



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**ALEXANDRE RODRIGO E SILVA**

**ABORTO**

**JUIZ DE FORA**

**2009**



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**ALEXANDRE RODRIGO E SILVA**

**ABORTO**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos/Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**JUIZ DE FORA**

**2009**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Alexandra Rodrigo e Silva

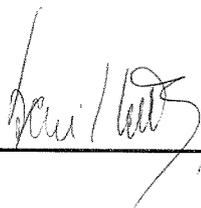
Aluno

ABORTO

Tema

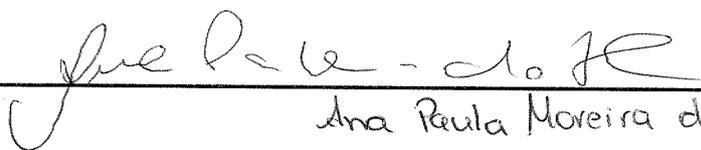
Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

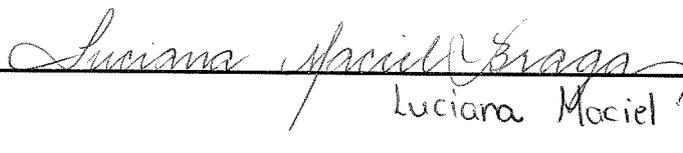


(Orientador)

Beonier Chiacini Villar



Ana Paula Moreira da Silva



Luciana Maciel Braga

Aprovada em 29 / 06 / 2009.

Dedico este trabalho aos meus pais, Helena e Narciso, que sempre depositaram a mais completa e absoluta confiança nas minhas decisões, além de eterno amor e carinho e por terem me apoiado na escolha de minha profissão.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pelas conquistas alcançadas, graças recebidas e por ter-me permitido chegar até aqui. E isso certamente não teria sido possível se Ele não tivesse dado os Pais que tenho.

Agradeço à minha namorada, Aline, pela paciência e por todo apoio nos momentos em que tivemos que abrir mão da nossa convivência para que pudesse me dedicar a este trabalho.

Ao professor Besnier Chiaini Villar, por orientar me e instruir me nessa empreitada, visando a minha aprovação e o meu sucesso.

## **RESUMO**

O presente estudo busca apresentar um resumo a respeito do tema, controverso em todos os seus aspectos, quer sejam legais, morais e religiosos. A idéia principal é reunir as diversas opiniões frente aos enfrentamentos advindos de decisões, correntes e estudos com vistas a racionalizar, se é que isto é possível, um resultado plausível ante as necessidades da sociedade e, principalmente, das pessoas diretamente envolvidas na questão.

Pela sua complexidade, o tema se torna extremamente apaixonante, à medida em que a diversidade de opiniões apresentadas por grandes autoridades tanto do mundo jurídico, quanto da comunidade científica e, principalmente religiosa, faz crescer o interesse com relação ao desfecho de uma discussão que está longe de ter um fim.

## SUMÁRIO

### RESUMO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>1 – EVOLUÇÃO CONCEITUAL</b> .....	09
1.1 – Denominação .....	09
1.1.2 – Conceito .....	10
1.1.3 – Histórico.....	12
<b>2 – OBJETIVIDADE JURÍDICA</b> .....	15
<b>3 – ESPÉCIES DE ABORTOS CRIMINOSOS</b> .....	17
3.1 – Sujeitos do delito .....	22
3.1.1 – Sujeito ativo .....	22
3.1.2 – Sujeito passivo.....	23
3.1.3 – Tipos de aborto .....	24
<b>4 – O ABORTO LEGAL</b> .....	27
4.1. – Aborto necessário.....	28
4.1.1 – Aborto da estuproada ou humanitário.....	29
4.1.2 – Aborto eugênico.....	31
<b>5 – CONDIÇÕES JURÍDICAS DO DELITO DE ABORTO</b> .....	35
5.1 – Objeto material .....	37
5.2 – Elemento subjetivo .....	38
5.2.1 – Dolo .....	38
5.2.2 – Dolo eventual .....	39
5.3 – Consumação e tentativa.....	39
5.3.1 – Co- autoria.....	40
<b>6 - ASPECTOS RELIGIOSOS</b> .....	42
<b>CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ELETRÔNICAS</b> .....	51
<b>ANEXOS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, partindo sempre da premissa de que o direito à vida é um direito fundamental, reconhecido por toda a legislação vigente, procura oferecer oportunidades para uma discussão sobre tema tão controverso quanto apaixonante que é a supressão da vida, em sua forma mais tenra e indefesa, através da prática do aborto.

Desnecessário acrescentar que a diversidade de opiniões, respeitadíssimas em sua maioria, faz com que o assunto abordado seja passível de críticas contundentes mas, também, de ferrenha defesa por parte daqueles que vêem no aborto a solução de um dos seus maiores problemas, qual seja, o nascimento de um filho não planejado, ou resultante de um momento de descuido, ou mesmo de uma relação que já não interessa mais.

Simples assim?

Não. Claro que não!

O tema tem desafiado, desde os primórdios da civilização, os mais célebres juristas, os cientistas mais brilhantes, os mais dedicados médicos, religiosos de todas as crenças e todos seres humanos, de uma maneira em geral, porque o direito à vida, mais que um direito fundamental, é o mais antigo dos direito, que existe mesmo antes da própria teoria dos direitos fundamentais.

A legislação brasileira proíbe a prática do aborto, considerando-o como crime contra a vida, previstos nos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Ocorre entretanto que, o mesmo legislador, excepcionou dois casos de aborto, nos quais deixa-se de punir o agente, nas hipóteses em que não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultado de estupro (artigo 128, I e II do Código Penal), valendo acrescentar que o estupro é crime hediondo, previsto no artigo 213 do mesmo diploma legal.

Pelos diferentes aspectos com que se apresenta, podemos perceber que as principais causas da prática do aborto estariam relacionadas a uma série variada de razões, quais sejam, o atraso cultural, a falta de educação sexual, a paternidade “irresponsável”, a ignorância do uso de métodos contraceptivos, a gravidez indesejada, dentre outros.

Procuraremos fazer uma abordagem dentro dos diversos conceitos legais, quer da legislação pátria ou do estudo comparado de outras legislações, sem deixar de mencionar os aspectos religiosos, sempre presentes e, na maioria das vezes, decisivos junto à humanidade.

Esperamos que, ao fim deste trabalho, tenhamos podido acrescentar algo que possa vir a enriquecer o pensamento e a opinião de quantos dele tomarem ciência, crendo, acima de tudo, que o tema, apesar de exaustivamente discutido, jamais se esgotará, quer seja pela sua própria riqueza de elementos, quer seja e, principalmente, pela grandeza de sua própria essência.

## 1 – EVOLUÇÃO CONCEITUAL

### 1.1 - Denominação

A palavra *aborto*, pela sua origem do latim *abortus* (de *aboriri*), com o significado de perecer, morrer, fenecer, é empregada para designar o fato de uma gestação interrompida em sua evolução, com expulsão ou não do produto da concepção. Nesse sentido, tanto designa a ação quanto o efeito de abortar.

A medicina denomina abortamento ao que a Lei designa como aborto. Para medicina, aborto é o produto do abortamento. Essas definições têm o inconveniente de exigir a morte do feto, o que freqüentemente se afigura impossível, pois o corpo expulso pode vir disperso, não se podendo verificar a procedência fisiológica ou patológica da substância expelida. (Preferem o termo *abortamento*, entre outros, os seguintes autores: Galdino Siqueira, Caetano Zamitti Mammana, Oscar Freire, Flaminio Fávero, Basileu Garcia e João Bernardino Gonzaga).

De acordo com Ary de Azevedo Franco a palavra *abortamento* foi empregada pela primeira vez na língua portuguesa pelo Dr. Antonio José de Lima Leitão, ao traduzir a obra de Sedillot, publicada em Lisboa em 1855, que afirma claramente ser o autor do termo<sup>1</sup>.

Almeida Junior, que durante certo tempo empregou o termo *abortamento* para significar o ato e *aborto* para designar o produto, declarou posteriormente a sua preferência pelo termo *aborto* pelas seguintes razões: está no gênero da língua portuguesa dar preferência às formas contraídas; o uso corrente dá-lhe preferência; é o termo usado em italiano e espanhol, línguas neolatinas mais próximas da nossa do que o francês; a expressão é

---

<sup>1</sup>LIMA, Cleunice Orandi de, **Depois do aborto**, 2 ed Moderna

tradicional, quer nas leis brasileiras, quer nas leis portuguesas, não sendo conveniente criar-se dualidade de vocabulário.<sup>2</sup>

De fato, é essa a orientação que prevalece na lei e na doutrina brasileira em geral.

### 1.1. 2 – Conceito

Costuma-se distinguir dois sentidos do vocábulo *aborto*: um do ponto de vista médico e outro do ponto de vista jurídico.

Em medicina o aborto consiste na interrupção da gravidez no período em que o feto não é ainda viável, isto é, nos seis primeiros meses de vida intra-uterina, interrupção essa que tanto pode ser natural como determinada, não importando se a expulsão do feto resulta ou não de manobras abortivas adequadas. É então denominado *ovular*, se a expulsão se dá até o vigésimo dia da concepção, *embrionário*, até o terceiro mês e *fetal* até o sexto mês. Daí por diante, até o nono mês, *parto prematuro*, porque a criança pode nascer com vida, e, depois de decorrido o nono mês, *parto a termo*.<sup>3</sup>

Juridicamente, porém, deve entender-se por *aborto* a destruição ou aniquilamento do produto da concepção em qualquer dos momentos anteriores ao término da gravidez, sem se levar em conta os requisitos de viabilidade, idade e formação regular.

Não existe, todavia, uniformidade entre as várias definições existentes para o aborto do ponto de vista jurídico, podendo, seus autores, serem agrupados em três posições fundamentais:

a) Na primeira estão aqueles que, como Carrara, definem o aborto como sendo a morte do feto no útero materno. Entende Carrara que esse delito, porque se assenta na morte do feto, deve ser denominado *feticídio*, e assim o define:

---

<sup>2</sup> ALMEIDA JR., A. F. *Aborto e infanticídio*. In RF, 91/40, 1942.

