



A polêmica questão do aborto, na história e no mundo.

Nem sempre o aborto teve sua prática recriminada. Geralmente ficava impune se não resultasse prejuízo à saúde ou a morte da gestante. Mesmo na Grécia a reprovação do aborto era freqüente. Aristóteles e Platão aconselharam o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para controlar os índices de crescimento demográfico ou populacional em função dos meios de subsistência. Platão, por exemplo, preconizava o aborto em toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos. Platão e Aristóteles foram em verdade os grandes precursores das teorias malthusianas.

Mesmo o Doutor Evangélico, Santo Agostinho, com fulcro nas idéias aristotélicas pregava o aborto só seria crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se presumia ocorrer após 40 ou 80 dias de sua concepção, dependendo ainda de seu sexo (se varão ou mulher, respectivamente).

Mais tarde, a Santa Igreja Católica eliminou tal distinção e, então passou a condenar irrestritamente e radicalmente o aborto, aplicando o Direito Canônico a pena capital tanto à mulher como ao partícipe. Aliás, a lei penal tende a incriminar mais pesadamente o co-autor e o partícipe do que propriamente a mulher. Para o Direito Penal, o aborto possui definição diversa do adotado pela medicina (1). Clinicamente, define-se o aborto como ação ou efeito de abortar englobando dois tipos de aborto: o provocado e o espontâneo.

No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento: *ab* significando privação, e *ortus*, nascimento. O vocábulo abortamento tem maior acepção técnica do que aborto. O professor Hélio Gomes, em seu livro Medicina Legal, conceitua aborto *comos endo* a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto.

Nos dois primeiros meses de gestação, o aborto é chamado de ovular. No terceiro e quarto meses, embrionário e daí em diante denomina-se fetal. O aborto criminoso pode ser induzido por substâncias químicas abortivas ou por processos mecânicos. Vários argumentos tentaram justificar o aborto como o medo da desonra e, ainda o fato de fazer parte do corpo da mulher gestante, assim como a teoria do Dr. Klost-Forest, no sentido de que o feto não é uma pessoa.

Há mesmo doutrinadores alemães que proclamam se o feto tão-somente uma pessoa em potencial posto que só adquirirá personalidade jurídica se nascer com vida.

Por outro lado, temos a teoria alemã calcada em Von Liszt que partindo da premissa de que o crime é um ataque a um bem jurídico, e negando que o feto seja pessoa e, portanto, sujeito de direitos protegidos pela lei e, conclui pela impunidade do aborto por não perfazer nenhum tipo penal. Também, Antonio Alavares Garcia Prieto elaborou teoria deendendo a impunidade de aborto.



A grande discussão em verdade reside sobre a punibilidade ou não do aborto. Em 1916, o Código Penal Suíço trouxe em seu artigo 112 que, in verbis “O aborto praticado por um médico praticado e com consentimento da mulher grávida não é punível, para se evitar um perigo pra a vida ou a saúde da gestante. Se a vítima é idiota ou alienada é curial o consentimento do seu representante legal”.

Mais, tarde, em 1918, o referido dispositivo eugenista fora suprimido. As pressões religiosas foram vitoriosas, aliás até hoje continuam poderosas. Os Códigos russos de 1922 e 1926 proclamaram a impunidade do aborto. Punia-se apenas o curioso sem diploma de médico ou sem a perícia específica, que viesse a interromper a concepção. E, prevendo ainda a forma qualificada sempre que tal fato decorresse sem o consentimento da gestante.

Também outras legislações (2) adotaram a normatização suíça de 1916 tal como o Código argentino e, ainda o tcheco-eslovaco de 1915. O Código uruguaio incriminou somente o aborto não permitido pela gestante.

Países que não permitem o aborto, exceto quando há risco à vida da mãe: Afeganistão, Angola, Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Costa do Marfim, Filipinas, Guatemala, Haiti, Honduras, Iêmen, Indonésia, Irã, Irlanda, Laos, Líbano, Líbia, Mauritânia, México, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Paraguai, Quênia, República Dominicana, Síria, Sri Lanka, Sudão, Tanzânia, Venezuela e Zaire.

Países que permitem o aborto: África do Sul, Albânia, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Bulgária, Canadá, china, Cingapura, Coreia do Norte, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, E.U.A, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Iugoslávia, Japão, Noruega, República Tcheca, Romênia, Rússia, Taiwan, Tunísia, Turquia, Vietnã e Zâmbia.

A gravidez inicia-se com a fecundação. A partir da concepção, a pessoa humana está com seus direitos protegidos tanto na esfera cível (podendo até vir a ter um curador ao ventre capaz de resguardar legalmente seus interesses) bem como na esfera criminal.

