



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RODRIGO DA SILVA PINHEIRO

ABORTO

JUIZ DE FORA

2009

*11064
21000018*



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

RODRIGO DA SILVA PINHEIRO

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.

Orientador: Professor Besnier Chianini Villar.

JUIZ DE FORA

2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rodrigo da Silva Fiuzeiro

Aluno

Atokto

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

Bernice Chippini Willes

Julia Pak - de R.

Rodrigo Fongotens de Casimiro

Aprovada em 23/06/2009.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	5
2 - ABORTO E SUA CLASSIFICAÇÃO.....	7
3 - ELEMENTOS DO TIPO.....	10
3.1 - Ação Nuclear.....	10
3.2 - Meios de execução.....	10
3.3 - Omissão.....	10
3.4 - Sujeitos	10
3.5 - CONSUMAÇÃO, EXAME DE CORPO E DELITO.....	12
3.6 - NEXO CAUSAL.....	14
3.7 - TENTATIVA.....	14
3.8 - CRIME IMPOSSÍVEL.....	15
Emprego de meio absolutamente inidôneo.....	15
Emprego de meio relativamente inidôneo.....	15
Absoluta impropriedade do objeto.....	15
3.9 - ELEMENTO SUBJETIVO.....	16
Crimes de aborto qualificado pela lesão corporal grave ou morte e crime de lesão corporal qualificada pelo aborto.....	16
Crime de lesão corporal qualificada pela aceleração de parto e o crime de aborto. Elemento subjetivo.....	16
3.10 - CONCURSO DE CRIMES.....	17
Crimes de aborto e homicídio. Concurso formal.....	17
Crimes de aborto e constrangimento. Concurso formal.....	17
Crime de aborto. Sujeito passivo: gêmeos. Concurso formal ou crime único?.....	17
Crimes de aborto comunicação falsa de crime Concurso material.....	18
3.11 - FORMAS.....	18
Aborto provocado pela própria gestante. Aborto consentido e a exceção legal à teoria monística da ação.....	18
1ª Figura: aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto).....	18
2ª figura: aborto consentido.....	18
Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.....	19
Dissentimento real.....	20

A – Fraude.....	20
B – Grave ameaça contra a gestante.....	20
C – Violência.....	20
Dissentimento presumido.....	20
3.12 - FORMA MAJORADA.....	23
Qualificadora ou causa especial de aumento de pena?.....	23
Abrangência.....	23
Enquadramento legal da conduta do partícipe no crime de auto-aborto do qual resulte lesão corporal ou morte da gestante.....	23
Crime preterdoloso.....	24
Morte da gestante e aborto tentado.....	24
Lesão corporal leve ou grave como meio necessário à prática do aborto.....	25
3.13 - ABORTO LEGAL. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.....	26
Natureza jurídica.....	26
Aborto necessário ou terapêutico.....	26
Sujeito ativo. Enfermeira ou parteira.....	27
Descriminante putativa.....	27
Aborto sentimental, humanitário ou ético.....	28
Consentimento. Prova do estupro.....	28
Erro de tipo. Médico induzido a erro.....	29
Sujeito ativo. Enfermeira.....	29
Partícipe. Enfermeira.....	29
3.14 - OUTRAS ESPÉCIES DE ABORTO.....	30
Aborto natural.....	30
Aborto acidental.....	30
Aborto eugenésico, eugênico ou piedoso.....	30
Aborto social ou econômico.....	31
3.15 - OBJETO JURÍDICO.....	32
4 - FETOS ANENCÉFALOS.....	33
5 - A VIDA E A ANENCEFALIA.....	36
CONCLUSÃO.....	39

1 - INTRODUÇÃO

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tabulas e as Leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores, o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática castigada. Foi, então, com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.

Na Idade Média, o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou mulher. São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção, considerando o aborto sempre criminoso. É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais.

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela. O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela gestante. Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido.

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dessa forma o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, dessa forma, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dessa forma resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando dessa maneira se inicia a gravidez. O embrião ou o feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe.

O estudo trata de uma abordagem sobre o tema aborto, em suas diversas modalidades. Visa a observar suas características, juntamente com sua visão social, tendo em vista, que será mencionado situações como a do aborto de feto anencéfalo.

Será mostrada neste estudo uma breve observação histórica sobre o tema abordado. Além da diferenciação do aborto criminoso e do aborto legal, seu modo de execução, sua classificação, sua forma consumada.

Outro ponto que será citado será o concurso de crimes, ou seja, crime de aborto e homicídio, crime de aborto e constrangimento.

Enfim, observando como o direito à vida se observa nessas situações que estarão sendo descritas nesta análise.

2 - ABORTO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Nas palavras de Fernando Capez, o aborto compreende, em regra, todas as interrupções provocadas da gravidez em qualquer dos seus períodos. Daí ser incompleta a lição de Zanardeli, no sentido de que o aborto criminoso importa sempre na destruição do *feto*, aconteça dentro ou fora do ventre materno; ou ainda a lição de Carrara, que distingue o feticídio do parto acelerado e faz consistir o primeiro na morte dolosa do *feto* no útero, ou a sua expulsão violenta do ventre materno e da qual se tenha seguido a morte.

É que, sem dúvida, o aborto provocado pode consistir na morte do feto, quando o sujeito passivo do delito for o mesmo, mas também pode ocorrer em relação ao embrião ou o produto da fecundação, decorrendo de tais situações consequências juridicamente relevantes.

Entende-se aborto como a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto. Suas formas são as seguintes:

- aborto natural: é a interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea, dessa forma não havendo crime;
- aborto accidental: é a cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques, de tal modo que não há crime;
- aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto;
- aborto permitido ou legal: é a cessação da gestação, com a morte do feto, admitida por lei. Divide-se em: 1) aborto terapêutico ou necessário: é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante; trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade; 2) aborto sentimental ou humanitário: é a autorização legal para interromper a gravidez quando a mulher foi vítima de estupro; dentro da proteção à dignidade da pessoa humana em confronto com o direito à vida (sendo nesse caso a vida do feto), optou o legislador por proteger a dignidade da mãe que, vítima de um crime hediondo, não quer manter o produto da concepção em seu ventre, o que lhe poderá trazer sérios entraves de ordem psicológica e na sua qualidade de vida futura;

- aborto eugênico ou eugenésico: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos;
- aborto econômico-social: é a cessação da gestação, causando a morte do feto, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do seu filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estadual.

