitamos à constatação científica da *inexistência de vida em feto anencefálico*. Ainda, somente para refletirmos, uma outra questão: que crime cometeria quem, expelido o feto anencefálico, lhe desferisse um tiro, destruindo-o? Maggiore, comentando o Código Rocco (art. 441) afirmava: “Há, portanto, homicídio toda vez que se destrua a vida de um recém-nascido... ainda que *não vital*, posto que vivo, salvo quando a vida seja, por algum defeito de conformação, apenas aparente”²⁹. Ora, está respondida a questão: na hipótese de *feto anencefálico* expelido não há que falar em vida, e sem vida não se pode falar em homicídio do “feto expelido”. Estar-se-ia, portanto, diante de um *crime de homicídio impossível*, por absoluta impropriedade do objeto. *Mutatis mutandis*, pelas mesmas razões, reconhecendo-se que, pelo menos no Brasil, a *morte legal* (Lei n. 9.434/97) é a “morte cerebral”, a expulsão voluntária antecipada de *feto anencefálico* não

28. Marco Antonio Becker, Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez, p. 10.

29. Apud Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 36-37.

constit
co, ant
10.4.1
A
descom
pessoal
ao Dir
radica,
mente
tra o f
condut
Seg
Portan
reprova
tariam
tenha
emitido
feto. E
determ
Cu
solução
por si s
soment
decisão
— da c
bilidad
concret
com o c
Um
essa po
em favo
isto é, c
lução d
ções em
sujeito
30. Ceza
1, p. 350
31. Han
32. Han

constitui *aborto*, criminoso ou não. Trata-se, na verdade, de comportamento atípico, ante a ausência de elementares típicas do crime de aborto.

10.4.1 Inexigibilidade de conduta diversa: ausência de fundamento para censura social

A *culpabilidade*, ao contrário da antijuridicidade, não se esgota na *relação de desconformidade* entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a *reprovação pessoal* contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitida³⁰. A essência da culpabilidade radica, segundo a teoria finalista, no “poder em lugar de...” do agente referente à representação de sua vontade antijurídica, e é exatamente aí que se encontra o *fundamento da reprovação pessoal*, que se levanta contra o autor por sua conduta contrária ao Direito.

Segundo Welzel, culpabilidade é a *reprovabilidade* da configuração da vontade. Portanto, toda culpabilidade é culpabilidade de vontade, ou seja, somente se pode reprovar ao agente, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode algo voluntariamente³¹. Para justificar a imposição de uma sanção, não é suficiente que o autor tenha obrado típica e antijuridicamente. O *juízo de desvalor* somente pode ser emitido quando existir a possibilidade de formular uma *reprovação* ao autor do fato. E essa possibilidade só existirá quando, no momento do fato, o autor *puder* determinar-se de outra maneira, isto é, pelo dever jurídico.

Culpabilidade, em outros termos, é reprovabilidade, e o que se reprova é a resolução de vontade contrária ao direito. No entanto, o *conhecimento do injusto*, por si só, não é fundamento suficiente para se *reprovar* a resolução de vontade. Isto somente poderá ocorrer quando o autor, numa situação concreta, puder adotar sua decisão de acordo com esse *conhecimento*. “Não se trata aqui — afirmava Welzel — da *capacidade geral de decisão* conforme o sentido, por conseguinte, da *imputabilidade*, que existe independentemente da situação dada, mas de *possibilidade concreta* do autor, *capaz de culpabilidade*, de poder adotar sua decisão de acordo com o conhecimento do injusto³².”

Um dos elementos mais importantes da *reprovabilidade* vem a ser exatamente essa *possibilidade concreta* que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica. O Direito exige, geralmente, do sujeito imputável, isto é, daquele que pode conhecer a antijuridicidade do seu ato, que tome sua resolução de vontade de acordo com esse conhecimento possível. Porém, existem situações em que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que realize dita conduta com conhecimento da antijuridicidade

30. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de Direito Penal*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, v. 1, p. 350-351.

31. Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, p. 197-198.

32. Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 125.

que lhe é própria³³. Nessas circunstâncias, ocorre o que se chama de *inexigibilidade de outra conduta*, que afasta o terceiro elemento da culpabilidade, eliminando-a, consequentemente.

Na verdade, como a culpabilidade é *juízo de reprovação social*, compõe-se, além da imputabilidade e consciência da ilicitude, como já nos referimos, de outro elemento, qual seja, a “*exigibilidade de outra conduta*”, pois *culpável* é a pessoa que praticou o fato, quando outro comportamento lhe era exigido, e, por isso, exclui-se a culpa pela *inexigibilidade de comportamento diverso* daquele que, nas circunstâncias, adotou. Assim, a *inexigibilidade de outra conduta* exclui, portanto, a culpabilidade, não bastando, por conseguinte, a prática de um fato típico e antijurídico para que seja socialmente reprovável.

