

# ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERSOS NO CRIME DE ABORTAMENTO

## I- OBJETIVO

Analisar, de forma concisa, aspectos jurídicos controversos no crime de abortamento. Não se pretenderá apresentar novos dados práticos, uma vez que estão exaustivamente tratados nos livros da bibliografia, mas propor uma visão crítica.

## II- METODOLOGIA

A dissertação será executada através da análise legal, doutrinária e jurisprudencial do tema, embora não necessariamente de forma claramente distinta. Procurar-se-á, também, colocar o pensamento do autor.

## III- INTRODUÇÃO

O abortamento consiste, em essência, na morte do concepto antes de sua viabilidade. Quando provocado dolosamente, tipifica o crime de aborto, tratado nos artigos 124 e ss. do Código Penal Brasileiro (CP), Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a reforma da Lei n.º 7.209, de julho de 1984.

Vários aspectos desse crime não estão claros no texto legal. Torna-se imperioso ao exegeta, servir-se de recursos propostos pela hermenêutica, no sentido de atingir a justiça, sem prejuízo da segurança jurídica.

Procura-se, desta sorte, analisar o fenômeno sob o tríplice aspecto: o legal, englobando as interpretações literal, sistemática e teleológica; o doutrinário, sem ficar preso aos juristas, chegando-se aos outros ramos do conhecimento conexos ao tema; e, finalmente, ao jurisprudencial, i.e., ao direito efetivamente aplicado pelos Tribunais. Com relação a este último, uma vez que o direito brasileiro filiou-se ao "Sistema Continental", afastando-se do proposto pela "Common law", a jurisprudência fica sem força vinculante e, portanto, deve ser questionada, não se aceitando seus ditames de forma cega.

## IV- ASPECTOS CONTROVERSOS

### a) O nomen delicti

A começar pelo nome, o aborto já causa polêmica. A lei emprega o termo "aborto" para o crime. Contudo, entende a

melhor doutrina, que "aborto" seria o produto do "abortamento".

Ensina o Professor JULIO FABBRINI MIRABETE que:

*"Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referia apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal - aborto - é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferências às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto" (1).*

Como este último termo, abortamento, é o tradutor da ação delituosa, sem dúvida alguma, é, tecnicamente, o melhor nomen delicti.

#### **b) A comunicabilidade no auto-aborto.**

O artigo 122 do CP, comina pena mais branda para o auto-aborto, i.e., a gestante quando provoca ou quando permite que outrem lhe provoque o aborto, tem para si pena menos severa. Quem lhe provoca, tipifica o artigo 126, que possui pena mais grave.

Questiona-se se ao partícipe ou ao co-autor se estenderia o benefício.

Com relação ao co-autor, representado por aquele que atua materialmente para consumação do crime, sem dúvida alguma estaria incurso no artigo 126, pela regra que o específico derroga o geral, uma vez que este artigo prevê especialmente esta hipótese. É o caso dos profissionais de saúde envolvidos no delito, quando em exercício do seu ofício.

Para análise do partícipe, seja por instigação ou cumplicidade, torna-se imperiosa uma verificação mais detalhada.

A lei afirma através do artigo 30 do CP que:

*"Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do tipo".*

Sem dúvida, é condição elementar do tipo, a de ser mãe o agente do auto-aborto. Resta saber se esta é ou não uma condição de caráter pessoal. Trata-se de um elemento normativo, para o qual necessita-se uma valoração jurídica.

Recorrendo ao professor JAMES TUBENCHLAK (2), chega-se ao conceito de condição especial ou própria, bipartida em categorias distintas, a saber: condição pessoal, como aquela decorrente de uma qualidade social do agente (v.g., funcionário público no crime de peculato); e condição personalíssima, decorrente de uma qualidade natural do agente (v.g., ser a mãe no caso do auto-aborto). Desta sorte, por não ser uma condição pessoal mas personalíssima, não ocorreria a comunicabilidade por força do artigo citado, passando o partícipe a responder pelo crime do artigo 126.

Entretanto, este conceito não é pacífico. Parte da doutrina não vislumbra a citada bipartição, confundindo, assim, os conceitos de condição pessoal e condição especial (ou própria). Consideram, assim, o ser a mãe, no caso do auto-aborto, uma condição pessoal.

Haveria, então, a comunicabilidade, indiciando-se o partícipe no artigo 124.