Crime qualificado pelo resultado trata-se de hipótese em que o resultado mais grave qualifica o originalmente desejado. O agente quer matar o feto, embora termine causando lesões graves ou mesmo a morte da gestante. Entendem a doutrina e a jurisprudência majoritárias que as lesões e a morte só podem decorrer de culpa do agente, constituindo, dessa maneira, a forma preterdolosa do crime (dolo antecedente e culpa subsequente). Entretanto, a despeito disso, em nosso entendimento, não há restrição legal expressa para que o resultado mais grave não possa ser envolvido pelo dolo eventual do agente. Mas, se isso ocorrer, conforme posição predominante, costuma-se dividir a infração em duas distintas (aborto + lesões corporais graves ou aborto + homicídio doloso, conforme o caso).

Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe.

Entende-se que somente o médico pode providenciar a cessação da gravidez. A razão disso consiste no fato de o médico ser o único profissional habilitado a decidir, mormente na primeira situação, se a gestante pode ser salva, evitando-se o aborto ou não. Quanto ao estupro, é também o médico que pode realizar a interrupção da gravidez com segurança para a gestante.

O aborto terapêutico trata-se, como já mencionado, de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da mãe e vida do feto), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso.

O aborto humanitário ou piedoso, em nome da dignidade da pessoa humana, no caso da mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto. São dois valores fundamentais, mas é mais indicado preservar aquele já existente.

Com relação ao atentado violento ao pudor, quando o aborto for decorrência deste, autoriza-se igualmente o aborto, afinal, aplica-se a excludente por analogia *in bonam partem*. O fundamento é que tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor são formas idênticas de violência sexual, não havendo sentido em permitir a possibilidade de interrupção da gravidez num caso, vetando-a em outro.

3 - ELEMENTOS DO TIPO

3.1- Ação Nuclear:

Provocar é o núcleo do tipo penal em estudo. Significa dar causa, originar o aborto. A ação física deve ser realizada antes do parto, ou seja, deve visar o ovo, embrião ou feto, pois, iniciado o parto, o crime passa a ser outro, no caso, homicídio ou infanticídio.

3.2 - Meios de execução:

Trata-se de crime de ação livre, a provocação do aborto pode ser realizada de diversas formas, seja por ação ou por omissão. A ação provocadora poderá dar-se através dos seguintes meios executivos:

- meio químico: este, não é substância propriamente abortiva, mas que de alguma forma atuam por via de intoxicação, como por exemplo o arsênio, fósforo, quinina, mercúrio, e outros;
- meios psíquicos: é a provocação de susto, sugestão, terror, etc;
- meios físicos: são mecânicos, um exemplo seria a curetagem; térmicos, como a aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre; elétricos, utilização de corrente galvânica ou farádica.

3.3 - Omissão

Este delito pode ser causado também por uma conduta omissiva, nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor, como o exemplo do médico, a parteira, a enfermeira que, tendo a percepção do aborto espontâneo ou acidental, não tomando as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito.

3.4 - Sujeitos

Sujeito ativo

No auto-aborto ou aborto consentido, somente a gestante pode ser autora desses crimes, pois se trata de crime de mão própria.

No aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, por tratar-se de crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

Sujeito passivo

No auto-aborto ou no aborto consentido o feto que é detentor, desde sua concepção, dos chamados "direitos civis do nascituro". Numa primeira análise, tem-se a impressão que a gestante também seria o sujeito passivo do delito em estudo, contudo, não se concebe a possibilidade de alguém ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de um crime.

No aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante os sujeitos passivos são, respectivamente, a gestante e o feto. Dessa forma, trata-se de crime de dupla subjetividade passiva.

3.5 - CONSUMAÇÃO, EXAME DE CORPO E DELITO

A execução do crime de aborto tem início, ou seja, quando a conduta típica começa a ser realizada e o fato se torna penalmente relevante, no exato instante em que começa o ataque ao bem jurídico tutelado, a vida intrauterina. Porém, antes desse momento não existe ainda fato típico, mas meros atos preparatórios sem repercussão na esfera jurídica criminal. A origem da vida humana, ainda dentro do organismo materno, dá-se com a fecundação, ou seja, a fertilização do óvulo pelo espermatozóide. A partir daí, no lugar do óvulo, surge o embrião, ser dotado de vida. É certo que o óvulo fecundado ainda não se fixou na parede do útero e, portanto, ainda não iniciou o seu desenvolvimento, mas a vida já existe. Uma vida que ainda vai começar a se desenvolver, que dessa forma já foi gerada devido a fecundação do óvulo. Desse ponto em diante, poderá haver aborto. No chamado dispositivo Intra-Uterino, mais conhecido como DIU, há que atentar para o seguinte detalhe: existem dois sistemas. O primeiro atua sobre o óvulo já fecundado, impedindo a sua fixação no útero, enquanto o segundo, mais moderno, atua bem antes, inviabilizando a fecundação. Uma pergunta seria: no primeiro caso, onde já existe vida, poderia ser falado em crime de aborto? Entende-se que não. Houve interrupção da vida, é verdade. Porém, o uso do mencionado dispositivo é permitido por lei, estando amparado pelo exercício regulador do direito, causa de exclusão da ilicitude, a qual, como o próprio nome já indica, exclui a punibilidade. É possível também sustentar, à luz da teoria da imputação objetiva, que o fato não é sequer típico, pois o Estado não pode autorizar as pessoas a usar DIU e ao mesmo tempo afirmar que tal uso configura fato definido em lei como crime. Se a conduta é permitida, ela vai gerar um risco permitido, o qual jamais leva a resultado proibido.

À luz da teoria social da ação, pode-se, ainda, sustentar que a aplicação do dispositivo referido é socialmente aceita, considerada atípica, ante a ausência da inadequação social. Seja por qualquer dessas razões, seja qual for a corrente adotada, exclusão da tipicidade ou da ilicitude, não haverá crime. O mesmo raciocínio vale para a chamada "pílula do dia seguinte", que é vendida até mesmo em farmácias.