Com efeito, quando uma gestante de posse de laudo médico assegurando-lhe que o feto que está em seu ventre não tem cérebro e não lhe resta nenhuma possibilidade de vida extrauterina, quem poderá, afinal, nas circunstâncias, *censurá-la* por buscar o abortamento? Com que autoridade moral o Estado poderá exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado, que, quando a natureza resolver expeli-lo, não terá alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo?! A *inexigibilidade de conduta diversa*, nessa hipótese, deve ser aceita como *causa excludente da culpabilidade*. Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser esquecidas. Enfim — na hipótese de *anencefalia* —, não se pode *reprovar o abortamento* que a gestante possa pretender, pois, à evidência, *outra conduta não se pode exigir* de uma aflita e desesperada gestante. Seria social e juridicamente inadmissível, além de ferir o *princípio da dignidade humana*, exigir que a gestante, contra a sua vontade, levasse a termo uma gravidez nessas circunstâncias, pois, como lembra, mais uma vez, o médico Marco Antonio Becker: “Todas as mães — afirma esse especialista — têm a feliz expectativa de vestir seu bebê logo após o nascimento; mas a genitora de um anencéfalo sabe que sua roupa será, irremediavelmente, um pequeno caixão”³⁴. Por que, então, condená-la a essa angustiante e aterradora espera?

Concluindo, não se pode falar em *reprovabilidade social* nem em *censurabilidade da conduta* de quem interrompe uma gravidez ante a *inviabilidade de um feto anencéfalo*, que a ciência médica assegura, com cem por cento de certeza, a absoluta possibilidade de vida extrauterina. É desumano exigir-se de uma gestante que suporte a gravidez até o fim, com todas as consequências e riscos, para que, ao invés de comemorar o nascimento de um filho, pranteie o enterro de um feto disforme, acrescentado do dissabor de ser obrigada a registrar o nascimento de um natimorto. A esse propósito, destaca Allegretti³⁵, com muita propriedade, que “o direito brasileiro considera a gravidez *um mero fato*, que tem limites fisiológicos — a concepção e o início do parto. Há pouca ou nenhuma preocupação com a higidez psicológica da

33. Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 125-126.

34. Marco Antonio Becker, *Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez*, p. 10.

35. Carlos Artidório Allegretti, *Revisão crítica do conceito do crime de aborto*.

gestante, o do próprio certeza das vida a fu ridico-pena mento legal verdade qu nhez...)”.

Exigir anencefalia odioso “tra Constituiçã mano. Ade faculdade, proibição, tiva de libe Joaquim B voto: “em loca é: não útero mate to que se in te do feto c

36. Carlos A da mulher — te essencial nas conferên Teerã, de 19 direito huma ou filhas e o cia Internaci cia Mundial pressamente governos qu tivas contra tam às mulhe derivadas do e assumiu pe leis internas dos principa ção sobre a da Mulher, Violência Co titucional qu decisões mai

gestante, ou, mesmo, do embrião, como futura pessoa. A angústia pela deformação do próprio corpo, a preocupação sobre se a criança vai nascer sadia, a afetividade, a certeza das deformações diagnosticadas intrauterinamente, a incerteza sobre que tipo de vida a futura criança vai ter, são questões que passam ao largo na abordagem jurídico-penal ortodoxa. Fêmeas irracionais parem sem essas preocupações e o tratamento legal visível parece não fazer diferença entre elas e as racionais (tanto isso é verdade que Hélio Gomes trata o crime de aborto como *interrupção ilícita da prenhez...*)”.

Exigir que a gestante leve a termo sua gravidez, em situação de reconhecida anencefalia, constitui, inquestionavelmente, uma forma brutal de submetê-la a odioso “tratamento desumano”³⁶, em flagrante violação ao disposto no art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual, *ninguém será submetido a tratamento desumano*. Ademais, permitir a realização de *aborto anencéfalo* constitui somente uma *faculdade*, que a gestante apenas usará se o desejar, que é muito diferente de sua proibição, imposta por norma jurídica cogente, acrescida de sanção criminal privativa de liberdade. Essa linha era seguida pelo relator do HC 84.025-6/RJ, Min. Joaquim Barbosa, conforme deixou claro na seguinte passagem de seu magnífico voto: “em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e