Apesar de que alguns autores, entretanto, entenderem que só existe gravidez após a nidação (ou seja, a fixação do óvulo fecundado na parede interna uterina). Assim, as pílulas anticoncepcionais, o DIU – Dispositivo Intra-Uterino, seriam portanto, abortivos e, seu crime *ipso facto* seria crime.

Evidentemente, não há crime nestas hipóteses por ocorrer simplesmente o exercício regular ou porque tratra de conduta atípica. Porém, a ciência médica definiu que o início da vida ocorre no momento da fecundação. Não constitui aborto, a conduta de quebrar um tubo de ensaio contendo óvulo fertilizado in vitro, a eliminação de embriões humanos em laboratório.



A objetividade jurídica é a vida do feto. Portanto, se o feto estiver morto por causa natural e o médico apenas o retira do útero materno, não existe obviamente a conduta criminosa. Também não haverá crime, se o agente ignorando a gravidez, elabora manobras abortivas. De qualquer maneira, nessas hipóteses, trata-se de crime impossível por causa da absoluta impropriedade do objeto.

Também ocorrerá crime impossível (3) se o crime é provocado pela ingestão de medicamentos incapazes de provocar aborto ou ainda a realização de rituais, rezas ou simpatias.

O aborto é quanto ao meio de execução, um crime de ação livre, pois admite qualquer meio de realização desde que apto a causar a morte do feto. O aborto pode igualmente ser cometido por omissão, na hipótese de gravidez de alto risco, quando para evitar o aborto natural, deve a gestante ingerir determinado remédio. Porém, ela se omite e sobrevém a morte do feto.

O elemento subjetivo é o dolo quer seja direto ou eventual, desta forma não existe o aborto culposo. Se alguém causa aborto por imperícia ou imprudência responde por lesão corporal culposa, e não de natureza grave. A vítima, in casu, é a gestante. Todavia, se a própria gestante for imprudente e der causa ao aborto será fato atípico e não punível pois não se condena criminalmente a autolesão.

Se alguém agride grávida, querendo apenas lesioná-la, mas, culposamente, provoca-lhe um aborto responderá por crime de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º V do CP).

O aborto funciona como causa agravadora do delito de lesões corporais. Mesmo que a morte do feto não seja seguida de expulsão do feto, mesmo assim se caracteriza o aborto. Também não bastará o consentimento para caracterizar o aborto consumado, exigindo-se a produção do resultado, até por ser crime material e de dano que é a efetiva morte do feto.

É possível a tentativa de aborto criminoso. Se na manobra abortiva apesar de expulso do ventre materno, o feto sobrevive, existe a tentativa de aborto. Se após a manobra, o feto é expulso com vida mas lhe advém a morte, o aborto será considerado consumado, desde que comprovada que a morte decorreu da manipulação abortiva.

Se apesar da manipulação abortiva, apesar do feto nascer com vida, em seguida, ocorre nova conduta criminosa contra a vida do recém-nato haverá tentativa de aborto com concurso material com homicídio ou infanticídio (se tratar-se da mãe em estado puerperal).

Entre as figuras típicas do aborto estão o auto-aborto e consentimento para o aborto (art. 124 CP) o aborto praticado com o consentimento da gestante (art. 126CP), o aborto praticado sem o consentimento da gestante (art. 125CP).

No crime de auto-aborto (4) não há tentativa pois não se pune autolesão. Poder-se-á identificar o dolo eventual pelo auto-aborto. O crime de auto-aborto admite a figura do partícipe mas nunca de co-autoria. Alguns autores não enxergam no feto, o sujeito passivo em nenhuma das modalidades de aborto criminoso, seria o Estado esta é a abalizada opinião de Heleno Cláudio Fragoso e Júlio F. Mirabete.

Ambas as hipóteses do art. 124 do CP são consideradas crimes próprios (5), já que nelas o sujeito ativo é



gestante, são também crimes de mão própria, somente admitem participação. Se a gestante consentir que terceiro lhe provoque o aborto, a gestante é autora do crime do art. 124 segunda figura do CP e o terceiro pratica o crime previsto no art. 126 do CP.

Se, entretanto, se terceiro já havia iniciado o ato abortivo que vem a ser interrompido (pela chegada da polícia, e, portanto em flagrante-delito) e o feto não morre, haverá tentativa de aborto. Pela teoria unitária ou monista, supostamente todos que de alguma forma, contribuíram para o delito devem responder pelo mesmo crime.