O aborto é um crime material, pois o tipo penal descreve conduta e resultado que é provocar aborto. É, também, delito instantâneo, ou seja, a consumação ocorre em um dado momento e então se esgota. Consuma-se com a interrupção da gravidez e, consequentemente morte do feto. A ação física deve ser realizada contra a vida humana intra-uterina, podendo a

consumação do delito realizar-se após a expulsão do feto das entranhas maternas, ou seja, nada impede que, após o emprego de manobra abortiva, o feto seja expelido pela mãe ainda vivo, vindo, dessa forma, a falecer posteriormente.

Ressalte-se que a expulsão do feto é irrelevante para a consumação do crime, pois a medicina aponta diversos casos em que o feto morto não é expelido das entranhas maternas, mantendo-se no organismo da gestante. É exigida a prova de que o feto se encontrava vivo quando do emprego dos meios ou manobras abortivas, do contrário poderá estar caracterizado o crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto. Não é necessário, contudo, comprovar a vitalidade do feto, ou seja, a capacidade de atingir a maturação; exige-se tão-somente que esteja vivo e que não seja um produto patológico, como, por exemplo, a gravidez extra-uterina.

Por ser crime material, a comprovação de sua existência virá pelo exame de corpo de delito, suprível, na impossibilidade, pela prova testemunhal ou documental, mas não pela palavra da gestante.

3.6 - NEXO CAUSAL

A morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez deve ser resultado direto do emprego dos meios ou manobras abortivas. Realizada a manobra abortiva, se o feto nascer com vida e em seguida morrer fora do útero materno, em razão das lesões provocadas pelo agente, responderá este último pelo crime de aborto consumado, uma vez que, embora o resultado morte tenha se produzido após o nascimento, a agressão foi dirigida contra a vida humana intra-uterina, com violação desse bem jurídico. A responsabilização por homicídio implicaria violar o princípio da responsabilidade subjetiva, já que o dolo foi dirigido à realização das elementares do aborto e não do homicídio.

Se há o emprego de determinada manobra abortiva idônea a provocar a morte do feto, e este vem a perecer em decorrência de outra causa independente, responderá o agente pela forma tentada do delito em estudo. Por exemplo: gestante que, logo após o ministramento de substância abortiva pelo médico, sofre uma queda, vindo o feto a morrer em decorrência desta, e não do emprego do meio abortivo. A gestante e o médico responderão pela forma tentada do crime de aborto. Assim também se, embora o emprego dos meios abortivos, o feto ainda nasça vivo, vindo, contudo, a falecer em decorrência de outra causa sem relação com as manobras, responderá a gestante por tentativa de aborto.

3.7 - TENTATIVA

Por se tratar de crime material, é perfeitamente admissível. Será possível na hipótese de a manobra ou meio abortivo empregado, apesar de sua idoneidade e eficiência, não desencadear a interrupção da gravidez, por circunstâncias alheias à vontade do agente, ou então quando, apesar das manobras ou meios utilizados, por estar a gravidez em seu termo final, o feto nasça precocemente, mas mantém-se vivo. Chegou-se a sustentar, por razões de ordem política, a impunibilidade da tentativa do delito de auto-aborto e do aborto consentido, disposto no art. 124 do CP, até porque é inconcebível a punibilidade da auto-lesão. O Código Penal, contudo, não prevê essa impunibilidade nos delitos em questão.

3.8 - CRIME IMPOSSÍVEL

Emprego de meio absolutamente inidôneo – se houver o emprego de meios absolutamente inidôneos à provocação do aborto, por exemplo, ingerir medicamentos que não tem qualquer potencialidade para causar a morte do feto, realizar rezas, práticas supersticiosas, estaremos diante da hipótese de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado.

Emprego de meio relativamente inidôneo – por exemplo, ingerir substância química em quantidade inidônea à provocação do aborto. Nessa hipótese, a substância química é apta a produzir efeito letal, mas, por uma circunstância acidental, no caso concreto (ínfima quantidade), não foi possível concretizar o intento criminoso. Responderá o agente pela forma tentada do crime de aborto, afastando-se, então, a figura do crime impossível.

Absoluta impropriedade do objeto – se, quando da manobra abortiva o feto já estava morto, sem que o agente tivesse qualquer conhecimento, haverá crime impossível pela absoluta impropriedade do objeto. Também haverá crime impossível na hipótese em que o agente realiza manobras abortivas supondo erroneamente a existência de gravidez.

3.9 - ELEMENTO SUBJETIVO

É o dolo, direto ou eventual. Na primeira hipótese, é a vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção. Na segunda hipótese, há apenas a assunção do risco do resultado. Não se admite a modalidade culposa. A conduta do terceiro que, culposamente, dá causa ao aborto, dirá com o delito de lesão corporal culposa, em que a vítima será a gestante. Finalmente, a conduta descuidada da mulher que provoca a morte do feto é fato atípico, pois não se pune a autolesão.

Algumas questões relativas ao aborto preterintencional e à aceleração de parto, que constituam qualificadoras do delito de lesão corporal:

- **Crimes de aborto qualificado pela lesão corporal grave ou morte e crime de lesão corporal qualificada pelo aborto:** é de suma importância no caso concreto a análise do elemento subjetivo que impele o agente à prática delitiva, pois é a partir dele que faremos o enquadramento das condutas praticadas. Comparando o aborto qualificado pela lesão grave ou morte e a lesão corporal qualificada pelo aborto, conclui-se que: 1 – ambas são figuras preterdolosas – há dolo no antecedente e culpa no consequente; 2 – a distinção reside no seguinte aspecto: no art. 129, § 2º, V, temos o dolo de lesionar a gestante com aborto previsível. O agente deve possuir conhecimento da gravidez. Já, no caso dos artigos 125 e 126 c/c o art. 127, há intenção de praticar um aborto, podendo sobrevir lesão corporal grave ou morte da gestante.
- **Crime de lesão corporal qualificada pela aceleração de parto e o crime de aborto.** **Elemento subjetivo:** o delito de lesão corporal qualificada pela aceleração de parto ocorre quando o feto é expulso prematuramente do ventre materno em virtude das lesões causadas na gestante. O dolo do agente é de causar lesões na gestante, das quais advém o nascimento prematuro e com vida do infante. Tal espécie de crime não se confunde com o delito de aborto, pois este é a dolosa interrupção da gravidez, causando a morte do produto da concepção.