36. Carlos A. Allegretti, Revisão crítica do conceito do crime de aborto: “O direito à saúde da mulher — incluindo-se a saúde sexual e reprodutiva — tem-se constituído em componente essencial dos direitos humanos, concepção refletida em diversos documentos produzidos nas conferências internacionais das Nações Unidas nas últimas décadas. A Conferência de Teerã, de 1968 (Primeira Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos) reconheceu o direito humano fundamental de pais e mães de determinarem livremente o número de filhos ou filhas e os intervalos de seus nascimentos. A partir das Conferências do Cairo (Conferência Internacional sobre População em Desenvolvimento — 1994) e de Pequim (IV Conferência Mundial sobre a Mulher — 1995), a comunidade internacional passou a reconhecer expressamente o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública e recomendou aos governos que considerem a possibilidade de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais, bem como que garantam às mulheres, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para tratar complicações derivadas do aborto. Vale lembrar que o Brasil assinou os documentos das conferências acima, e assumiu perante a comunidade internacional o compromisso político e moral de revisar as leis internas que punem as mulheres submetidas a aborto ilegal. Aliás, o Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção da Mulher, ONU, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994). É essa matéria constitucional que tem permitido ao judiciário brasileiro tomar, em relação ao aborto, algumas decisões mais arrojadas, como tem feito nos últimos tempos”.

psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação de bens entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”³⁷.

Por fim, para concluir, o Brasil ratificou a convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, a Convenção Americana de Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica” (1969), além de muitos outros Tratados e Convenções. Segundo o magistério de Flávia Piovesan, “os direitos garantidos nos Tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”³⁸. Por derradeiro, nos termos da nossa Constituição Federal (art. 5º, § 2º), os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que forem ratificados pelo Brasil, constituem dogmas constitucionais e integram as garantias fundamentais, com *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Nessa linha, adotamos a conclusão de Carlos Artidório Allegretti³⁹, que preconiza: “É impensável que, no Brasil, em horizonte visível, se possa chegar à descriminalização do aborto. O tema está impregnado, ainda, de intolerância religiosa e moral. E, todavia, dever-se-ia pensar no assunto muito séria e racionalmente. O Brasil rural, sem espaços públicos para discussão da autonomia e liberdades públicas, ambiente em que foi editado o código penal que vigorou em 1940, não existe mais. Deu lugar a um país urbano e favelizado, com imensas diferenças sociais, com enorme índice de exclusão, com absoluto desrespeito pelas minorias, mas com paradoxal consciência do coletivo, de espaços conquistados na direção da cidadania, dos direitos individuais e transindividuais e dos direitos humanos. O direito como legislação e como interpretação tem que recuperar o tempo perdido, eis que evoluiu menos do que a sociedade”.

37. HC 84.025-6/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa. O objeto desse *habeas corpus* era exatamente a antecipação do parto de *feto anencefálico*. Desafortunadamente, antes que o julgamento pudesse ocorrer, a gravidez chegou a seu termo final, e o feto, como era previsível, morreu sete minutos após o parto. O digno relator, no entanto, com acerto, divulgou o seu elogiável voto.

38. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 83.

39. Carlos A. Allegretti, *Revisão crítica do conceito do crime de aborto*.

Procuran
tenhamos co
dentro do po
linguística d
religiosos ou
ao menos un
plexo e tão c

11. Ação

No auto
cado por ter
no aborto c
for absoluta
Nas ditas fo
te sofrer les

A ação
dicionada;
importante
crimes, as

Procuramos, nesses termos, fazer um exame racional do tema — talvez não tenhamos conseguido — sem ignorar a discussão metafísica, mas nos afastando, dentro do possível, e não ingressando, como destaca Carlos Allegretti, na *guerrilha linguística* da argumentação passional, movida, principalmente, por pressupostos religiosos ou morais, com o que será difícil, para não dizermos impossível, atingir ao menos um consenso mínimo sobre tema tão grave e ao mesmo tempo tão complexo e tão delicado.

11. Ação penal e sanção penal

No *autoaborto* (art. 124) a pena é de detenção, de 1 a 3 anos; no *aborto provocado por terceiro, sem consentimento* (art. 125), a pena é de reclusão, de 3 a 10 anos; no *aborto consensual* (art. 126), a pena é de reclusão, de 1 a 4 anos. Se a gestante for absolutamente incapaz, a pena do aborto consensual também será de 3 a 10 anos. Nas ditas formas “qualificadas”, as penas serão majoradas em um terço se a gestante sofrer lesão corporal grave, e duplicadas se lhe sobrevier a morte.

A ação penal, a exemplo de todos os crimes contra a vida, é pública incondicionada; nem podia ser diferente, pois esses crimes atacam o bem jurídico mais importante do ser humano, que é a vida, tanto uterina quanto extrauterina. Nesses crimes, as autoridades devem agir *ex officio*.