<sup>3</sup> VERARDO, Maria Tereza, *Aborto um direito ou um crime*, Moderna.

*“Feticídio é a morte do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, da qual resulta a morte do mesmo feto<sup>4</sup>”.*

Essas definições têm o inconveniente de exigir a morte do feto, o que freqüentemente se afigura impossível, pois o corpo expulso pode vir disperso, não se podendo verificar a procedência fisiológica ou patológica da substância expelida.

Além disso, não abrangem senão a destruição do processo fisiológico da gravidez a partir de um determinado momento, isto é, o momento em que o produto da concepção atinge o período fetal.

b) Na segunda agrupam-se aqueles que, como Garraud, definem o aborto como a expulsão prematura do produto da concepção, violentamente provocada. Para ele *“Aborto é a expulsão prematura, voluntariamente provocada, do produto da concepção<sup>5</sup>”*.<sup>5</sup> Na mesma corrente Tardieu para quem o *“Aborto é a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e formação regular<sup>6</sup>”*.

Assim também Zancarol; *“Aborto é a expulsão prematura do produto da concepção, intencionalmente provocada<sup>7</sup>”*

Essas definições, por sua vez, têm o inconveniente de não abranger os casos em que o aborto se configura mesmo sem que seja expelido o fruto da concepção, que pode, por exemplo, ser absorvido pelo organismo da gestante, ou, então, os casos em que o fruto da concepção é extraído após a morte da mãe, em consequência de manobras abortivas.

b) Na terceira posição reúnem-se aqueles que entendem ser o aborto a interrupção do processo fisiológico da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes de sua maturidade. Assim o entendem: Irureta Goyena, Aníbal Bruno, Cuello Calón, Magalhães Noronha e Nelson Hungria, entre outros.

<sup>4</sup> LIMA, Cleunice Oreandi de, **Depois do aborto**, DPL.

<sup>5</sup> CASTRO, Regina de, **Aborto**, Rio de Janeiro, Maud.

<sup>6</sup> VERARDO, Maria Tereza, **Aborto um direito ou um crime**, Moderna.

Parece ser essa a definição mais precisa, pois abrange a interrupção que pode ocorrer desde a concepção até o início do parto.

A maioria dos códigos penais, entretanto, não define o delito de aborto, empregando para designá-lo, fórmulas genéricas e diversas: procurar o aborto, fazer o aborto, ocasionar aborto, abortar, matar o fruto do ventre materno, etc.

O Código Mexicano de 1931, parece ser o único que contém uma definição de aborto: "*Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez*". (art. 329).

### **1.1.3 - Histórico**

Embora tenha sempre constituído uma prática comum de todos os tempos e entre todos os povos, o aborto nem sempre foi incriminado por todas as legislações, sendo considerado, em épocas remotas, assunto de carácter exclusivamente familiar, às vezes com algumas repercussões no direito privado.

Através da história passou-se por todos os extremos em matéria de repressão, sendo ele sucessiva ou concomitantemente liberado ou punido, duramente castigado, inclusive com a morte, ou castigado de forma mitigada.

No Oriente e na Grécia Antiga, o aborto ficava geralmente impune, o mesmo ocorrendo em Roma, nos primeiros tempos, por considerar-se o feto como parte integrante do corpo da mãe. Porém a corrupção dos costumes, fez-se com que por volta do ano 200 d.C., cominasse pena extraordinária à mulher casada que provocasse aborto, entendendo-o como uma ofensa ao direito do marido à prole esperada.

Na Idade Média, a punição do aborto generalizou-se, mas fazia-se uma distinção, baseada na doutrina de Aristóteles e na doutrina de santo Agostinho, entre feto

animado e feto não animado: só seria punível o aborto se o feto já fosse dotado de alma, o que se entendia comumente ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, conforme fosse varão ou mulher.

Não havia, contudo, unanimidade sobre o termo em que se podia reputar animado o feto; para uns, isso se dava no quadragésimo dia da gravidez, para outros no sexagésimo ou ainda no terceiro mês.

Galdino Siqueira pondera que era impossível muitas vezes, na prática, determinar o início da gravidez, até mesmo para a própria mulher. Daí por que, procurou-se outro fundamento para a mesma, sendo considerado decisivo o aparecimento dos movimentos do feto no ventre materno.

A distinção era, por outro lado repelida por alguns doutores da Igreja, os quais comparavam o aborto ao homicídio cruel de pessoa indefesa, que devia ser reprimido com a morte, ainda mais que impedia fosse ministrado o sacramento do batismo.

No direito alemão, o aborto foi considerado como uma forma de feitiçaria ou um crime especial de homicídio, critério a que também aderiu a Igreja, fazendo a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, a distinção criança viva e criança sem vida.

Foi, sem dúvida, o Cristianismo que trouxe a concepção, válida até hoje, de que o feto, mesmo no ventre materno, embora não se possa reputar como pessoa no sentido jurídico, representa um ser a quem a sociedade deve proteger e garantir o direito à vida.

Essa diretriz foi aceita por quase todos os povos civilizados, variando nas legislações unicamente as penalidades impostas aos infratores, que iam desde a pena capital, até mesmo à simples multa.

O excessivo rigor da punição foi denunciado pelos filósofos do século XVIII que propugnavam pela abolição da pena de morte também para esse delito. Realmente foi ela

sendo abolida, aos poucos e em toda parte, ficando a ele reservada apenas a prisão, mais ou menos prolongada, conforme o caso.

Na época moderna, dois movimentos se batem por novas alterações: um que almeja o abrandamento da pena, para facilitar as condenações; outro, que propugna a descriminalização total ou parcial do aborto.

Impelidos por essas novas idéias, o Código Russo de 1926, e o Código Uruguaio de 1933, tutelaram a liberdade de abortar, cujos efeitos se revelaram tão perniciosos que esses preceitos foram revogados poucos anos depois. Posteriormente, em 1955, o legislador russo retomou a mesma orientação.

Algumas poucas legislações admitem livremente o aborto consentido e procurado pela gestante. A maior parte, porém, acolhe apenas uma descriminalização parcial, no sentido de tornar legal o aborto apenas quando realizado sob específicas e determinadas circunstâncias.

A tendência geral, na atualidade, é a da atenuação da pena para a mulher que pratica ou consente no aborto e penas mais severas para os abortadores.

## 2 – OBJETIVIDADE JURÍDICA

Diversos valores são apontados para justificar a punibilidade do aborto, do ponto de vista filosófico-jurídico, são eles: a vida humana, a integridade física da mulher, a tutela da estirpe, a boa ordem da família e da sociedade e os bons costumes.

Por aqueles que incriminam o aborto, são também lembrados pelos interesses demográfico do Estado, o direito dos pais a terem uma descendência, a normalidade das gestações e dos nascimentos e o sentimento de dignidade nas relações sexuais.

Freqüentemente se decide por uma combinação de alguns desses bens, como por exemplo; a repressão penal do aborto não protege propriamente a pessoa, pois o feto ainda não é tal, não sendo portanto sujeito de direitos, mas protege principalmente um futuro ser humano (*spes homini*), além de tutelar a vida e a saúde da mãe colocadas em grave perigo pelas manobras abortivas, e também o interesse nacional de prevenir a diminuição da natalidade.

Ainda há aqueles que sustentam que a objetividade jurídica do aborto é de natureza complexa, pois a incriminação ampara de um lado o direito-interesse do Estado pela inviolabilidade de seus membros e, por outro lado, a vida humana, que merece respeito ainda que se trate de uma simples esperança humana.

Para outros o aborto não pode ser um atentado contra o feto, já que este não é pessoa, sustenta ser o interesse demográfico, o bem jurídico violado.

Essa posição é criticada por diversos autores, que argumentam que isso faria depender a qualificação do delito de circunstâncias de políticas essencialmente transitórias, o que é inaceitável. De fato, uma nação que em determinado momento necessita de todo seu potencial humano castigará o aborto com grande energia; em outro momento, se houver uma superpopulação, o fato seria não somente lícito e permitido, mas também recomendável.

Assim, o bem jurídico protegido deve ter valor em si mesmo e não somente o que lhe assinala um determinado regime político.

Essa orientação, bastante dominante, é negada pelos partidários da não-incriminação do aborto consentido, como Irureta Goyena que declara não conceber a existência de direito independentemente da existência da pessoa. “*Afirma ele que o direito à vida, de que tanto falam os partidários dessa tese, é posterior ao nascimento e o ataque que se verificar antes desse instante só poderá lesar os direitos da mãe e nunca os do processo fisiológico que se desenvolve em suas entranhas, e que até então constitui uma **pars viscerum matriz***”<sup>7</sup>.

Na doutrina brasileira, todavia, prevalece o critério dos que classificam o aborto entre os crimes contra a vida, por considerarem o feto pelo menos uma pessoa em formação ou uma expectativa de vida humana, critério esse que é também o da lei.

De fato, ainda que não se possa falar, no caso, de vida em sentido próprio, o produto da concepção não deixa de ser dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico, conforme entendimento de Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Aníbal Bruno<sup>8</sup>.”

Para Mirabete

*tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação ou óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida. Protege-se também a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso do aborto provocado por terceiro sem seu consentimento. Na Itália, o aborto é crime contra a continuidade da extirpe*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> PAUS, Ginette, **O sacramento do aborto**, 3 ed. Rio de Janeiro, Rosa dos tempos.

<sup>8</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v.5, p. 279.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 2, p. 52.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal - Parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. 4º, p. 155.

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2002, v.2, p.93.

### 3 – ESPÉCIES DE ABORTO CRIMINOSO

Deixando de lado o aborto espontâneo, aquele que se produz como consequência de causas meramente naturais, do qual não se ocupa a lei, o aborto provocado, aquele que tem sua origem num ato humano, pode ser classificado como *licito*, ou legal, e *illicito* ou criminal. Somente este último constitui o delito de aborto, incriminado pela grande maioria das legislações penais.

As espécies, porém, de um ou outro tipo, vão variar de acordo com o que as diferentes legislações estabelecem ou das circunstâncias que estipulam para que o aborto seja permitido ou tolerado.