3.10 - CONCURSO DE CRIMES

Crimes de aborto e homicídio. Concurso formal.

Se o agente eliminar a vida da gestante sabedor de seu estado, ou assumindo o risco da ocorrência do aborto, responderá pelos crimes de homicídio e aborto em concurso formal. Haverá o concurso formal impróprio se o agente estiver dotado de desígnios autônomos, ou seja, com uma só ação ele quer dois resultados (o homicídio e o aborto), e as penas dos dois crimes, nesse caso, serão aplicadas cumulativamente. Na hipótese de concurso formal próprio, haverá tão somente a exasperação da pena.

Crimes de aborto e constrangimento. Concurso formal.

Na hipótese em que há o emprego de ameaça ou violência como meio de execução da provocação do aborto, existem dois crimes em concurso formal: aborto sem consentimento e constrangimento ilegal; por exemplo, marido que mediante o emprego de força ministra substância abortiva em sua esposa.

Crime de aborto. Sujeito passivo: gêmeos. Concurso formal ou crime único?

A solução da questão dependerá do conhecimento do sujeito ativo acerca dessa circunstância. Se o indivíduo sabe que se trata de gêmeos, responderá pelo concurso formal homogêneo, ou seja, com uma ação deu causa a dois resultados idênticos. Se não tiver conhecimento desta circunstância, responderá por crime único, sob pena de responder objetivamente pelo fato criminoso.

Crimes de aborto e comunicação falsa de crime. Concurso material.

Na hipótese de aborto sentimental, humanitário ou ético, se a gestante fornece ao médico boletim de ocorrência contendo informação falsa acerca da ocorrência de crime de estupro, aquela responderá pelo crime de aborto em concurso com o delito de falsa comunicação de

crime. O médico, por sua vez, não responderá por crime algum, em face da descriminante putativa.

3.11 - FORMAS.

Aborto provocado pela própria gestante. Aborto consentido e a exceção legal à teoria monística da ação.

O auto-aborto está previsto no art. 124, caput., 1ª figura: é o aborto praticado pela própria gestante. O aborto consentido está previsto na 2ª figura do artigo: consiste no consentimento da gestante para que um terceiro nela pratique o aborto. Trata-se de crime de mão própria, pois somente a gestante pode realiza-lo, contudo isso não afasta a possibilidade de participação no crime em questão.

1ª Figura: aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto):

É a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma. É possível a participação nessa modalidade delitiva, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado. Nessa hipótese, responderá pelo delito do art. 124 do CP a título de partícipe. Há, contudo, posicionamento na jurisprudência no sentido de que o terceiro, ainda que atue como partícipe, teria a sua conduta enquadrada no art. 126 do Código Penal. Finalmente, é importante notar que, por se tratar de crime de mão própria, é impossível ocorrer o concurso de pessoas na modalidade co-autoria.

2ª figura: aborto consentido:

A mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa. Pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, quando, por exemplo, alguém induz a gestante a consentir que terceiro lhe provoque o aborto. Jamais poderá haver a co-autoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher. Por ser crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto e logo depois o auxiliar

no emprego das manobras abortivas em si mesma responderá somente pelo crime do art. 124 do CP. Em tese, a gestante e o terceiro deveriam responder pelo delito do art. 124, pois a figura delitiva prevê: a) o consentimento da gestante; b) a provocação do aborto por terceiro. Contudo, o Código Penal prevê uma modalidade especial de crime para aquele que provoca o aborto com o consentimento da gestante. Assim, há a previsão separada de dois crimes: um para a gestante que consente na prática abortiva; e outro para o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto. Há aqui, percebe-se, mais uma exceção à teoria monística adotada pelo Código Penal em seu art. 29, que prevê :

“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”,

ou seja, todos os participantes (co-autor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime. Assim, o código dispensou tratamento penal diverso àquele que executa materialmente a ação provocadora do aborto, cuja sanção penal, inclusive é mais gravosa (reclusão de um a quatro anos), e àquela que consente que terceiro lho provoque, cuja a pena cominada é idêntica ao delito de auto-aborto, ou seja, menos grave (detenção, de um a três anos).

Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.

O aborto sem o consentimento da gestante está previsto no art. 125, caput., do Código Penal. Trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto (pena – reclusão de três a dez anos). Ao contrário da figura típica do art. 126, não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiros. Aliás, a ausência de consentimento constitui elemento do tipo penal. Contudo, presente o seu consentimento, o fato não será atípico; apenas será enquadrado em outro dispositivo penal (aborto com o consentimento da gestante – art. 126). Não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta o emprego de meios abortivos por terceiros sem o seu conhecimento; por exemplo: ministrar doses de substância abortiva em sua sopa.

Dissentimento real.

O dissentimento é real quando o sujeito emprega contra a gestante:

A – Fraude: é o emprego ardil capaz de induzir a gestante em erro; por exemplo: médico que, a pretexto de realizar exames de rotina na gestante, realiza manobras abortivas;

B – Grave ameaça contra a gestante: é a promessa de um mal grave, inevitável ou irresistível; por exemplo: marido desempregado que ameaça se matar se a mulher não abortar a criança, pais que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar;

C – Violência: é o emprego de força física; por exemplo: homicídio de mulher grávida com conhecimento da gravidez pelo homicida.

Dissentimento presumido.

O art. 126, parágrafo único, primeira parte, prevê hipóteses em que se presume o dissentimento da vítima da prática do aborto por terceiro. O legislador, em determinados casos, considera inválido o consentimento da gestante, pelo fato de não ser livre e espontâneo, de modo que ainda que aquele esteja presente, a conduta do agente será enquadrada no tipo penal do art. 125. O dissentimento é presumido se a vítima é menor de 14 anos, alienada ou débil mental.

Há possibilidade de erro por parte do terceiro quanto ao imaginado consentimento da vítima. Este, estando inserido na descrição típica, dará ensejo ao erro de tipo e o deslocamento da subsunção penal para a norma do art. 126.

Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante.