Esta é a posição de CELSO DELMANTO (3), de JULIO F. MIRABETE (4), DAMÁSIO DE JESUS (5) e NELSON HUNGRIA (6). Neste sentido há jurisprudência, inclusive do STF, embora haja, também, em sentido contrário (7).

Constata-se, do exposto, que a lei, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas. Deverá, sem dúvida alguma a questão ser resolvida pelo juri. Considerará que a lei ao cominar pena mais branda para a mãe, pressupõe - jure et de jure - que a mesma estaria, de alguma forma afetada psicologicamente pela situação. Desta sorte, deverá o órgão jurisdicional perquirir se o partícipe, in concreto, estava ou não afetado pela situação como a mãe. Este seria o resultado da interpretação teleológica, única capaz de, em tese, dar solução ao problema.

### **c) Aborto de estupro e o aborto "terapêutico".**

Questiona-se, com este item, se o aborto de gravidez resultante de estupro e o "terapêutico" são ou não crimes.

Diz a lei que:

*"Artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico:*

*I- se não há outro meio para 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" (CP).*

Para CELSO DELMANTO (8), DAMÁSIO DE JESUS (9) há causa de exclusão de antijuridicidade. Para MAGALHÃES NORONHA (10) há

causa de exclusão de antijuridicidade no aborto "terapêutico" e estado de necessidade no aborto de estuprada. NELSON HUNGRIA (11) afirma ser caso especialmente destacado de estado de necessidade, para o "terapêutico", silenciando, a razão da causa excludente, para o resultante de estupro. Para JULIO F. MIRABETE, há:

*"causas excludentes da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade" (12).*

Já a jurisprudência não se tem manifestado pacificamente sobre a razão jurídica da excludente, embora muitas vezes se volte ora para "estado de necessidade" ora para "legítima defesa".

Com relação à legítima defesa, veja-se o que sobre o assunto nos ensina o Dr. CAETANO ZAMITTI MAMMANA:

*"...seria mister, para invocar-se a legítima defesa, que o êmbrio ou feto cometesse ato injusto" (13).*

Por este argumento, como a legítima defesa sempre exige injusta agressão, incapaz de ser praticada pelo embrião ou pelo feto, conclui-se que esta justificativa não tem amparo jurídico.

O estado de necessidade, para o caso de aborto de estuprada, também não possui amparo jurídico, pois no dizer do Dr. CELSO PANZA:

*"Não existe o perigo real e atual contrário ao direito de vida da violentada" (14).*

Na realidade, sem sombra de dúvida e com base legal, existe uma condição negativa de punibilidade.

Segundo HELENO FRAGOSO, escusas absolutórias são:

*"...condições negativas de punibilidade do crime. Subsiste aqui a ilicitude, ocorrendo apenas causas pessoais de exclusão da pena (15)."*

Logo, sua natureza jurídica é de condição negativa de punibilidade com base em escusa absolutória. A própria lei afirma que "não se pune" a conduta, deixando claramente exposta sua natureza jurídica, como antes colocado.

Não cabe portanto, concessa maxima venia, alegações de antijuridicidade ou mesmo descriminantes.

Pondera MAGALHÃES NORONHA que:

"...não nos parece que na técnica do Código se devia dizer 'não se pune...' Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de dirimente ou de escusa absolutória, o que seria insustentável (16)".

No mesmo sentido que MAGALHÃES NORONHA, pondera DAMÁSIO DE JESUS (17). Ambas posições não podem ser aceitas, uma vez que não é permitida a interpretatio contra legem.

É mister trazer à colação, o pensamento de doutrinadores médicos no que concerne ao aborto "terapêutico". Em premiado livro, após consulta a especialistas de renome nos campos da cardiologia, fisiologia, nefrologia, psiquiatria, hematologia, farmacologia, endocrinologia, metabologia, ginecologia e obstetrícia fizeram constar:

*"Fundamentando-se nos importantes depoimentos científicos atrás transcritos, pode-se afirmar que, atualmente, a Medicina oferece ao médico meios para prosseguir na luta do fim almejado, qual seja a salvação do binômio mãe-filho, não sendo válido o apelo ao chamado abortamento 'terapêutico' (18).*

JULIO F. MIRABETE cita ALMEIDA Jr., que citando RAUL BRIQUET, afirma, referindo-se aos riscos que padece a gestante, motivadores do aborto "terapêutico":

*"O aborto terapêutico provém ou da deficiência de conhecimentos médicos, ou da inobservância dos princípios da assistência pré-natal" (19).*

Logo, com o avanço da medicina, não é mais possível caracterizar o "**se não há outro meio para salvar a vida da gestante**" exigido pelo inciso I do artigo 127 do CP para não se punir este tipo de abortamento. Torna-se, então, impossível a ocorrência prática do abortamento "terapêutico".