A legislação brasileira utiliza como forma de identificação do aborto criminoso a perícia efetuada por médico legista, que deverá emitir um Laudo de Exame de Aborto que consiste nas respostas de quesitos formulados, a saber:

Primeiro – Se há vestígios de provocação de aborto;

Segundo – Qual o meio empregado;

Terceiro – Se, em consequência do aborto ou do meio empregado para provocá-lo, sofreu a gestante incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente, ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou deformidade permanente (resposta especificada);

Quarto – Se não havia outro meio de salvar a vida da gestante (no caso de aborto praticado por médico);

Quinto – Se a gestante é alienada ou débil mental.

De um modo geral, a atual legislação brasileira incrimina pela prática do delito de aborto não só a gestante que o pratica ou dá o seu consentimento, mas também terceiros que intervenham na prática do mesmo. Assim, reconhece as seguintes modalidades:

- a) aborto provocado pela gestante, ou auto-aborto (CP, artigo 124);
- b) aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante ( CP, artigos. 126 e 124, 2ª parte);
- c) aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (CP, artigo 125);
- d) aborto qualificado ou preterintencional (CP, artigo 127).

**A) Aborto provocado pela gestante ou auto-aborto:**

Na primeira hipótese, é a própria mulher quem provoca o aborto, embora possa ser instigada ou auxiliada por outrem, caso em que o terceiro, sendo co-partícipe, sofrerá a mesma pena cominada à mulher, segundo as regras do art. 29, que é a detenção, de um a três anos.

*O auto-aborto consiste em provocar o aborto em si mesma. O agente no caso é a própria mulher grávida. O terceiro que participa do fato, auxiliando ou de qualquer forma contribuindo para o delito, incide nas mesmas penas e pratica o mesmo crime. Nessa hipótese, é a própria mulher que pratica os atos de execução do aborto, sendo o crime de mão própria. A pena é de detenção, de um a três anos<sup>10</sup>.*

**B) – Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante:**

No segundo caso, o aborto é executado por terceiro, mas a mulher é sua co-partícipe, por haver consentido, co-participação essa que, ao invés de se enquadrar na regra geral do artigo 29, é erigida em crime especial a que se comina pena idêntica à do auto-aborto, ou seja, detenção de um a três anos.

Ao seu autor, porém, a pena a ser aplicada será a do artigo 126: reclusão de um a quatro anos.

*Duas são as hipóteses consideradas pelo artigo 124. A primeira é do auto-aborto. É a própria gestante que pratica em si mesma. Tal requisito é da essência do delito. Se um terceiro a auxilia, será co-autor. Já no aborto consentido, é outrem que o executa, porém com a aquiescência da mulher. A atuação desta não é secundária, como pode parecer a alguns, razão tendo Maggiore para observar que a gestante não é inerte, mas*

<sup>10</sup> STOCO, Rui e FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 6.ed. RT, vol. 1, p. 2122.

*coopera, consentindo nas práticas abortivas, isto é, sujeitando-se a estas com movimentos corpóreos (ao menos, pondo-se em posição obstétrica): não omite: age. Aliás, nossa lei considera-a ainda que autora do crime de aborto consentido. Em dita hipótese, o terceiro que materialmente provoca o aborto devia ser co-autor, porém, em face da disposição expressa no artigo 126, comete este crime. Cada um, pois, responde por título de delito. O consentimento da mulher é elemento do tipo: ao invés de discriminar, integra, a figura, pois trata-se de bem indispensável, inoperante então, sendo tal consentimento. Deve ele ser válido, isto é, quem o deu podia dar<sup>11</sup>.*

É de se notar que o consentimento da gestante não é considerado válido se ocorre algumas das hipótese previstas no parágrafo único do artigo 126, ou seja: se ela não é maior de 14 anos, se é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Em qualquer desses casos é como se não houvesse sido dado o consentimento e não sofrerá a gestante qualquer pena, enquanto que ao terceiro, autor, será aplicada a sanção do artigo 125, que se refere ao aborto sem o consentimento da mulher.

*Nas modalidades previstas nos artigos 126 e 124, in fine. O crime é um só, embora o provocador seja punido com a pena de reclusão, de um a quatro anos, e a gestante com detenção, de um a três anos. Há, portanto, dois sujeitos ativos, se bem que punidos diferentemente. Por isso mesmo, alguns autores, notadamente italianos, vislumbram na espécie um exemplo do denominado crime pluri-subjetivo. Evidentemente, o consentimento da gestante há de ser juridicamente válido, pois, em caso contrário, o provocador responderia pelo de aborto sofrido (artigo 125), tornando-se ela sujeito passivo. O consentimento atine com a provocação do aborto em si mesma, não com os meios a serem empregados pelo terceiro, salvo se a gestante impôs, como condição **sine qua non** do seu consentimento, o uso de um determinado meio<sup>12</sup>.*

### **C) – Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante:**

Relativamente ao aborto sem o consentimento da mulher, considerado o caso mais grave sofre também penas mais severas, que podem ir de três a dez anos de reclusão. Adverte Nelson Hungria, “*não ser necessária, nesse caso, a negativa expressa da gestante, bastando que os meios abortivos tenham sido empregados à sua revelia ou ignorando ela achar-se grávida*<sup>13</sup>”.

<sup>11</sup> STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. *Op.cit.* p.2122.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op.cit.* p.295.

A punição mais severa se justifica porque, a lei visa proteger a mulher, que se transforma em sujeito passivo ao lado do feto. A falta de consentimento da gestante é elemento essencial do crime em apreço.

*O aborto praticado sem o consentimento da gestante é a forma mais grave do crime, sendo a pena de reclusão, de três a dez anos. Como ensina Magiore, II/616, não se exige o dissenso expresso da gestante, podendo ele presumir-se no caso em que o aborto é praticado sem que a vítima dele tenha conhecimento. O vigente Código Suíço (artigo 119) agrava a pena se o agente pratica aborto profissionalmente. Na medida da pena não pode deixar de influir maior ou menor grau de desenvolvimento da gravidez. Nesse sentido, segundo Carrara, § 1.254, havia antiga prática germânica<sup>14</sup>.*

Acrescente-se ainda que nos casos de aborto provocado por terceiros, sendo o agente médico, aplica-se a *pena restritiva de direitos, in casu, a interdição temporária*, que se constitui na proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (Artigo 47, II do Código Penal).

#### **D) – Aborto qualificado ou preterintencional:**

O aborto qualificado ou preterintencional previsto no artigo 127 de Código Penal, sob a rubrica *forma qualificada*, diz respeito somente aos atos praticados por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, em que o resultado mais grave excede à intenção do agente e lhe é imputável a título de culpa. Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, diz a lei, as penas dos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço; e são duplicadas se por qualquer dessas causas lhe sobrevem a morte.

Neste caso, também deverá ser realizado uma perícia feita por médico legista, que expedirá o Laudo de Exame Cadavérico em aborto, respondendo aos seguintes quesitos:

Primeiro – Se houve morte;

Segundo – Se a morte foi precedida de provocação de aborto;

Terceiro – Qual o meio empregado para a provocação do aborto;

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.84.

Quarto – Qual a causa da morte;

Quinto – Se a morte da gestante sobreveio em consequência do aborto ou do meio empregado para provocá-lo.

Para Nelson Hungria, “*a morte da gestante é qualificativa do aborto sempre que seja previsível, ainda que em mínimo grau, como consequência do aborto ou dos meios empregados*<sup>15</sup>”. Já Aníbal Bruno insurge-se contra essa exigência, alegando faltar-lhe apoio legal. Para ele, “*o que prende essa ocorrência não querida nem prevista ao ato da provocação do aborto é um simples nexo de causalidade*”, tratando-se apenas de um caso de responsabilidade pelo resultado, “*em que a culpabilidade do agente, em qualquer de suas formas, não se estende a lesão ou morte da gestante*<sup>16</sup>”. Magalhães Noronha por sua vez, “*afirma existir, no caso, dolo no antecedente e culpa no consequente, características do crime preterdoloso*<sup>17</sup>”.

De qualquer forma, a majoração da pena não se aplica à mulher, ainda que consciente, e as lesões a ela ocasionadas devem ser as que não sejam inerentes a qualquer aborto, o que seria normal, mas as que representem um *quid extraordinário*.

O artigo 127 de Código Penal prevê duas hipóteses de aborto qualificado:

- 1) Se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave;
- 2) Se, por qualquer dessas causas, sobrevem a morte da gestante.

No primeiro caso, as penas são aumentadas de um terço.

No segundo, são duplicadas. Estes casos de qualificação não se aplicam à própria gestante, mas apenas ao agente que pratica o aborto na mulher, com ou sem o seu

---

<sup>15</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op.cit.* p.297.

<sup>16</sup> BRUNO, Aníbal. *Op.cit.* p.168.

<sup>17</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Op.cit.* p.59.

consentimento, pois o artigo 127 só faz referência aos artigos 125 e 126. O agente que participa do auto aborto de que resultem lesões corporais graves ou a morte da gestante, será punível, conforme o caso, por lesões corporais culposas ou homicídio culposo. Esta solução não é pacífica. Em contrário, opinam Euclides Custódio Manzini, IIV, n. 2697, I.

O evento mais grave (morte ou lesão corporal) que constitui *condição de maior punibilidade*, não deve ter sido querido, nem mesmo eventualmente, pelo agente. Se ocorrer dolo em relação à morte ou às lesões graves, haverá concurso de crimes: o de aborto e o de homicídio ou lesões corporais, conforme o caso.

### 3.1 - Sujeitos do delito:

#### 3.1.1 - Sujeito Ativo

a) Sujeito ativo no crime de auto aborto é a própria mulher grávida (artigo 124, primeira parte);

b) Sujeito ativo no crime de aborto praticado com o consentimento da gestante, é qualquer pessoa tendo a própria gestante como partícipe (artigo 124, segunda parte e artigo 126);

c) Sujeito ativo no crime de aborto praticado por terceiro, sem o consentimento da gestante, é qualquer pessoa.