O aborto provocado com o consentimento da gestante está previsto no art. 126, caput. O fato gera incidência de duas figuras típicas, uma para a consenciente e outra para o provocador. É possível o concurso de pessoas, na hipótese em que há o auxílio à conduta do terceiro que provoca o aborto; por exemplo: enfermeira que auxilia o médico em uma clínica de aborto.

Para que se caracterize a figura do aborto consentido, é necessário que o consentimento da gestante seja válido, isto é, que ela tenha capacidade para consentir. Ausente essa capacidade, o delito poderá ser outro. Assim, temos o seguinte quadro:

A – consentimento válido: “É necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil. Neste campo, o Direito Penal é menos formal e mais realístico, não se aplicando as normas do Direito Privado. Leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante”. (Fernando Capez, Curso de Direito Penal, Parte Especial Volume 2, página 120). O terceiro que praticar manobras abortivas na gestante, que consentiu validamente, responderá pelo delito do art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

B – consentimento inválido: consiste nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 126, em que o dissentimento é real (emprego de fraude, grave ameaça ou violência contra a gestante) ou presumido (se a gestante não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental).

Na letra B, há as hipóteses de consentimento inválido, de modo que o aborto praticado contra a gestante que emitiu consentimento inválido caracterizará a figura típica do art. 125 do CP (aborto sem o consentimento da gestante). Damásio E. de Jesus vê na gestante “alienada ou débil mental”, do parágrafo único do art. 126, uma pessoa que se insere no caput do art. 26, sendo, portanto, inimputável. Para o autor, o consentimento de gestante semi-imputável bastará para que o crime permaneça no art. 126, não se aplicando ao terceiro as penas do crime sem o seu consentimento.

Importa destacar que a gravidez da vítima não maior de 14 anos, da alienada ou débil mental constitui, na realidade, estupro com violência presumida. Nessa hipótese, se o aborto é precedido do consentimento do seu representante legal, o médico estará realizando o aborto legal, acobertado por causa excludente da ilicitude. Cabe, no entanto, ressaltar ser irrelevante e inválido o consentimento ao abortamento médico concedido pela gestante incapaz, no caso de gravidez decorrente de estupro com violência presumida. Assim, se, por exemplo, uma menor de 12 anos de idade, moradora de rua, que não possua qualquer representante legal, vier a engravidar, será necessária a nomeação de curador especial para a obtenção da autorização. Sem essa cautela, o aborto realizado pelo médico configuraria o crime previsto no art. 125 do CP.

Finalmente, o consentimento da gestante deve perdurar durante toda a execução do aborto, de modo que, se houver revogação por parte dela em momento prévio ou intermediário e, a despeito disso, prosseguir o terceiro na manobra, haverá, para este, o cometimento do delito mais grave. A gestante, por sua vez, não responderá por delito algum.

3.12 - FORMA MAJORADA

O art. 127 do CP prevê as formas majoradas do crime de aborto, quais sejam: a) ocorrendo lesão grave, a pena é aumentada em um terço; b) ocorrendo morte, a pena é duplicada.

Qualificadora ou causa especial de aumento de pena?

Impropriamente as figuras do art. 127 recebem a rubrica de "forma qualificada", pois na realidade constituem causas especiais de aumento de pena, funcionando como majorantes na terceira fase de aplicação da pena, ao contrário das qualificadoras, que fixam os limites mínimo e máximo da pena.

Abrangência:

Este artigo só é aplicado às formas tipificadas nos artigos 125 e 126, ficando excluídos o auto-aborto e o aborto consentido, na medida em que o ordenamento jurídico não pune a autolesão nem o ato de matar-se. Assim, se a gestante ao praticar o auto-aborto lesiona-se gravemente, ela não terá sua pena majorada em virtude da autolesão, mas só responderá pelo delito do art. 124. Da mesma forma, é inconcebível no ordenamento jurídico punir a morte da gestante decorrente do auto-aborto, na medida em que o ato de matar-se é atípico.

Enquadramento legal da conduta do partícipe no crime de auto-aborto do qual resulte lesão corporal ou morte da gestante:

Se as majorantes em estudo não abrangem a conduta da mulher que pratica o aborto em si mesma, também não incidirá sobre a conduta do partícipe desse mesmo delito. Fica a questão: Por qual delito responde o instigador ou auxiliador do crime de auto-aborto se do emprego dos meios ou manobras abortivas advier lesão corporal ou morte da gestante? a) responderá por lesão corporal culposa ou homicídio culposo. É a posição de Nelson Hungria. b) responderá tão somente pela participação do delito no art. 124 do CP. É a posição de E. Magalhães Noronha. c) o partícipe ou co-autor do aborto, além de responder por este delito,

pratica homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa, sendo inaplicável o art. 127 do Código Penal, uma vez que esta norma exclui os casos do art. 124. É a posição de Damásio E. de Jesus.

Entende-se que o sujeito deve responder por homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o caso, na qualidade de autor mediato, pois a gestante funcionou como instrumento (*longa manus*) de sua atuação imprudente. Além disso, responde por participação em auto-aborto em concurso formal.

Crime preterdoloso.

As majorantes aqui previstas são exclusivamente preterdolosas. Há um crime doloso (aborto) ligado a um resultado não querido (lesão corporal de natureza grave ou morte), nem mesmo eventualmente, mas imputável ao agente a título de culpa (se eram consequências previsíveis do aborto que se quis realizar e, por conseguinte, evitáveis). Trata-se, portanto, de resultados que sobrevêm preterdolosos; no caso, o dolo do agente vai até a causação do aborto, mas não abrange a superveniente morte da gestante nem a lesão grave que nela sobrevenha. Se houver dolo, direto ou eventual, quanto a esses resultados mais graves, responderá o agente pelo concurso de crimes: aborto e lesão corporal ou aborto e homicídio.

Morte da gestante e aborto tentado:

Trata-se de interessante hipótese de delito preterdoloso (aborto qualificado pela morte culposa da gestante), no qual morre acidentalmente a gestante, mas o feto sobrevive por circunstâncias alheias à vontade do aborteiro. Poderia haver tentativa de aborto qualificado? Em caso afirmativo, seria uma exceção à regra de que não cabe tentativa em crime preterdoloso. Entende-se que nessa hipótese, deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás como acontece no latrocínio, o qual se reputa consumado com a morte da vítima, independentemente de o roubo consumir-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível ao agente tentar produzir algo que não quis: ou crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso.