Constata-se, então, que o aborto "terapêutico" e o aborto de estupro são crimes para os quais o legislador aplica o perdão legislativo, renunciando à aplicação da pena.

#### **d) Aborto resultante de atentado violento ao pudor.**

Estaria o aborto resultante de atentado violento ao pudor encoberto pela condição negativa de punibilidade prevista no inciso II do artigo 127?

CELSO DELMANTO (20), JULIO F. MIRABETE (21), DAMÁSIO DE JESUS (22) e MAGALHÃES NORONHA (23) afirmam que sim, pelo princípio da analogia in bonam partem. HELENO FRAGOSO, a seu turno, não a admite, uma vez que:

*"... possível, assim, aplicar analogicamente as normas de caráter geral que excluem a ilicitude ou a culpabilidade, mas não as normas excepcionais em sentido restrito. Exemplo destas últimas temos o art.128, n°II, CP, que estabelece a impunibilidade do aborto, se a gravidez resulta de estupro (desde que o aborto seja praticado por médico e seja precedido de consentimento da gestante). Esta é norma excepcional. Não é possível aplicá-la analogicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual (sedução, corrupção de menores, etc.) embora tal aplicação viesse a beneficiar o réu" (24).*

Melhor direito está com HELENO FRAGOSO, pois a analogia somente pode ser aplicada em caso de lacuna ou ambigüidade da lei. Uma vez que o texto da lei não oferece dúvidas, pois determina explicitamente a exceção da regra, não é justo ampliá-la os limites.

A necessidade prática também propugna por essa solução, uma vez que tornaria impossível o controle dos abortos criminosos. A qualquer intervenção abortista, estaria o rótulo do "aborto sentimental", sendo muito difícil conseguir prova em contrário. É fato que o mesmo ocorre em relação ao estupro. Entretanto, não se deve alargar a deficiência, principalmente quando se vai contra a lei.

#### **e) Início da tutela penal.**

Quando começa o nascituro a ser sujeito passivo do crime de aborto? Com a fecundação (união dos gametas masculino e feminino) ou seria com a nidação (implantação do embrião no endométrio)?

MAGALHÃES NORONHA, filia-se à primeira corrente ao afirmar:

*"Em qualquer momento, o produto da concepção está vivo, pois cresce e se aperfeiçoa, assimila as substâncias que lhe são fornecidas pelo corpo materno e elimina os produtos de recusa; executa assim as funções típicas de vida" (25).*

CELSONO DELMANTO (26), sem explicar, filia-se à corrente da "nidação". No mesmo sentido JULIO F. MIRABETE, com a seguinte motivação:

*"Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, ou transformar o endométrio para criar nele condições*

*adversas à implantação do óvulo, forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal. Caso contrário, dever-se-á incriminar como aborto o resultado da ação das pílulas e dos dispositivos intra-uterinos que atuam após a fecundação" (27).*

Como é fácil de notar, carece de fundamento esta afirmação do professor JULIO F. MIRABETE, pois procura esclarecer o assunto não pela verdade científica, mas através de um critério surpreendentemente costumeiro; é como dissesse: "o que se costuma fazer corresponde à verdade". Nada mais comum que o roubo, entretanto não passa pela cabeça de ninguém justificá-lo.

Argumento semelhante dá quem deseja a descriminalização do aborto, assim dispendo: "é uma hipocrisia querer esconder uma verdade, uma realidade que todos conhecem e que nunca poderão mudar".

O mesmo se diga, então, do roubo, do furto, do homicídio, etc. Descriminar-se-iam estas condutas uma vez que nunca serão abolidas da nossa sociedade? É evidente que não! Interessante verificar, que para o mesmo raciocínio, alguns chegam a resultados diversos. A explicação está em que o sujeito passivo principal do crime de aborto não se vê (embora com novas técnicas médicas já o seja possível), então não se "sente". Mas não é o sentimento que faz ser ou deixar de ser alguma coisa. O homem, que se gloria de ser o único animal racional, deve usar sua inteligência, e não só seus sentidos, para atingir conhecimentos científicos e agir em consequência.