*O sujeito ativo tanto pode ser a gestante como qualquer outra pessoa, em regra, parteira ou médico. A gestante é o sujeito ativo no crime de aborto provocado e do aborto consentido, isto é, quando provoca em si mesma o aborto ou quando consente que lhe provoque. São as duas formas previstas no artigo 124. O terceiro provocador é o sujeito ativo do aborto sofrido, como do consentido (artigos 125 e 126). A diferença, neste último caso, está em que a gestante será punida em conformidade com o disposto no artigo 124, enquanto que o provocador sofrerá a pena do artigo 126<sup>18</sup>.*

*“O terceiro provocador é o sujeito ativo do aborto sofrido e também do consentido, consoante dispõe os artigos 125 e 126 do Código Penal. A diferença, neste último caso, está em que a gestante será punida em conformidade com o disposto no artigo 124,*

<sup>18</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito penal – Crimes contra a pessoa**. 2.ed. RT, 1973, p.108.

*detenção de um a três anos, enquanto que o provocador sofrerá a pena do artigo 126, reclusão de um a quatro anos. Se este é médico ou parteira, sofrerá também a pena acessória prevista no artigo 69 e parágrafo único, IV, também do Código Penal. É evidente que se houver instigação ou auxílio, o terceiro, instigador ou auxiliador, será co-partícipe e responderá tendo em vista o artigo 25 do Código Penal (atual artigo 29), nas penas do artigo 124, se se tratar de aborto provocado. E assim é porque, como diz nosso saudoso mestre Euclides Custódio da Silveira, "ainda que a gestante participe da ação provocatória do aborto, em colaboração com o terceiro, o crime será sempre o mesmo, não se alterando a situação"<sup>19</sup>.*

### 3.1.2 – Sujeito Passivo

Segundo a doutrina, o sujeito passivo é o feto, ou seja, o produto da concepção, recordando-se que a lei civil resguarda os direitos do nascituro (artigo 4º do Código Civil). Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo portanto é o Estado ou a comunidade nacional. Vítima também é a mulher quando o aborto é praticado sem seu consentimento.

*No aborto procurado, ou provocado pela própria gestante ( auto-aborto), assim como no consentido ( artigos 124 e 126), o sujeito passivo é o produto da concepção, não se distinguindo óvulo fecundado, embrião ou feto. É, em suma, o nascituro, o ente que está por nascer. No aborto sofrido ( artigos 125 e 126 parágrafo único), e no consentido provocado por terceiro ( artigo 126 caput), também a gestante é sujeito passivo se lhe resulta lesão grave ou morte. Pouco importa que o produto da concepção seja viável ou não, pois o objeto jurídico do crime é a vida endo-uterina, e não a vitalidade, ou a capacidade de alcançar a maturidade<sup>20</sup>.*

Para Álvaro Mayrink da Costa,

*o sujeito passivo é o titular do bem jurídico tutelado. Nossa legislação tutela a vida humana desde a concepção até a morte. Ora, o feto é protegido na medida em que é embrião da vida humana; logicamente, é o **produto da concepção**, sujeito passivo de todas as figuras penais relativas ao aborto. Há uma forte corrente doutrinária que advoga que a gestante é conjuntamente sujeito passivo no aborto consentido. Refuta sustentando que não há possibilidade de a mãe ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo, pois seria ilógico ser autora e vítima concomitantemente<sup>21</sup>.*

### 3.1.3 – Tipos de aborto

<sup>19</sup> CASTRO, Regina de, **Aborto** 3 ed Maud.

<sup>20</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio. *Op.cit.* p.108.

<sup>21</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.183.

**Aborto por Prostaglandinas**- prostaglandinas são substâncias que provocam contrações próprias ao parto. Elas são injetadas no líquido amniótico ou ministrada sob forma de supositório. Em consequência das contrações uterinas, a mãe expelle a criança, já morta, ou insuficientemente desenvolvida para sobreviver fora do útero materno.

**Curetagem** – um objeto afiado, de forma semelhante a de uma colher, corta a placenta e retalha o corpo do bebê, o qual é então succionado através do colo. Para evitar infecção, os pedaços do nascituro são remontados fora, após a extração, peça por peça, pelas enfermeiras, para assegurar-se de que nenhuma de suas partes ficou no colo materno.

Conseqüências:

- infecção e obstrução das trompas, provocando esterilidade;
- intervenção para estancar a hemorragia produzida;
- perigo de lesão no intestino, na bexiga ou nas trompas;
- a artéria do útero, nesses casos, freqüentemente, é atingida, criando a necessidade de histerectomia (extirpação do útero), se não for possível estancar a hemorragia.

**Cytotec** - Método usado por 45,4% das mulheres hospitalizadas por complicações surgidas após o aborto. É uma droga indicada na prevenção e tratamento de úlceras gástricas ou duodenais e contém misoprostol, que na musculatura uterina faz os músculos se contraírem, provocando o sangramento e expulsão parcial ou completa do embrião.

**Drogas e Plantas** - existem várias substâncias que, quando ingeridas, causam aborto. Algumas são tóxicos inorgânicos como arsênico, chumbo, antimônio, ferro, fósforo e vários ácidos e sais. As plantas são: absinto, losna, alecrim, algodoeiro, arruba, cipómil-homes, espirradeira e várias ervas amargas. Todas essas substâncias ocasionam o aborto se ingeridas em grande quantidade. O risco de abortar, nesses casos, é tão grande quanto o de morrer.

**Evacuação** - neste processo, o colo do útero é amplamente dilatado, uma vez que a vítima a ser removida, de 13 a 24 semanas, é evidentemente maior. Como os ossos da criança já estão calcificados, torna-se necessário utilizar pinças para desconjuntá-los. A criança tem seus braços e as pernas desmembrados e, em seguida, sua espinha dorsal. Por último, antes de ser succionado, o crânio é esmagado.

**Histerotomia** - Como na operação cesariana, o abdômen e o útero são abertos cirurgicamente. Alguns médicos usam a própria placenta para asfixiar o bebê.

Conseqüências: os mesmos perigos e complicações de toda cirurgia intra-abdominal: hemorragia, infecção, peritonite, lesões da bexiga e dos ureteres.

Complicações variadas em 38 a 61 por mil.

**Parto Parcial** - neste tipo de aborto, puxa-se o bebê para fora, deixando apenas a cabeça dentro, pois é grande demais. Introduce-se, então, um tubo em sua nuca, que sugará a massa cerebral, levando a criança a morte. Só então o bebê consegue ser totalmente retirado.

**Pílula RU-486** - É um poderoso esteróide sintético usado para induzir o aborto em mulheres com cinco a sete semanas de gravidez. Considerado um dos mais potentes, é capaz de deixar graves seqüelas.

**Sucção** - O colo do útero é amplamente dilatado. Um tubo especial é inserido no mesmo. Uma violenta aspiração, quase 30 vezes mais forte que a de um aspirador de pó, suga o bebê para dentro de um recipiente, desconjuntando-lhe os braços e as pernas, e transformando-o numa massa de sangue. É o método mais usado.

Conseqüências:

- insuficiência do colo uterino, favorecendo abortos sucessivos no primeiro e no segundo trimestre (10% das pacientes);
- Partos prematuros, na 20ª ou 30ª semana de gestação.

#### 4 – O ABORTO LEGAL

Em determinadas circunstâncias, que configuram um particular estado de necessidade, a prática do aborto tem sido reconhecida pelo direito que, no confronto entre dois ou mais bens jurídicos ameaçados, admite ser sacrificada a vida do feto.

Um número variado de critérios, que são adotados diferentemente nas várias legislações, traduzem a tendência manifesta de aumentar as causas de exclusão da ilicitude do aborto.

A adoção desses critérios corresponde não somente às exigências dos princípios de justiça mas, muitas vezes, a injunções de natureza social, econômica ou política.

São usualmente reconhecidos, ou promulgados, os seguintes critérios:

- a) o motivo de honra;
- b) a indicação médica;
- c) a indicação ética;
- d) a indicação eugênica;
- e) a indicação social ou econômica;
- f) a indicação racista.

Para o direito brasileiro, diz-se daquele que é autorizado por lei. 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 do estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O motivo de honra tem sido reconhecido expressamente, senão como excludente, como atenuante do delito em muitas legislações. Noutras, ainda que dele não se

faça menção expressa, costuma ser apreciado como causa de atenuação de acordo com as regras gerais contidas na Parte Geral da maioria dos Códigos.

#### 4.1 – Aborto necessário

A indicação médica autoriza o chamado aborto necessário ou terapêutico, que é praticado, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Consiste no esvaziamento uterino realizado em circunstâncias excepcionais, nos casos de iminente perigo de vida da gestante, em conseqüências de perturbações graves e irremediáveis do curso normal da gravidez. O sacrifício do feto torna-se indispensável para salvar a vida da mulher que o gerou.

De fato, o jurista se encontra diante de um conflito de dois valores desiguais, em que o menor é sacrificado ao maior, ou o mal menor é preferido ao mal maior.

Esse tipo de aborto é caracterizado pela intervenção médica emergencial e premente, absolutamente necessária, destinada a remover sério risco de vida para a gestante. Em face da situação conflitiva entre duas existências a Lei propendeu pela prevalência e predominância da vida da mulher em detrimento da do feto.

A manobra abortiva há de representar, porém, recurso *in extremis*, única saída para que possa ser afastado o perigo de vida que acomete a gestante. Se o médico erra na avaliação da seriedade da situação, e procede ao aborto sem que efetivamente houvesse o suposto risco de vida, descaracterizada sobejará a excludente especial de antijuricidade. Prescinde-se do consentimento da mulher grávida em perigo ou de quem suas vezes fizesse, para a realização da manobra abortiva. Em primeiro lugar, porque o aborto se destina a remover situação de perigo para vida da gestante, sendo o Código Penal expresso em autorizar a intervenção cirúrgica, ainda que com o dissenso e oposição da paciente, quando justificada

por risco de vida (artigo 146, § 3º, I do CP). Outrossim, a gestante, muitas vezes não pode prestar o consentimento, por estar inconsciente, e, em outras ocasiões pode querer sacrificar-se em holocausto ao filho. O marido e os parentes, de seu lado, podem ser inspirados por interesses inferiores, preferindo a morte da mãe ou a do filho, conforme o caso por motivos de sucessão hereditária. Ademais, pode ser desperdiçado, com a obtenção do consentimento, tempo precioso.