Lesão corporal leve ou grave como meio necessário à prática do aborto:

No tocante às lesões corporais leves, a própria lei as exclui das majorantes. Ao tratar das lesões graves, como a lesão de útero, alguns autores, como Nélson Hungria e E. Magalhães Noronha, entendem que nos casos em que as lesões, apesar de graves, possam ser consideradas “inerentes” ou “necessárias” para a causação do aborto, não incidiria esse dispositivo, pois estariam elas absorvidas pelo aborto. A lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias à causação do aborto, como, por exemplo, infecções: do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado.

3.13 - ABORTO LEGAL. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE.

Natureza jurídica

Consta da redação do art. 128 do CP: "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". À primeira vista tem-se a impressão de que o citado dispositivo legal constituiria uma dirimente ou escusa absolutória, pois o texto legal se inicia com a frase "não se pune". Tal conclusão, contudo, não prospera. Se se trata-se de hipótese de exclusão da pena, a enfermeira, como lembra E. Magalhães Noronha, que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida. Com razão, se realmente fosse uma causa pessoal de exclusão da pena, somente o médico por ela seria abrangido. Tal, porém, não é a sua natureza jurídica, pois, como ensina Damásio E. de Jesus, "haveria causa especial e exclusão de pena somente se o CP dissesse 'não se pune o médico'; o Código, entretanto, menciona 'não se pune o aborto'". Qual, então, seria a natureza jurídica das causas elencadas no art. 128 do CP? Trata-se de causas excludentes de ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias elencadas no texto legal.

Aborto necessário ou terapêutico

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salva-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, ha dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro. O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de estado de necessidade, sem, contudo, exigir o requisito da realidade do perigo, pois basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias,

como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes. Observe-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado. É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto. Não se pode olvidar, ainda, que o artigo 146, § 3º, I, do CP autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por "iminente perigo de vida".

Sujeito ativo. Enfermeira ou parteira.

A excludente da ilicitude em estudo do crime de aborto somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, a enfermeira, ou parteira, não responderá pelo delito em questão se praticar o aborto por força do art. 24 do CP (estado de necessidade, no caso, de terceiro); no entanto, nesse caso, exige-se que o prosseguimento da conduta será criminosa, tendo em vista que o inciso I do art. 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer o prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante.

Descriminante putativa.

No aborto legal, se a junta médica, por erro de diagnóstico, concluir pela necessidade do aborto, que se revelou absolutamente desnecessário, ocorre erro, que exclui do dolo, e, portanto, o crime em questão. Trata-se de discriminante putativa prevista no art. 20, § 1º, do CP.

Aborto sentimental, humanitário ou ético.

Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez ocorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode

acarretar. O art. 128, II, do CP não faz qualquer distinção entre o estupro com violência real ou presumida, donde se conclui que este último está abrangido pela excludente da ilicitude em estudo. Na interpretação da regra legal é necessário ter em vista que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, até porque qualquer restrição importaria em interpretação *in malam partem*, já que, se entendesse estar excluído do dispositivo legal o estupro com violência ficta, a conduta do médico que praticasse o aborto nessas circunstâncias seria considerada criminosa. Embora a lei só fale na gravidez resultante de estupro, admite-se também no caso de ela resultar de práticas libidinosas diversas, aplicando-se, segundo a doutrina e a jurisprudência, a analogia *in bonam partem*, pois não há que se duvidar que o atentado violento ao pudor é um crime tão repugnante e odioso quanto o estupro, não se podendo impor à mulher, nesses casos, que suporte uma gravidez involuntária.

Quando vigente o art. 217, o qual foi revogado pela lei nº 11108, de 28 de março de 2005, sustentava-se que não era possível estender à gravidez resultante de sedução a norma permissiva do aborto legal, aplicável somente aos casos de estupro e atentado violento ao pudor (por analogia). Isso porque a CF garante a todos o direito à vida, seja ela intra ou extra-uterina, não se podendo banalizar a interrupção de vidas ainda incipientes. Além disso, não havia como considerar como semelhantes, para fins de aplicação analógica, hipóteses tão distintas. Ainda que se tratasse de analogia em norma não incriminadora, a ausência de similitude entre o *modus operandi* desses crimes (em um há emprego de violência ou grave ameaça, enquanto na sedução, mera influência de alguém mais experiente ou influente) impedia a extensão do benefício legal, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana.

Consentimento. Prova do estupro.

O médico, para realizar o aborto, ao contrário do aborto necessário ou terapêutico, necessita do prévio consentimento da gestante ou do seu representante legal. A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico. Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado do médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal). No tocante à gravidez decorrente de estupro ficto, como a conjunção carnal realizada com menor de 14 anos, basta a prova dessa conjunção carnal.

Erro de tipo. Médico induzido a erro.

Caso não tenha havido estupro e o médico induzido em erro realiza o aborto, há erro de tipo, o qual exclui o dolo e, portanto, a tipicidade da conduta.

Sujeito ativo. Enfermeira.

Se a autora for enfermeira, esta responderá pelo delito, pois a lei faz referência expressa à qualidade do sujeito que deve ser favorecido: médico. É o posicionamento adotado por Damásio E. de Jesus. Cezar Roberto Bitencourt adota em parte esse entendimento, pois sustenta que, apesar de a conduta da enfermeira se revestir do caráter de tipicidade e antijuridicidade, ou seja, não ser abrangida pela causa excludente da ilicitude em estudo, pode estar presente no caso uma causa excludente de culpabilidade consistente na *inexigibilidade de conduta diversa*, ou seja, dentro das circunstâncias concretas não havia como se exigir outra conduta da enfermeira que não a realização do aborto na gestante.

Partícipe. Enfermeira.

Se ela auxilia o médico na realização do aborto humanitário, não há crime, uma vez que a conduta daquele não constitui fato típico e ilícito.

3.14 - OUTRAS ESPÉCIES DE ABORTO

Aborto natural

Consiste na interrupção espontânea da gravidez. Nesta hipótese não há crime.