Está com a razão MAGALHÃES NORONHA, que através de um critério científico, demonstra estar na fecundação o início da vida, e, portanto, o início da existência do bem jurídico tutelado. Nesse sentido, recolhe-se o exposto em livro já citado:

*"É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que o ciclo de uma nova vida humana tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, ocasião em que estabelece todo o potencial genético do novo ser e tem início o seu desenvolvimento progressivo e ininterrupto até a morte" (28).*

Aproveita-se o próprio texto transcrito para registrar que não existe vida em formação. Ou há vida ou não há vida. Em formação corporal está qualquer ser humano até a puberdade, mas não seria correto afirmar que até a puberdade há vida em formação. Trata-se de mais um equívoco que, com ajuda da genética e da embriologia, fica fácil contestar.

## V- CONCLUSÃO

Do exposto em toda a dissertação, conclui-se que o tema é muito discutido não só no âmbito do jurídico. Presumindo-se que os aspectos controversos foram analisados no corpo da dissertação, reserva-se o final desta para questionar:

- O que o aborto mata é uma vida?
- Se é uma vida, seria esta vida, vida humana?
- Em sendo uma vida humana, esta seria uma vida humana inocente?
- **Em sendo uma vida humana inocente, que justificativa poderia haver para matá-la?**

## VI- BIBLIOGRAFIA

- 1- FRAGOSO, Heleno Cláudio - Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 2ª Edição Universitária, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- 2- MIRABETE, Julio Fabbrini - Manual de Direito Penal 1 - 6ª Edição, São Paulo, Atlas, 1991.
- 3- MIRABETE, Julio Fabbrini - Manual de Direito Penal 2 - 6ª Edição, São Paulo, Atlas, 1991.
- 4- DELMANTO, Celso - Código Penal Comentado - 3ª Edição, São Paulo, Renovar, 1991.
- 5- TUBENCHLAK, James - Teoria do Crime - Forense.
- 6- HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Claudio - Comentários ao Código Penal vol. V - 6ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- 7- NORONHA, E. Magalhães - Direito Penal vol. 2 - 24ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1990.
- 8- DAMÁSIO E. de Jesus - Direito Penal, 2º vol. - 12ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1990.
- 9- MAMMANA, Caetano Zammitti - O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião - São Paulo, Letras, 1969.
- 10- ALVES, João Evangelista dos Santos *et alii* - Aborto o direito do nascituro à vida - Rio de Janeiro, Agir, 1982.
- 11- MARTINS, Roberto Vidal da Silva - Aborto no Direito Comparado: uma reflexão crítica - Belém, CEJUP, 1991.
- 12-

## VII- REFERÊNCIAS

- (1)- Página 75, referência bibliográfica 3.
- (2)- Referência bibliográfica 5.
- (3)- Página 216, referência bibliográfica 4.
- (4)- Página 79, referência bibliográfica 3.



- (5)- Página 105, referência bibliográfica 8.
- (6)- Página 302, referência bibliográfica 6.
- (7)- Página 79, referência bibliográfica 3.
- (8)- Página 216, referência bibliográfica 4.
- (9)- Página 109, referência bibliográfica 8.
- (10)- Página 58 e 61, referência bibliográfica 7.
- (11)- Página 307, referência bibliográfica 4.
- (12)- Página 81, referência bibliográfica 3.
- (13)- Referência bibliográfica 9.
- (14)- Depoimento pessoal recolhido na página 31 da referência bibliográfica 10.
- (15)- Página 218, referência bibliográfica 1.
- (16)- Página 58, referência bibliográfica 7.
- (17)- Página 109, referência bibliográfica 8.
- (18)- Página 135 e 136, referência bibliográfica 10.
- (19)- Página 81, referência bibliográfica 3.
- (20)- Página 217, referência bibliográfica 4.
- (21)- Página 82, referência bibliográfica 3.
- (22)- Página 110, referência bibliográfica 8.
- (23)- Página 62, referência bibliográfica 7.
- (24)- Página 86 e 87, referência bibliográfica 1.
- (25)- Página 50, referência bibliográfica 7.
- (26)- Página 215, referência bibliográfica 1.
- (27)- Página 77, referência bibliográfica 3.
- (28)- Página 135, referência bibliográfica 10.

AUTOR: PAULO DE TARSO MACHADO BRANDÃO; JAN/1993.  
JUIZ DO TRABALHO EM NITERÓI