O Código Penal Brasileiro (6), entretanto, excetuou a esta teoria e, criou um delito autônomo com pena diferenciada e, mais grave para o terceiro que, com o consentimento da gestante, pratica manobra abortiva. A pena, nesse, caso, é de reclusão de um a quatro anos. Assim, a gestante que consente o aborto, incide no art. 124 do CP, enquanto o terceiro que executa o aborto, com concordância dela, responde pelo art. 126 CP.

Exige-se que o referido consentimento seja livre e espontâneo. O parágrafo único do art. 126 do CP elenca quando o consentimento é inábil e inválido: a gestante não é maior de 14 anos; se é alienada ou débil mental de forma que seja ausente o discernimento.

Nestes casos, a violência é presumida, também no caso de consentimento obtido por meio de violência, grave ameaça ou fraude. Anunciar o processo abortivo, substância ou objeto destinado a provocar aborto constitui crime -anão, ou seja, contravenção penal prevista no LCP no art. 20.

Ainda, o consentimento da gestante deve perdurar até a consumação do aborto. Se a mulher está grávida de gêmeos e, se o sujeito sabe de tal fato, ocorrerá concurso formal, mas se não sabe, haverá tão-somente crime único. Caso contrário, haverá responsabilidade objetiva.

O aborto qualificado tem como efeito o aumento de pena se aplica ao terceiro que provoca o aborto com ou sem o consentir da gestante. Não se estende à gestante pois não é punida criminalmente por autolesão.

Se a gestante sofre lesão leve, o agente responde apenas por aborto simples, ficando absorvidas as lesões. As causas qualificadas somente são aplicáveis quando o agente quis causar o aborto e não lesão grave ou morte da gestante, mas as provoca culposamente. Existe, portanto, dolo em referência ao aborto e culpa em relação o resultado agravador.

É possível que o aumento da pena se aplique quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofre lesão grave ou morre. Se além do aborto, o agente também deseja a morte da gestante, responderá por dois crimes. Poderá ocorrer concurso material ou formal imperfeito dependendo do modo de execução empregado no caso concreto.

Se o agente quer matar a mulher, mas ignora esta ser gestante e, acaba provocando-lhe aborto, responde apenas pelo homicídio doloso. Se a mulher supondo estar grávida, solicita os préstimos de aborteiro, sendo atendida e, em razão do meio, a pseudo-gestante vem a falecer, o crime que ocorreu foi homicídio



culposo, desta forma afastada a aplicação do crime de aborto e do art. 127 do CP.

As hipóteses de aborto legal são previstas no art. 128 e seus incisos do CP, tais causas operam a exclusão de ilicitude. O aborto necessário deve ser praticado por médico e não havendo outro meio para salvar a vida da gestante.

Não é preciso o risco atual para a vida da gestante, basta mesmo o perigo seja futuro. Se houve um erro médico no que tange ao diagnóstico, não responde por aborto aplicando-se o art. 20 parágrafo primeiro do CP.

O aborto sentimental ou humanitário possui três requisitos: que seja realizado por médico; que haja consentimento da gestante ou pelo menos de seu representante legal se for incapaz; que a gravidez seja resultante do crime de estupro (7).

Não é necessária a condenação pelo estupro. Basta que o médico tenha provas da materialidade do crime de estupro (boletim de ocorrência, inquérito policial, processo penal, perícia e, etc.).

O Código Penal Brasileiro só anui expressamente com o aborto, nos casos de estupro, mas é pacífico o entendimento jurisprudencial que por analogia in bonam partem estendem a anuência ao aborto também aos casos de crimes contra a liberdade sexual cometidos com uso de violência ou grave ameaça.

Todavia, não haverá aborto sentimental tendo em vista o crime de sedução pois, obviamente não houve uso de violência e, nem da grave ameaça, não havendo semelhanças com os demais crimes contra a liberdade sexual. Não há dispositivo legal que permita a realização de aborto face as graves anomalias do feto ou mesmo por exemplo, a síndrome de Down. Não é permitido o chamado aborto eugênico.

Excepcionalmente alguns juízes concedem a autorização para o aborto quando a anomalia é gravíssima (como a ausência de cérebro) e o filho terá completa inviabilidade de vida a secção do cordão umbilical.

Pelo feto não ter vida própria, dá-se portanto, a atipicidade, ou ainda, a inexigibilidade de conduta diversa que funciona como excludente de culpabilidade. A Lei 9.434/97 que trata sobre a retirada de órgão humanos para fins de transplante, em seu art. 3º, frisa que a morte se caracteriza com a cessação da atividade encefálica. Desta forma, não há como caracterizar o aborto, quando o feto não possui cérebro.