Aborto acidental

É aquele que decorre de traumatismo ou outro acidente. Aqui também não há crime.

Aborto eugenésico, eugênico ou piedoso.

É aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Não é permitido pela legislação e, por isso, configura crime. No entanto, mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos assinados por juntas médicas o Poder Judiciário tem autorizado a prática do aborto. Tecnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher.

Na hipótese do aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, que é aquele praticado para evitar que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável, subsiste o crime de aborto, uma vez que, mesmo não tendo forma perfeita, existe vida intra-uterina, remanescendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente. Eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação das raças. A vida intra-uterina perfeita ou não, saudável ou não, há que ser tutelada, não só por força do direito penal, mas por imposição direta da Carta Magna, que consagrou a vida como direito individual inalienável. No que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, porém, entende-se que não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida. A Lei nº 9434, de 04 de fevereiro de 1997, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que sem atividade encefálica não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a suspensão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto.

Aliás, o STF, em liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio que suspende o andamento de uma ação penal por crime de aborto eugenésico, decidiu: "trata-se de situação concreta que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade". A decisão não esclarece se, no caso, ocorre exclusão da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade. No entanto, essa liminar foi revogada posteriormente.

Aborto social ou econômico.

Cometido no caso de famílias muito numerosas, em que o nascimento agravaria a crise financeira e social. Nosso ordenamento não o admite. Haverá crime, no caso.

3.15 - OBJETO JURÍDICO

Há somente um bem jurídico que é tutelado, este direito é o direito à vida do feto. É a preservação da vida humana intra-uterina. No aborto praticado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante. Na hipótese de embriões mantidos fora do útero, em laboratório, há um vácuo na legislação. Trata-se aqui da reprodução *in vitro* ou assistida, na qual o sêmen do homem é recolhido, congelado e, em seguida, introduzido no óvulo retirado da mulher. Com isso, opera-se a fecundação, após o que o óvulo fecundado é recolocado no útero. Trata-se, portanto, da fecundação fora do corpo da mulher, ou seja, em um recipiente. Durante esse processo, alguns embriões não são aproveitados e acabam por não retornar ao ventre feminino, permanecendo armazenados nas clínicas de reprodução, sem destino certo. Trata-se dos chamados embriões excedentários, quais sejam, aqueles que são congelados e não utilizados pelo casal no processo de inseminação artificial, em razão do sucesso da gravidez obtida ou da desistência do casal. Entende-se que a sua eliminação não configura aborto, uma vez que não se trata de vida intra-uterina, nem homicídio, pois o embrião não pode ser considerado pessoa humana. Como também não se trata de coisa, não se pode falar em crime de dano, razão pela qual o fato é atípico. Nas palavras de Fernando Capez, "deve-se consignar que não há que falar em gravidez fora do organismo humano, daí por que não existe interrupção da gravidez e, por conseguinte, aborto, com a destruição de embriões estocados em vidros ou qualquer outro receptáculo externo ao órgão reprodutor". Curso de Direito Penal, Parte Especial, Volume 1, 6ª Edição, pág. 110.

4 - FETOS ANENCÉFALOS

A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico". O quadro do feto anencéfalo não se resume apenas às seqüelas já referidas. Inclui ainda "a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca, e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro.

É certo que falar-se em anencefalia sugere uma certa conotação política. Não é, entretanto, esse o detalhe para a interpretação do aborto do feto anencéfalo. A respeito do assunto, Cezar Roberto Bitencourt em sua obra Cezar Roberto. Aborto. In: *Manual de Direito Penal – Parte Especial (Volume 2)*. São Paulo: Saraiva, 2001. cap. V, p. 138-143, observa que há, para a doutrina médica especializada, uma "classificação de situações de aborto". Dentre elas, podemos citar a "*interrupção eugênica da gestação*", isto é, são casos em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos. Frequentemente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Conforme se nota, o caso em tela diz respeito a situações nas quais, por imposição de naturezas ideológica e política, as mães foram obrigadas a abortar. Não se trata, dessa forma, do objeto para o qual aqui voltemos nossa atenção: o aborto de fetos anencéfalos realizado por única e exclusiva vontade da mãe. Isso seria suficiente para desautorizar, como já mencionamos, qualquer ligação para com a linha nazista.

Por razões interpretativas e metodológicas seria pertinente aceitarmos a seguinte orientação: "... 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. Necessita-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe foi concedida pelo nacional-socialismo alemão: não se pode mais citar aborto eugênico com a finalidade de conseguir uma raça de "super-homens" e nem mesmo para a conservação da "pureza" de uma raça superior".

É certo que falar em anencefalia sugere certa conotação política. Não é, entretanto, esse o detalhe para a interpretação do aborto do feto anencéfalo. A respeito do assunto, Cezar Roberto Bitencourt em BITENCOURT, Cezar Roberto. Aborto. In: *Manual de Direito Penal – Parte Especial* (Volume 2). São Paulo: Saraiva, 2001. cap. V, p. 138-143. observa que há, para a doutrina médica especializada, uma "classificação de situações de aborto". Dentre elas, pode-se citar a "interrupção eugênica da gestação", isto é, são casos em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos. Frequentemente sugere o tipo praticado pela medicina nazista, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Conforme se nota, o caso em tela diz respeito a situações nas quais, por imposição de naturezas ideológica e política, as mães foram obrigadas a abortar. Não se trata, dessa forma, do objeto para o qual aqui se volta nossa atenção: o aborto de fetos anencéfalos realizado por única e exclusiva vontade da mãe. Isso seria suficiente para desautorizar, como já mencionado, qualquer ligação para com a linha nazista.

Por razões interpretativas e metodológicas, seria pertinente aceitar a seguinte orientação:

"... 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. Necessita-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe foi concedida pelo *nacional-socialismo alemão*; não se pode mais citar aborto eugênico com a finalidade de conseguir uma raça de "super-homens" e nem mesmo para a conservação da "pureza" de uma raça superior". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 02. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 143).

Existem dois pontos a serem observados. Primeiramente, deve-se assinalar a inexigibilidade de conduta diversa como possibilidade de autorização do aborto eugênico. Em segundo lugar, deseja-se discorrer a respeito de algumas posições jurídicas sobre o assunto, tomando como fundamento as diferenças existentes entre a moderna doutrina e a lavra de autores que examinaram o problema em período não muito distante da década de 1940.