Ao médico cabe a enorme responsabilidade de dizer se deve ou não sacrificar a *spes personae*. A ele incube pronunciar-se acerca da necessidade e do momento da intervenção.

Essa espécie de aborto é duramente reprovada pela moral de igreja católica, tendo-se manifestado contrário a ela o Papa Pio XI, na encíclica *Casti Connubi*, de 31/12/1930.

Manzini observa, entretanto, “*que essa reprovação diz respeito apenas à censura eclesiástica, que tem caráter meramente disciplinar, e não à responsabilidade penal, tanto que o Estado do Vaticano não trouxe qualquer exceção a respeito ao direito italiano que a adotou*<sup>22</sup>”.

#### **4.1.1- Aborto da estuproada ou humanitário:**

Também denominado Aborto Sentimental, *Honoris Causa* e Aborto Honroso. Essa hipótese de aborto, foi adotada para solucionar os casos de estupros surgidos durante a I Grande Guerra nos países envolvidos pelo conflito e depois foi acolhido por outras legislações, por razões de alta humanidade. Possui três requisitos:

- a) Que seja realizado por médico e autorizado por lei;

---

<sup>22</sup> PAPAEO, Celso César **Aborto e Contracepção** 2ed Rio de Janeiro, Renovar.

b) Que haja consentimento da gestante ou de seu responsável, caso seja ela incapaz;

c) Que a gravidez se resulte de crime de estupro.

O aborto nesse caso se justifica porque não se pode impor à mulher uma maternidade odiosa, originada da violência, talvez de um degenerado que transmitirá, pela hereditariedade, suas taras físicas e psíquicas.

Há porém os que criticam essa orientação, alegando que a origem criminosa de uma vida não pode legitimar eticamente o seu aniquilamento, devendo a sociedade cuidar dos filhos, cuja manutenção não se pode impor à mulher. Acrescentam ser a ação dirigida contra quem nem culpa teve.

De qualquer forma, a adoção dessa modalidade acarreta algumas dificuldades não solucionadas normalmente pelas legislações que a consignam.

Entre estas cita-se a impossibilidade de obter-se uma prova segura da existência do delito de estupro e a impossibilidade de aguardar-se uma decisão condenatória no processo relativo a esse delito, para que se conceda a permissão para o aborto.

*Excluindo o crime de aborto no caso de interrupção da gravidez, resultante de estupro, o legislador brasileiro deu solução corajosa altamente controvertida. É este o chamado aborto sentimental ou por indicação ética, ao qual se opõem importantes autores, defendendo a proteção à vida do nascituro, principalmente por preconceitos de natureza religiosa. O debate da matéria teve sua época por ocasião da Grande Guerra (1914-1918) em face dos inúmeros casos de gravidez resultante de estupro praticados pelos invasores, mas pode-se dizer que é esta ainda uma questão aberta.*

*Ao passo que vários códigos acolheram a permissão legal para o aborto em caso de estupro (códigos polônês, mexicano, uruguaio, argentino etc.), muitas outras legislações silenciaram a respeito (Códigos, italianos, suíço, alemão etc.).*

*Justifica-se plenamente o aborto em tais circunstâncias, desde que praticado por médico, com o consentimento da gestante ou de seu representante legal, tendo em vista a violência e a estupidez da fecundação. O estupro é em regra obra de um anormal sexual, ébrio ou degenerado, cuja reprodução altamente indesejável: a proibição do aborto nesses casos não atenderia às conveniências eugênicas. Como bem nota Manzini, VII, 536, seria inumano constringer uma mulher que já sofreu o dano da violência carnal, a suportar também o da gravidez, mesmo porque a ordem jurídica não pode se opor à remoção das conseqüências imediatas e iminentes de um crime.*

*Entende o grande penalista que o aborto pode ser em tal caso justificado pelo estado de necessidade, reconhecendo o perigo de grave dano à pessoa, em face das conseqüências morais, familiares e sociais do parto.*

*O aborto sentimental (que se realiza em conseqüência de um crime), todavia, não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou*

*com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas dos pais), que são sempre criminosos perante nossa lei.*

*A exclusão do crime depende, aqui, do prévio consentimento da ofendida ou de seu representante legal (se for incapaz), devendo o médico certificar-se da existência de estupro (e não de outro crime sexual). Trata-se de norma excepcional, que não admite interpretação analógica. Não pode ser ampliada para legitimar o aborto quando a mulher foi vítima de outro crime, como por exemplo, o de sedução. Tanto no caso de aborto necessário, como no caso de aborto sentimental, não há crime por exclusão de antijuricidade da ação<sup>23</sup>.*

#### 4.1.2 – Aborto Eugênico

Vem a ser a interrupção propositada da prenhez toda vez que razões científicas ponderáveis autorizem a suposição de que determinada gravidez oferece toda probabilidade (não certeza, que esta não existe na Medicina) de dar nascimento a um aleijado, tarado, deficiente mental. Alguns autores chamam também a este aborto de **profilático**, porque evita o nascimento inconveniente. Um epilético procria com uma débil mental, um alcoólatra fecunda uma esquizofrênica, um maníaco viola uma histérica. Quais as “probabilidades biológicas” sobre a saúde física, mental e moral da prole resultante desses cruzamentos? A pior e a mais antieconômica possível: uma criança cega, surda, deficiente mental, aleijada, custa três vezes mais ao Estado do que uma criança normal. Logo, seria preferível fazer abortar (o melhor seria interromper a gravidez pelo ensino e pela legislação da anticoncepção eugênica) do que ver nascer infelizes condenados a uma vida cheia de sofrimentos, num mundo dominado pelo egoísmo e pela árdua luta pela existência.

A indicação eugênica, responsável pela admissão do aborto eugênico em alguns países, é o critério pelo qual se pretende evitar o nascimento de seres que, com grande probabilidade, seriam portadores de graves desvios de normalidade, de origem hereditária.

Aqui, porém, não reina o acordo existente acerca da indicação médica: são poucos os seus defensores e muitos os seus adversários. Os primeiros propugnam a sua adoção principalmente para os casos de sífilis, epilepsia, rubéola, enfermidades mentais,

<sup>23</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Op.cit.* p.86-87.

alcoolismo, etc. Os que a combatem alegam que os conhecimentos relativos à hereditariedade, questão alheia ao campo jurídico, ainda não possuem fundamentos absolutamente seguros, não tendo a ciência se manifestado a respeito de forma decisiva.

*Tem-se entendido que não há excludente de criminalidade no chamado aborto eugenésico (ou eugênico) que é o "executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais". Há décadas, surgiu o problema do nascimento de criança com graves deformações em virtude da utilização pela mãe, durante a gestação, da substância conhecida como **Thalidomide**.*

*Escreve a respeito Basileu Garcia: "Se há um caso característico de abortamento eugênico em que a punição seria desaconselhada pela piedade, esse é o trazido a debate pela Thalidomide". Demonstra o autor serem lacunosos os Códigos que, tendo eliminado a repressão a título de crime do abortamento sentimental e em certa medida do terapêutico, consideram suscetível de pena o abortamento eugênico. Há, entretanto, uma tendência à discriminação do aborto eugênico em hipóteses específicas. Com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se tem concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos). A inviabilidade da vida extra-uterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se alguns na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa<sup>24</sup>.*

A indicação eugênica, como todas as demais indicações de aborto, fica subordinada a alguns requisitos gerais comuns e possui, em particular, alguns requisitos específicos. Cuida-se, aqui, de requisitos que se mostram imprescindíveis para que se admita a prática desse tipo de aborto e que, necessariamente, devem estar presentes em caso de eventual inclusão dessa indicação na legislação penal. Entre os requisitos gerais, ocupa posição de destaque, a prática do aborto, por médico. A intervenção do médico é havida como imprescindível, dados os riscos, para a vida ou para a saúde da gestante. Requisito comum e de não menor importância, é o de que o aborto eugênico deva ser efetuado em estabelecimento hospitalar público ou privado, desde que creditado pela Administração Pública. Visa-se com tal exigência impedir as conseqüências funestas dos abortos clandestinos e dos abortos de alto risco.

<sup>24</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op.cit.* p.100.

Requisito comum relevante é também o do consentimento expresso da gestante. Tal consentimento deve adaptar-se às exigências do chamado consentimento informado em relação ao médico (também ao aborto), no sentido de que a informação à paciente se erija em condição prévia para a validade do consentimento, de forma que este constitua a expressão da autêntica autodeterminação da mulher grávida.

Três são os requisitos específicos da indicação eugênica:

- a) a presunção de que o feto nascerá com graves enfermidades físicas ou psíquicas;
- b) o prazo para a realização do aborto eugênico e
- c) o parecer emitido por dois especialistas.

O **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** de Dezembro de 1993 (nº 11), enfoca artigo de autoria de Juiz Geraldo Francisco Pinheiro Franco, de São Paulo, sobre se **“Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto”**.

Aliás, esse mesmo Magistrado, quando em exercício no Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO, da Capital de São Paulo, deferiu, após rigorosa perícia médica, pedido de realização de aborto, autorizando-a para interrupção da gravidez, com segurança, longe da clandestinidade. Assim é a hipótese do aborto em que haja constatação de impossibilidade de vida extra-uterina do feto por malformação física, como ocorre no caso de acrania (ausência de crânio).

Em junho de 2004, foi protocolada junto ao STF uma ação denominada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) para o Ministro Marco Aurélio, que emitiu uma decisão liminar com eficácia imediata e efeito vinculante, reconhecendo à gestante o direito "constitucional" de praticar aborto no caso de se constatar, a partir de laudo médico, que seu bebê padece de anencefalia (ausência de cérebro). A liminar decidiu também suspender o andamento de processos e o efeito das decisões de juízes ou

tribunais, ainda não transitadas em julgado, que proibissem tal espécie de aborto, sendo a prática do aborto eugênico (no caso de criança anencéfala) declarada "legal", com proibição expressa de outros juízes ou tribunais decidirem em contrário.

Impende registrar, que em outubro de 2004, a liminar expedida pelo Ministro Marco Aurélio foi cassada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal por 7 votos contra 4. Votaram contra a liminar os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Nelson Jobim.