Também não se pode realizar o aborto (8) com base de que a gestante não possui condições financeiras de criar o filho (aborto social) ou porque não é casada. No passado, no Código Penal Brasileiro de 1890 tratou o crime de aborto nos arts. 300, 301 e 302 e, previa a redução de pena se o crime fosse praticado com acordo da gestante e para ocultar a desonra própria (9). Também permitia o aborto legal ou necessário desde que praticado por médico ou parteira com o nobre objetivo de salvar a gestante da morte.



O art. 128 CP que enuncia excludentes de ilicitude (10) pela sua redação dá a errônea impressão de tratar-se de excludente de punibilidade.

O atual projeto do Código Penal propõe substanciais mudanças na Parte Especial do CP, chegando mesmo a reduzir bastante a censura penal ao aborto. Colocando-o como infração de pequeno potencial ofensivo, com procedimento regulado pela Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais criminais onde se julgam crimes punidos com detenção de um a nove meses e permite a transação penal comutando com penas restritivas de direitos ou exclusivamente pecuniária, não lhe retirando a primariedade da ré.

A expressão legal “preservar a saúde da gestante” se refere ao domínio da medicina. Bem procedeu a Comissão em pretender autorizar o aborto quando advier de gravidez resultante da prática não autorizada das ciências modernas notadamente a genética.

Autoriza o aborto quando atestado cabalmente por dois outros médicos sérias anomalias e irreversíveis de caráter físico ou mental do feto. É importante ressaltar que a gravidez extra uterina ou molar não dá azo de se constituir aborto sua interrupção. O produto patológico desta gravidez não possui vida própria nem sequer são fetos.

A prática eugênica vem de tempos imemoriais. Os brâmanes tinham o costume de sacrificar ou abandonar na selva as crianças que, de dois meses, lhe parecessem de má índole. Os espartanos também imolavam as crianças defeituosas por considerarem inútil para o Estado. Os celtas condenam à morte as crianças disformes ou teratológicas e, também, os anciãos valetudinários.

Assim também procediam outros povos sardos, eslavos, escandinavos, selvagens da Terra de Fogo, de Fidji, os batas e os pigmeus. Mesmo assim tal higiene racial se mostra evidente nas leis esterilizadoras de certos países (principalmente os asiáticos) e naquelas que exigem o exame pré-nupcial para o casamento (aqui no Brasil se exige no caso serem primos).

O tema aborto continua tão polêmico quanto a esterilização, a clonagem, a eugenia e a eutanásia, todos eles abordados pelo projeto do código penal que parece adotar francamente o Código Suíço de 1916.

No Brasil, o aborto ainda é ilegal embora na maioria dos países desenvolvidos, já seja legal. O principal motivo para a não legalização do aborto, alegam alguns autores, é a falta de recursos financeiros para realizar adequados atendimentos médicos.

É importante que o aborto natural ou espontâneo não constitui crime. Também alguns doutrinadores classificam como aborto até 19 semanas após a última menstruação. Depois disso, é considerado infanticídio, pois a medicina atual já consegue manter o feto vivo em incubadora.



O aborto pode acarretar também sanções penais e civis (11) como, por exemplo, uma mulher que aborta sem o consentimento do marido, e, este se sente magoado. Dessa forma, é parte legítima para pleitear em indenizatória requerendo perdas e danos e até mesmo dano moral sobre a sua mulher e até mesmo se separar desta (com a plena caracterização de culpa conjugal).

Já no âmbito penal, a sanção importará na restrição à liberdade da mulher que interrompeu criminosamente a gravidez e, ainda das pessoas que tenham participado do delito. Pode-se cometer o crime de aborto por sucção, por medicamentos abortivos, chás, anestésicos, óxidos de nitroso, curetagem, punção e até envenenamento por sal.

Notas de rodapé

*1 – A doutrina e a jurisprudência conhecem várias espécies de aborto legal ou consentido. O aborto natural e o acidental não constituem crimes, mas o chamado social ou econômico é punível. Tal modalidade de crime desconhece a forma privilegiada.

*2 – O Código Penal italiano elenca o aborto entre os crimes contra a integridade e a saúde da estirpe (arts. 545 a 555). Já o CP espanhol classifica tal delito no título dos “Delitos contra las personas”(arts.411 e 417).

Apesar do feto não ter vida independente é um produto da concepção vivo daí deve ser protegido juridicamente. Para o direito civil, no dizer de Damásio E. de Jesus, o feto não é pessoa e, sim , spes persone, conforme a doutrina natalista.

Como corresponde a uma expectativa humana possui portanto, expectativa de direito. Adianta-se Damásio em apontar na tutela penal a personalização do feto como pessoa pois que possui a vida protegida tal qual a pessoa humana.