5 - A VIDA E A ANENCEFALIA

Questão essencial relativamente à discussão é a *definição* do conceito de vida humana. O dilema a balizar o debate pode ser visto por muitos como simplório, em que pese ser dotado de enorme relevância: qual é o momento em que a vida se inicia e o momento em que ela acaba? A resposta a essa indagação seria insuficiente para os propósitos de nossa exposição, pois entendemos ser fundamental a compreensão dos limites da vida abarcados pelo direito. Dito de outro modo, de nada adianta a ciência médica conceituar a vida, estabelecendo parâmetros idôneos, se o direito não acatar tal conceituação. O conceito de vida não decorre da lei, mas é por ela fundamentado quando se tem em vista a necessidade de tutelá-la.

As discussões médicas sempre tiveram por objetivo chegar a um consenso sobre o instante em que a vida deixa de existir. A incapacidade de respiração foi, durante anos, o único parâmetro responsável por dimensionar os indícios vitais. Com o passar do tempo, novos fatores passaram a constituir elementos importantes em sua verificação. Seja como for, determinar o momento da morte do ser humano é uma das tarefas mais delicadas para estudiosos da área médica.

Veja algumas considerações médicas sobre o assunto:

"Para a Medicina, existem dois processos que evidenciam o momento morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionante. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e consequente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular". (LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos?)

A explicação acima consignada é bastante clara quanto às duas possibilidades de aferição da morte. Interessa prosseguir com a explicação sobre a morte encefálica, objeto constitutivo da exposição:

"Segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência

de atividade elétrica cerebral, ou ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. (Conselho Federal de Medicina. Resolução Nº. 1.480, de 08 de Agosto de 1997). Segundo o CFM, em sua Resolução Nº. 1.752/04, *os anencéfalos são natimortos cerebrais, e por não possuírem o córtex, mas apenas o tronco encefálico, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica*". (LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agna. Existe aborto de anencéfalos?)

É significativa a concepção que tem o Conselho Federal de Medicina sobre os anencéfalos. Sigamos, ainda mais, na esteira dessas explicações: "E sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral".

Exposta, de modo sumário, a relação entre anencefalia e a vida, veja então quais são, do ponto de vista médico, as características da primeira. Tome-se como referência um texto de caráter multidisciplinar:

"Uma malformação que faz parte dos defeitos de fechamento do tubo neural (DFTN). Quando o defeito se dá na extensão do tubo neural, acontece a espinha bífida. Quando o defeito ocorre na extremidade distal do tubo neural, tem-se a anencefalia, levando a ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. O defeito, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomatoso, mas nunca por osso ou pele normal. *A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida*". (LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agna. Existe aborto de anencéfalos?)

Parece demasiado relevante a incompatibilidade entre a vida e a anencefalia.

As complicações maternas derivadas da gestação de fetos anencéfalos também não são suficientes para justificar o aborto. A doutrina é bastante enfática ao assinalar que o simples agravamento do estado de saúde da gestante é insuficiente para autorizar a prática abortiva. Portanto, deve a mãe correr perigo de morte para que lhe seja permitida a conduta do aborto.

A polêmica certamente existe, preferimos acreditar que a lei penal, ao punir o aborto, busca proteger a vida humana, porém a vida útil e viável, não exigindo que a mãe carregue em

seu ventre por nove meses um feto que, logo ao nascer, dure algumas horas e fine a sua existência efêmera, por total impossibilidade de sobrevivência na medida que não possui a abóbada craniana, algo vital para a continuidade da vida fora do útero. O anencéfalo não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física. Há quem sustente que pode haver erro de diagnóstico e a anencefalia não ser comprovada posteriormente. Ora se isso não ocorrer é um erro grave, sujeito a indenização como outro qualquer, mas não justifica a proibição para todas as gestantes que, efetivamente, possuem um ser humano vivo, sem calota craniana, que se desenvolveu atingiu a idade adulta. Lembremos ainda, que o Estado brasileiro é laico, permitindo como é natural de uma autêntica democracia, a adoção e qualquer prática de qualquer culto ou crença, e inclusive do ateísmo. Logo, que alguns por sentimentos religiosos, acreditem que fez parte da missão da gestante carregar dentro de si um feto inviável, pois o sofrimento é parcela integrante da existência humana, sendo moral e espiritualmente elevado que o faça, não se pode transformar a crença de um em um mandamento para todos. Possa cada gestante, de acordo com suas livres convicções, estabelecer a melhor meta a seguir: manter a gestação do anencéfalo ou permitir o aborto. Outra posição, com a devida vênia, é lançar mão da convicção religiosa para impor a quem não a possui o fardo de gerar e parir um ser humano que morrerá em pouco tempo, tão logo desprenda-se da gestante.

CONCLUSÃO

O assunto relacionado ao aborto compreende tema tão polêmico quanto esterilização, eutanásia e eugenesia, todos eles abordados agora pela Comissão incumbida das "reformas" a serem instituídas na Parte Especial do Código Penal.

A morte do feto em decorrência da interrupção da gravidez deve ser resultado direto do emprego dos meios ou manobras abortivas.

Devem ser observadas as causas de exclusão da ilicitude para dessa forma não serem cometidos os tipos penais anteriormente citados. Entendo que, sendo um tema de tamanha proporção cada caso deve ser analisado em suas determinadas particularidades. Sendo que, muitas vezes, se trata não somente da saúde da gestante, como também das condições de vida que o feto poderá ter após o seu nascimento.

BIBLIOGRAFIA:

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, Editora Revista dos Tribunais.

HUNGRIA, Nelson, Código Penal Comentado.

PORTO, Sergio Alberto e outros. Tendencias constitucionais no direito de família, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003.

FEDERAL, Constituição de 1988.

DAMÁSIO, E. de Jesus *Direito penal - Parte especial*, 10. ed., São Paulo : Saraiva, v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. Vol. 02. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LARA, André Martins; **WILHELMS**, Fernando Rigobello; **FREITAS**, Ana Clélia; **FAYET**, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos?.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, Parte Especial, Volume 1, 6ª Edição.