Votaram a favor da liminar, além do relator Marco Aurélio, os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Contudo, a liminar não foi cassada na íntegra. Foi suspenso o reconhecimento do direito "constitucional" ao aborto eugênico, mas foi mantido o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, relacionadas ao tema. Apenas o ministro Cezar Peluso, votou no sentido de cassar a íntegra da liminar, inclusive no que se refere à suspensão dos processos e decisões relativas ao assunto.

Note-se que o Código Penal não legitima o aborto chamado eugênico, ainda que seja provável, ou até mesmo certo, que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.

## 5- CONDIÇÕES JURÍDICAS DO DELITO DO ABORTO

O Código Penal não apresenta uma definição do delito de aborto, utilizando-se apenas da expressão genérica *provocar aborto* para, em cada caso, impor a sanção correspondente. Cabe então, à doutrina esclarecer quais os elementos essenciais do tipo legal, para que se possa estabelecer com exatidão a antijuricidade do ato praticado.

As condições jurídicas do delito costumam ser assim relacionadas:

- a) estado fisiológico da gravidez;
- b) o emprego de meios adequados a provocar o aborto;
- c) a morte do produto da concepção;
- d) o dolo.

É absolutamente necessária, para configuração do delito, a existência do estado fisiológico da gravidez, período que vai desde a fecundação do óvulo até o início do trabalho de parto, e que pode ser facilmente comprovado por técnicas diversas. A dificuldade existe em comprovar a gravidez pgressa se não for encontrado o material expulso do útero, principalmente se o aborto não for recente, caso em que as alterações produzidas no organismo já terão sido eliminadas.

Para que se estabeleça essa condição não interessa a evolução fetal na época em que se produziu o aborto: seus limites são a concepção e o parto. Se a gravidez for, porém, suposta ou putativa, o emprego de meios abortivos constituirá uma tentativa impossível, definida no artigo 14 do código penal, ressalvada, no entanto, a responsabilidade do agente por lesões ou morte, em caso de sua ocorrência.

b) os meios adequados a provocar o aborto podem ser de várias espécies e de natureza diversa: físicos, químicos e psíquicos.

Os meios físicos podem ser: mecânicos, elétricos e térmicos. Os meios mecânicos podem ser diretos, se operam diretamente sobre o aparelho genital, atuando através de traumatismos (massagens, compressões, duchas, punções, raspagens etc), ou indiretos, se atuam à distância, influenciando indiretamente o aparelho genital (sangrias, sanguessugas, sucções, quedas violentas etc.). Os meios térmicos são representados por aplicações de gelo ou compressas quentes no ventre, pedilúvios etc. Os meios elétricos consistem no emprego de corrente galvânica ou farádica, banhos elétricos e etc.

Os meios abortivos químicos, também chamados medicamentosos, são constituídos pelo emprego de substâncias que, sem serem propriamente abortivas, atuam através de uma intoxicação no organismo, a qual normalmente produz o efeito desejado. Essas substâncias podem ser inorgânicas (fósforo, sais de chumbo, de cobre ou de prata, mercúrio, ácidos minerais etc.), orgânicas de origem animal (cantárida, extrato de hipófise ou pituitária), ou de origem vegetal (quinino, beladona, ópio, estriquinina e uma enorme variedade de ervas normalmente para fins diversos).

Os meios psíquicos, de efeito mais duvidoso, podem consistir na provocação de susto, sugestão, terror etc. Esses meios, uns mais idôneos do que os outros, devem produzir a morte do produto da concepção, numa relação de causa e efeito bem determinada, para que se possa configurar o delito de aborto. Se absolutamente inidôneos, como, por exemplo, as rezas e beberagens inócuas, ocorre igualmente a tentativa impossível, prevista no artigo 14 do Código Penal.

c) A morte do produto da concepção, independentemente do seu estado de vitalidade, ou viabilidade, é condição também *sine qua non* e constitui, além disso, momento consumativo do crime. Essa morte pode ocorrer dentro do útero ou fora dele, em seguida à expulsão, e deve ser o efeito do emprego de meios abortivos com que o agente visou obtê-la.

De acordo com Néilson Hungria,

*haverá apenas tentativa de aborto: a) se o feto é expulso vivo (caso de aceleração de parto) e continua a viver; b) se a morte do feto resulta de outra causa independente dos meios abortivos ministrados*<sup>25</sup>.

Não será punível, porém, por representar tentativa impossível, o caso em que, embora empregados os meios abortivos adequados, o feto já estava morto, pouco importando que o agente erroneamente supusesse ser atual a gestão.

De fato, sendo o aborto considerado, no nosso direito, um crime material, ou de dano, não é possível incriminar o simples emprego de manobras abortivas, como o fazem algumas legislações, sem comprovar que a mulher estava ou não grávida ou sem que dos meios utilizados resulte seguramente a morte do produto da concepção.

d) Finalmente, o dolo é também condição essencial à punibilidade do aborto, de acordo com os princípios gerais que norteiam o nosso sistema penal. Consiste ele, no caso, na vontade livre e consciente de provocar a interrupção da gravidez e eliminar o produto da concepção ou, pelo menos, assumir o risco do resultado previsto (dolo eventual).

A forma culposa do aborto não é punível, constituindo este um princípio que é adotado pela maioria das legislações. A forma preterintencional é prevista como condição de maior punibilidade no crime de lesões corporais ( artigo 129, §2º , V).

### **5.1 – Objeto material**

Para Mirabete, “ *O objeto material do delito é o produto da fecundação ( ovo, embrião ou feto). Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez, a implantação do óvulo no útero materno (nidação)*<sup>26</sup>”.

<sup>25</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op.cit.* p.292.

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op.cit.* p.94.

Para Álvaro Mayrink da Costa, “O objeto material da ação no injusto de aborto é o produto da concepção, deixando de sê-lo no exato momento em que se converte em homem vivo<sup>27</sup>”.

## 5.2 – Elemento Subjetivo

### 5.2.1 - Dolo

*O dolo do crime de aborto consiste na vontade consciente e livre, de interromper a gravidez e destruir o produto da concepção. Quem, voluntariamente, emprega meios subidamente abortivos, não visa outra coisa senão provocar o aborto, como é intuitivo. Donde se conclui que o dolo, na espécie, em regra, é direto. Mas há autores que admitem também o dolo eventual, citando Néelson Hungria o exemplo, da mulher que, sabendo-se grávida, tenta suicidar-se, resultando o aborto.*

*Antolisei sustenta que o dolo, no crime de aborto, é sempre direto porque se o agente, usando de meio não propriamente abortivo, procedeu com dolo eventual, ou assumiu o risco de provocar um aborto ou um parto acelerado, responderá pelo crime de lesão corporal gravíssima ou grave, especificamente previsto no Código Penal de seu país, tal como acontece com o nosso artigo 129 §1º, IV, e § 2º, V, opinião inaceitável, em face da nossa lei penal. É inegável que o ânimo de provocar aborto (dolo direto), como a amúncia a tal resultado (dolo eventual), pressupõe o conhecimento da gravidez, por parte do agente, pois, em caso contrário, a sua vontade jamais poderia dirigir-se no sentido de atingir esse resultado<sup>28</sup>.*

Para Edgard Magalhães Noronha,

*o aborto é crime doloso. Só existe quando o agente quis a morte do feto ou assumiu o risco de produzi-la. Dispensa-se a certeza da gravidez, coisa difícil de existir no início da gestação. Basta o emprego de meios idôneos, o que evidentemente traduz a crença fundamentada da prenhez<sup>29</sup>.*

Para Álvaro Mayrink da Costa,

*o crime de aborto é punido a título de dolo, que é a conduta finalisticamente dirigida a interromper a gravidez e destruir o produto da concepção<sup>30</sup>.*

### 5.2.2- Dolo Eventual

<sup>27</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Op.cit.* p.181.

<sup>28</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Op.cit.* p.2119.

<sup>29</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Op.cit.* p.55.

<sup>30</sup> COSTA, Álvaro Mayrink. *Op.cit.* p.190.

Para Álvaro Mayrink da Costa,

*no caso de dolo eventual, o agente assume o risco de produzir o resultado (dívida quanto à gravidez). Desta forma não há desvalor culposo no tipo de aborto, se o autor obra visando a lesionar a mulher, desconhecendo a gravidez; se ocorrer o aborto, responderá pela incidência do artigo 129, § 2º, V do Código Penal, pois inexistente o aborto preterintencional. Para alguns autores haveria aborto culposo na hipótese de o agente ignorar o estado de gravidez da mulher. Contudo, a hipótese só poderia ser aventada no campo do dolo eventual, pois o tipo requer como pressuposto o conhecimento da gravidez<sup>31</sup>.*

*“ Não existe também crime de aborto preterintencional. Não há ainda crime de aborto culposo. Se a morte do feto, efetivamente ocorrida, não se compreendia na vontade ou intenção do agente, somente se poderia cogitar do crime de lesão corporal gravíssima, previsto no artigo 129, § 2º, V do Código Penal, configurável com a presença do animus laedendi. De aborto preterintencional não há cogitar sequer na forma qualificada<sup>32</sup>.*

### 5.3 – Consumação e Tentativa

*O aborto é crime eminentemente material, de dano efetivo, e não crime de perigo. Consuma-se, portanto, com a morte do feto ou a destruição do produto da concepção. Na opinião de alguns autores, segundo a qual se aperfeiçoaria no momento em que se desenvolve a atividade executória, constitui um erro de gramática jurídica. Na forma qualificada, alude o artigo 127, a consumação do crime coincide com a morte da gestante ou a lesão grave, podendo um e outro evento sucessivo verificar-se concomitantemente ou subseqüentemente ao emprego do meio abortivo ou ao próprio fato do aborto. Precisamente por ser um crime eminentemente material, o aborto admite a figura da tentativa, punível desde que a impunidade não seja prevista em dispositivo expresso em lei. Carrara propugnava pela impunidade da tentativa de aborto provocado ou consentido pela própria gestante, por considerar mais relevante o interesse da família em evitar o escândalo de um mal frustrado do que o do estado na punição da mulher. Algumas legislações, como a argentina, a portuguesa e a belga, seguem essa orientação, declarando expressamente, a impunidade. Entende Cuello Calón “que a tese da impunidade como critério de política criminal é aceitável para o auto-aborto. E quanto ao aborto praticado por terceiro com o consentimento da mulher, a lei deveria facultar o perdão judicial em favor dela, punindo o terceiro provocador”. Em face do nosso Código penal, que não prevê a impunidade, configurar-se-á a tentativa de aborto toda vez que, iniciada a execução, com o emprego de meio abortivo, o crime não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente. Exemplo frisante é o do parto acelerado em consequência de manobras destinadas a interromper a gestação e destruir o feto, o que não obstante nasce com vida. Nesta hipótese, como já se disse, se a gestante ou o provocador mata o recém nascido, depois da expulsão, ter-se-á um crime de infanticídio ou de homicídio, segundo alguns ou concurso de um destes crimes com tentativa de aborto, sendo esta última a opinião correta. No caso de manobras abortivas em mulher que erroneamente se julga engravidada, há crime impossível, como também se o feto já estava morto, antes de iniciada a execução, ou ainda quando os meios empregados eram absolutamente inidôneos. O artigo 17 do Código Penal declara que não se pune tentativa em tais hipóteses, mas o agente poderá sofrer medida de segurança, se revelada a sua periculosidade (artigo 76, II, e parágrafo único) hipótese excluída atualmente. Se os atos inidôneos para o aborto ocasionarem lesões ou a morte da gestante, dever-se-á*

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Op.cit.* p.115.