*3 – No sistema penal brasileiro somente se permite duas formas de aborto legal: o aborto necessário ou terapêutico previsto no art. 128, I CP e o segundo que é quando a gravidez resulta de estupro que é denominado de aborto sentimental ou humanitário. Qualquer que seja o meio é indispensável a sua idoneidade à produção do resultado, ou seja, a morte do feto.

*4 – No auto-aborto, tutela-se o direito à vida cujo titular é o feto. Já no aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas: a primeira sobre o direito à vida e , a outra, incide sobre o direito à vida e a integridade física e psíquica da própria gestante.

*5 – O auto-aborto é crime próprio que exige da autora uma especial capacidade penal (estar efetivamente grávida) daí, denominar-se sujeito ativo qualificado. O mandamento incriminador penal dirige-se não só à gestante como também aos partícipes.



Enquanto que no auto-aborto é a gestante, no aborto provocado, o autor pode ser qualquer pessoa, tendo como sujeitos passivos tanto o feto como a gestante.

O objeto material é o feto, no auto-aborto; já no crime provocado existem dois objetos materiais: o feto e a gestante. Exige-se a prova de vida do feto. O Código não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto.

Exige-se que o feto seja produto de desenvolvimento fisiologicamente normal.

*6 – O núcleo do tipo penal é provocar e significa dar causa, produzir, originar e promover. Desta forma, qualquer meio comissivo ou omissivo, material ou psíquico, integra a conduta típica, daí ser crime de forma livre.

*7 – No aborto qualificado pelo resultado (art. 127 CP) o crime é preterdoloso: há tanto dolo no aborto como culpa na lesão grave ou morte da gestante. É irrelevante que a morte do feto ocorra no ventre materno ou depois de prematura expulsão provocada.

*8 – Mesmo no crime de auto-aborto admite-se a participação que é aquele que secundariamente auxilia a gestante a provocar o aborto, todavia se executa pessoalmente alguma manobra abortiva incide em outro tipo penal o previsto no art. 126 CP.

O partícipe do auto-aborto responde por tal delito e, ainda a homicídio culposo ou lesão corporal culposa, sendo inaplicável o art. 127 CP (Damásio). É importante frisar que o aborto consensual é punido posto que o consentimento não exclui o delito.

O aborto consensual possui forma típica simples e exige consentimento hábil.

As formas qualificadas são aplicáveis exclusivamente aos crimes descritos nos arts. 125 e 126 CP quando a gestante vem a morrer ou sofrer lesão corporal grave.

Porém, se advier somente lesão corporal leve, o sujeito só responde por aborto simples. Pois o crime de lesão fica absorvido pelo aborto.

*9 – No aborto legal descrito pelo art. 128 CP não contém causa de exclusão de culpabilidade e nem mesmo escusas absolutórias ou extintivas de punibilidade.

E se o fato for cometido por enfermeira, haverá o crime de aborto? Bem, se for aborto necessário, não responde por delito. A enfermeira é favorecida pelo estado de necessidade (art. 24 CP) que exclui também a ilicitude do fato.

No entanto, tratando-se de aborto sentimental ou humanitário, a enfermeira responderá pelo delito de aborto, pois a norma é taxativa e menciona que deve ser médico.

*10 – Quanto a comprovação do estupro, não é exigida autorização especial judicial pela norma penal. É exigido o consentimento da gestante. E se o estupro foi cometido por violência presumida. O aborto será



permitido , não constituindo crime, a norma penal menciona estupro de forma indistinta e genérica.

*11 – O auto-aborto prevê pena de detenção de um a três anos (art. 124CP) incide na mesma pena a gestante que consente a provocação abortiva. O terceiro que opera o aborto consentido recebe pena de reclusão, de um a quatro anos (art. 126CP).

Já no não consentido, o CP prevê pena de reclusão de 3 a 10 anos (art.125CP). Ao aborto qualificado, aumenta-se as penas dos arts. 125 e 126 com aumento de 1/3 (um terço) se a gestante sofre lesão grave ou morre, as penas são duplicadas(art 127CP).

A Lei 9.318/1996 acrescentou ao art. 61 II, h CP a circunstância agravante (por ser contra mulher grávida) é inaplicável ao delito de aborto pois que tal circunstância integra o tipo sendo elementar (caput, art. 61 do CP). A ação é pública e incondicionada. Desta forma, o inquérito policial e a ação penal podem iniciar sem a provocação de qualquer pessoa.

Em juízo , a ação penal será iniciada por denúncia do MP e não está sujeita a qualquer condição de procedibilidade.

Date Created

02/06/2002