*indagar somente a que título responde o agente pelas lesões ou pela morte, pois não responderá, em tal caso, por tentativa de aborto*<sup>33</sup>.

Consuma-se o crime com a morte do feto, resultante da interrupção da gravidez. Pode ocorrer dentro do útero materno como ser subsequente à expulsão prematura. O aborto é delito contra a vida, ou seja, se o feto já estiver morto, antes de qualquer ação contra ele, é impossível o crime, por falta de objeto jurídico, mesmo que pelas manobras feitas se siga a expulsão. Sendo assim, é a morte do feto que caracteriza o momento consumativo.

### 5.3.1 – Co-autoria

O artigo 124 do Código Penal na primeira parte prevê o auto-aborto, ao passo que na segunda parte, é previsto o caso em que a mulher deixa-se fazer abortar por terceiro. A mulher limita-se a consentir, não executa. Na primeira hipótese, é a própria mulher que provoca o aborto, seja ou não instigada ou auxiliada por outrem. No caso de instigação ou auxílio o terceiro é co-partícipe, incorrendo a mesma pena cominada à mulher, isto é, detenção por um a três anos. Na segunda hipótese, o aborto é materialmente executado por terceiro, de quem a mulher é co-partícipe, mas, aqui, a co-participação é erigida em crime especial desatendida, excepcionalmente, a regra do artigo 29: a pena cominada à mulher, logicamente idêntica a do co-aborto, é menos grave do que a cominada ao executor material do aborto. O crime deste é previsto, separadamente, no artigo 126, que comina pena de reclusão por um a quatro anos. E todos que participam, menos a gestante obviamente, transgridem o dispositivo específico em que é erigida a co-participação. Participam do aborto e não do consentimento, pois este, evidentemente, não comporta co- autoria, é personalíssimo.

---

<sup>33</sup> SILVEIRA, Euclides. *Op. cit.* p.112-114.

Alguns doutrinadores entendem que a matéria não é pacífica na doutrina, mas entendemos que o partícipe que meramente auxilia ou encoraja a gestante a consentir estará incurso no artigo 124 e não no artigo 126 e 127, ainda que ela morra ou sofra lesões graves.

A co- autoria consiste no encorajamento, na colaboração, na instigação, no fornecimento dos recursos necessários para a realização do aborto, no encaminhamento e até mesmo na remuneração da atividade. Quem de alguma forma pratica um ou mais desses atos, é tido como co-autor do crime de aborto.

## 6 – ASPECTOS RELIGIOSOS

**Catolicismo** – Baseadas no mandamento “*Não matarás*”, as diversas religiões cristãs condenam a prática do aborto, ainda que a interrupção da gravidez se de por razões de ordem terapêutica ou sentimental. Em fins do século passado interrompeu-se a discussão em torno da animação tardia do feto e atualmente a Igreja apresenta restrições quanto à prática do aborto terapêutico como caminho para se salvar a vida da mãe. Ou seja, condena todo tratamento que vier atentar diretamente contra a vida do feto, embora não condene conseqüências indiretas – a morte do feto, por exemplo, que este tipo de encaminhamento possa ter causado.

**Igrejas Protestantes** - A postura das Igrejas Protestantes em geral (batista, luterana, metodista, maranata, presbiteriana e unitária) parece ser menos rígida que a da Igreja Católica, uma vez que admite o aborto terapêutico, embora jamais encare o aborto como método de controle de natalidade. De qualquer forma, dá-se grande importância à vida da mãe, devendo a questão entre médico, pastor e paciente.

De acordo com a LADER13, os unitários universalistas foram aquela facção da igreja protestante que mais ousou em relação à questão: em 1963 já defendia a legislação do aborto em caso de perigo físico ou mental para a mãe, gravidez resultante de estupro ou incesto, defeito físico ou mental da criança que está para nascer ou quando existirem (o que abre a possibilidade de solução para vários casos individuais).

**Igreja Judaica** – Na Michna ; código oral resultante das interpretações dos rabinos sobre o Torah (livro sagrado) no século II, considerava-se a vida da mãe como mais sagrada que a do feto. No século XII Maimonide, médico e teólogo muito famoso, introduziu a noção de criança agressora para autorizar o aborto terapêutico.

O judaísmo tem apresentado uma postura mais flexível no que diz respeito a questão do aborto, provavelmente por apresentar concepções teológicas diferentes em relação

a “alma” e ao “pecado original”. Para os judeus, o feto só se transforma em ser humano quando nasce e em pessoa um mês após o nascimento. Além disso, o fato de não existir uma autoridade máxima ditando todas as regras de conduta faz com que os judeus possam ter liberdade sobre sua própria consciência.

**Espiritismo** – De conformidade com os ensinamentos espíritas, o aborto é um crime dos mais condenáveis. Praticado no silêncio, covardemente, contra um ser indefeso, o aborto é um atentado contra vida, dada por Deus e que somente pelo Criador pode ser tirada.

Dizer que a mulher é dona de seu corpo e dele pode dispor como bem entender, não é verdade, porque ninguém é dono do corpo, tanto assim que quando desencarnamos o nosso corpo fica na Terra. Somos apenas usufrutuários do próprio corpo. Portanto, uma das argumentações preferidas, a de que a “mulher é dono de seu próprio corpo”, é radicalmente falsa e não pode ser aceita como pretexto para prática do aborto.

Ainda assim se pensássemos (erradamente) que a mulher é dona do seu corpo, ela não teria direito de fazer o aborto, porque o aborto atinge um outro corpo, um ser distinto da mãe. A própria lei dos homens ensina que o nosso direito vai até aonde começa o do próximo. Outra pseudo-justificativa preferida dos abortistas é a de que “não tem condições para criar o filho” ou “o filho não foi desejado”. Ambas as colocações não são justas, porque se levarmos adiante essas alegações, muitas crianças seriam mortas, muitos velhos seriam eliminados sob o mesmo pretexto, pois a diferença é apenas de idade. O feto é igualmente um ser vivo, a partir da concepção, contando com alguns dias ou meses de vida, quando é assassinado sob as falsas justificativas acima expostas.

A verdade é que devemos fazer a opção antes da concepção, depois é assumir o que está feito. É uma questão de responsabilidade. Não merece crédito quem não assume o que faz. O que diríamos de uma pessoa que assinasse um contrato e depois não o cumprisse sob a desculpa de que “não tem condições” ou “não desejava”? Diríamos, certamente, é um

irresponsável, um inconstante, não pensa para fazer as coisas, essa pessoa não merece mais confiança para negócios. No caso do aborto o compromisso é entre duas pessoas, homem e mulher e ambos têm responsabilidade pelo crime. As pessoas que aconselham, que divulgam o aborto, o cirurgião que executa, são coniventes com o crime e prestarão contas à justiça divina.

Há somente um caso em que o aborto é aceito pelo Espiritismo: quando está em risco a vida da mãe, comprovadamente. Nessa hipótese devemos salvar a mãe, que tem já sua vida em andamento, outros filhos para criar, muitas vezes. Somente nesse caso. Fora disso devemos aceitar o filho, pois “ não cai uma folha seca de uma árvore sem que Deus queira”. Devemos promover campanhas de orientação às mães, aos pais, para que não comentem o crime que muito pesará em suas consciências.

**Religiões Islâmicas** – Os líderes islâmicos em geral se mostraram desfavoráveis ao aborto, mas recentemente alguns emitiram opiniões menos conservadoras. Assim, o grão mufti da Jordânia escreveu em 1964: “ antigos juristas há 1500 anos, afirmaram que é possível tomar medicamentos abortivos durante a fase da gravidez anterior à formação do embrião em forma humana. Esse período gira em torno do 120 primeiros dias, durante os quais o embrião ou feto ainda não é um ser humano”.

Estas reflexões, que prossegue, estão contidas num verso do Alcorão (livro sagrado muçumano):

“ Nós o colocamos

Como uma gota de semente

Em local seguro

Preso com firmeza:

Depois fundimos

A gota em coalhos

Moldamos  
Um (feto) bolo; então  
Nesse bolo talhamos  
Ossos, e vestimos os ossos  
Com carne;  
Então o produzimos  
Como outra criatura  
Assim, bendito é Deus  
O melhor criador”.

Isto é, só depois de ser “vestido” com carne e osso, se torna ser humano. Só a partir desse momento é que o aborto seria punido como assassinato, segundo os juristas mulçumanos dessa época, e que agora dados os intensos debates que ressurgem sobre o tema são redescobertos.

**Candomblé** - Liturgia da tradição oral, não constam escritos doutrinários. De maneira ampla, afirmam que não há restrições à vida sócio-afetiva (incluindo aí o relacionamento sexual) dois adeptos, sendo o aborto permitido por sacerdotisas e sacerdotes conhecidos do Rio de Janeiro. Abrem, no entanto em exceção a essa liberdade, quando se constata que a concepção daquele feto ocorreu durante um período de recolhimento religioso, pois neste caso poderia ter-se dado por injunções alheias à vontade daquela mulher que devem ser por ela acatadas. Mantém a tradição e o emprego de diversos métodos anticoncepcionais trazidos da África em séculos passados.

**Budismo, Hinduísmo e o Hare Krishma** - Para essas religiões, o cerne da questão está na forma como encaram o sêmen considerado o veículo transmissor da vida. Isto significa que é no momento da concepção óvulo-espermatozóide, que se dá o início da vida. Concluí-se pelas visões diferenciadas dos corpos masculinos e femininos que essas religiões

defendem, que o homem é o portador da vida, e a mulher a portadora de um corpo cuja única finalidade é proteger o feto. Ambas as religiões defendem uma visão machista, onde o homem é que tem direito de decidir pela continuidade ou não da gestação. Entre gueixas o aborto é normal, já nas mulheres sérias o aborto é só feito perante autorização do marido.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista os conceitos defendidos por nossa sociedade, todos eles em prol da vida, tais como: a condenação da eutanásia, a pena de morte e o suicídio assistido, entre outros, impossível se pretender qualquer posição em favor da eliminação da vida através da legalização do aborto, posto que fere conceitos éticos e morais, devendo, portanto, ser repelida toda e qualquer tentativa de legalização da prática desse método de eliminação da vida, principalmente por tratar-se a vítima de um ser absolutamente indefeso sem qualquer possibilidade de se insurgir contra a vontade daquela que seria responsável maior pela sua sobrevivência.

**Para o direito brasileiro, só existem duas condições onde o aborto deixa de ser ilícito: quando resultante de estupro e quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, este é sempre uma situação de urgência e decidida de imediato pelo médico. Assim o aborto continua sendo um crime em qualquer circunstância – salvo nas circunstâncias que a Lei Penal qualifica como excludentes de ilicitude**

Assim, sendo a vida um bem supremo, indiscutivelmente, cabe a todos preservá-la, não havendo dúvidas sobre ser o aborto uma prática repulsiva que transgride o respeito à vida humana devendo ser abolida, de resto, toda e qualquer tentativa simplista de atribuir à mulher a posse exclusiva de seu corpo como pretendem legislações alienígenas, valendo notar que, no caso do feto, não se trata de um órgão do corpo dela, mas de um outro ser que constitui um sistema independente, todavia não autônomo, não se justificando assim, possa a mulher dispor daquele ser que carrega, usando do argumento de que seu corpo lhe pertence.

Da mesma sorte, deve ser repelida a questão concernente à admissão do aborto eugênico, tão defendido, também não se perdendo de vista a evolução sistemática da

medicina, alcançando sucessos a cada momento, anotando-se avanços científicos diuturnamente, elevando a capacidade da sobrevida, desbravando-se novos conceitos e avançando na técnica, pelo que a interrupção propositada da gravidez, toda vez que razões ponderáveis autorizem a suposição de que a gravidez oferece a probabilidade – não certa, pois esta não existe na medicina de dar à luz a um ser aleijado, um tarado ou deficiente mental. Outros mecanismos deverão ser colocados pelo Estado à disposição da população para o enfrentamento do problema, buscando-se o conhecimento pelo ensino, uma vez que anomalias físicas ou mentais, que hoje são tratadas como irreversíveis, poderão deixar de ser amanhã, anotando-se que o conceito médico afasta, ademais, pela psiquiatria, a hipótese de hereditariedade nas patologias mentais.

Assim, em razão dos argumentos expostos no presente trabalho, vistos ademais os conceitos traduzidos, resta-nos tão somente firmar o conceito sobre o tema, concluindo pois que o aborto é uma prática repulsiva, que transgride o respeito à vida humana, direito esse que deve ser garantido a todos e de forma igualitária.

A prática do aborto é uma forma absurdamente simplista para se livrar de um “problema”, pagando com a própria vida esse ser que está sendo gerado e que não pediu para estar ali, para nascer.

Afinal, se todos os seres humanos têm direito à vida e se todos nascem igualmente livres e com direitos certos e naturais, verdadeiro absurdo é a atitude de alguns países que usam da prática do aborto para controlarem a taxa de natalidade. A nosso ver, é uma obrigação do Estado a educação de seu povo.

Ele tem que arcar com esta responsabilidade de dar à população informações para um controle consciente da natalidade, através de campanhas, de ações comunitárias com o auxílio da população mais esclarecida, da Igreja, da comunidade médica e de quantos forem

necessários, oferecendo também métodos e medicamentos para o efetivo, saudável e eficaz controle da natalidade antes da fecundação, obviamente.

E quando ocorre o início da vida?

Aparentemente é um desafio precisar o momento da concepção, mas, segundo critérios científicos, o começo da vida ocorre a partir do momento em que o óvulo é penetrado pelo espermatozóide. Então, qualquer que seja o momento em que se pratica o aborto, estaria se eliminando uma vida e, infelizmente, cometendo um homicídio contra um ser absurdamente indefeso e, acima de tudo, inocente.

Assim, o aborto continua sendo um crime em qualquer circunstância. O direito à vida é inviolável. A ninguém é dado o poder de subtraí-la de quem quer que seja, pois que, sendo a vida um dom de Deus somente Ele poderá dela dispor.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA JR., A. F. **Aborto e infanticídio**. In RF, 91/40, 1942.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal - Parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. 4.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

CASTRO, Regina de. **Aborto**. Rio De Janeiro: Maud

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – Parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v.5.

LIMA, Cleunice Oreandi de, **Depois do aborto**. Rio de Janeiro: DPL.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2002, v.2

MATULO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Sagra- Dc Luzzatto

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v.2.

PAUS, Ginett, **O sacramento do aborto**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos

PAPALEO, Celso César. **Aborto e contracepção**. 2 ed. Renovar, 2000.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVEIRA, Euclides Custódio da. **Direito penal – Crimes contra a pessoa**. 2.ed. RT, 1973, p.108.

STOCO, Rui e FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 6.ed. RT, vol. 1.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto um direito ou um crime**. Rio de Janeiro: Moderna.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ELETRÔNICAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 7, mar. – abr., 2007, p. 1-37. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto vinculante. **Decisão liminar do STF declara legal o aborto de crianças anencéfalas**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5440>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

## ANEXOS

### Jurisprudências:

#### 1 – GRAVIDEZ

“ *Pode ocorrer aborto desde que tenha havido a fecundação*”. (STF, RTJ 120/104)

Prova: “*É necessária a prova da gravidez da mulher*”. (TJSP, RJTJSP 97/438, 75/285, RT 505/332; TACrSP, Julgados 69/207).

#### 2 – EXAME DE CORPO DE DELITO

“ *Desde que inequívoco, admite-se o exame de corpo de delito indireto, na impossibilidade do direito*”. (STF, RTJ 116/926, 80/264; TACrSP, RT582/340; TJSP, RT 643/281).

“ *Não se aplica o artigo 525 do CPP, podendo o laudo ser juntado até a fase do artigo 406 do CPP*”. (TJSP, RJTJSP 122/451).

“ *Fixa clínica mencionando restos ovulares não substituí o exame; falta de certeza da gravidez, por inexistir exame histológico para se aferir se o feto tinha vida, absolve-se*”. (TJSP, RT 697/286).

#### 3- PROVA DE VIDA

“ *É necessária a prova de que o feto tinha vida*”. (TJSP, RT 503/326).

#### 4 - PROVA DE TER SIDO PROVOCADO

“ *Não se configura o crime de aborto sem prova segura de que tenha sido provocado* (TJSP, RT 524/36), *confirmando-se a despronúncia*”. (TJMS, RT695/352).

#### 5 – SUBSTÂNCIAS ABORTIVAS

“ *Cibalena e chá de canela em pó não configuram*” (TJSP, mv-RJTJSP 176/292).

“*O remédio Cytotec é abortivo constando de sua bula ser contra-indicado em mulheres grávidas*”. (TJSP, RJTJSP 176/305).

#### 6 - CONCURSO DE PESSOAS

“ *O co-réu que não participou de ato físico, material ou cirúrgico, responde pelo artigo 124 e não pelo artigo 126 ou 127*”. (STF, Pleno, RTJ 79/11, 67/419; contra: TJSP, RT 579/311, 511/354).

“ *O empresário de sonda utilizado em aborto, não induz, necessariamente a participação no crime*”. (TJSP, RT 512/372).

#### 7 – ABORTO

“ *A inexistência de corpo de delito direto não exclui a pronúncia se foi procedido o indireto com base nos assentamentos do hospital público, corroborados pelos*

*médicos que assistiram à vítima até o falecimento, em consequência de manobras abortivas". (STF, RHC 51.603/PR, rel. Min. Aliomar Baleeiro, julg. em 9/10/73, RTJ 70/650).*

## **8 – CRIME DE ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO**

*" Auto de corpo de delito. Impossibilidade de sua realização por haverem desaparecido os vestígios. Decisão que, implicitamente, julga inaplicável a regra que autoriza, nessa hipótese, o suprimento do auto de corpo de delito por prova testemunhal. Ofensa ao artigo 167 do CPP. Recurso extraordinário reconhecido e provido". (STF, RE 85.089 – SP, rel. Min. Leitão de Abreu, julg. em 21/09/86, RTJ 80/264).*

## **9 – ABORTO NECESSÁRIO**

*" A gestante que aconselhada pelo médico – assistente, provoca aborto reputado necessário para lhe salvar a vida, ainda que o perigo não seja realmente efetivo, não é penalmente responsável, obrigada que está excludente de estado de necessidade, mesmo putativo. O estado de necessidade que legitima o aborto terapêutico permite à gestante, à falta justificada de médico, que se submeta a aborto por parteira habilitada sem incidir em censura penal". (TJRS, Rec. 2.630, rel. Des. Paulo Dias, julg. em 21/12/54, RF 166/360).*

## **10 – CONSUMAÇÃO**

*" O momento consumativo de crime do aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto a expulsão deste é fenômeno que pode deixar de ocorrer" .(TJSP, CJ,118.571, rel. Des Kazuo Watanabe, julg. 23/09/73, RT 454/376).*