

Sumário: 1. Introdução 2. Conceito de aborto 3. O começo e o fim do amparo legal 4. Elementos do crime 5. O elemento subjetivo do crime 6. A criminalidade do aborto 7. Espécies diferentes de aborto 8. A ação penal 9. Conclusão REFERÊNCIAS

1. Introdução

Este artigo, sucintamente, versará sobre o delito de aborto no CP, apresentando seus conceitos, o período da permanência do resguardo legal, o elemento subjetivo deste crime, além de outros argumentos abarcados no decorrer deste texto.

Ab Initio, o ser humano se vale de mecanismos contraceptivos como o aborto para evitar gestações indesejadas. Em muitas culturas, essa prática era perfeitamente aceita, como era o caso dos gregos e hebreus. Para eles, o fruto da concepção pertencia ao corpo da mulher, podendo fazer com ele o que melhor lhe pusesse. Aristóteles (384 a 322 a.C.) chegou a dizer que "se deve fixar o número máximo de procriações e, se alguns casais forem férteis para além do limite, é necessário recorrer ao aborto".

Com o passar dos tempos, essa prática começou a ser reprovada, principalmente com o surgimento do Cristianismo, que proibia terminantemente o feito, punindo severamente os que o realizasse, como é o caso de praticantes que acabaram mortos na fogueira.

O aborto foi condenado também no período da Revolução Francesa, sendo as mulheres até incentivadas a procriarem. Assim transcreve Guilia Galeotti, em História do aborto[1]: "No fim do século 18, após a Revolução Francesa, passou-se a acreditar que um país poderoso era aquele com muitos habitantes. Cada criança era um futuro soldado, trabalhador, contribuinte. Ser mãe era questão patriótica".

Na legislatura brasileira, o assunto só foi introduzido em 1890, condenando somente o terceiro que praticasse o aborto, deixando a gestante livre de acusações. Com o advento do Código Penal de 1940, passa-se a punir tanto os casos de crime de mão-própria e aborto consentido como o aborto provocado por terceiros com ou sem o consentimento da grávida.

O fato é que, mesmo com tantas discordâncias no decurso dos séculos, a humanidade ainda não chegou a um acordo quanto a permissão da prática do aborto, continuando sendo considerado um crime em vários países, inclusive no Brasil.

2. Conceito de aborto

Um dos assuntos mais polêmicos no que tange as infrações penais é indubitavelmente o aborto, pois envolvem uma sucessão de pareceres conflitantes. Essas opiniões contraditórias fazem com que se crie um impasse sobre a permanência do aborto como sendo um crime, permanecendo, desta forma, a prática constante de abortos em clínicas clandestinas, nas quais submetem inúmeras mulheres a um extremo risco de morte.

Alguns grupos religiosos defendem a constância da gestação até o fim, mesmo que esta seja decorrente de um estupro. A igreja Católica, por exemplo, proíbe categoricamente a prática. Para ela, a vida começa a partir do momento em que o óvulo se funde com o espermatozóide, não devendo ser então interrompida. O papa Paulo VI, em 1968, expôs que "o feto tem pleno direito à vida? a partir do momento da concepção; que a mulher não tem nenhum direito de abortar, mesmo para salvar sua própria vida[2]".

Diante deste assunto tão complexo, constatamos que existe um vácuo no Código Penal sobre o

que é o aborto; o que lhe define. O Código não reproduz claramente o significado, o que deixa o mesmo em aberto para interpretações de diversos doutrinadores.

Enfatiza Fernando Capez (2008, p.119) que aborto seria "a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno".

3. O começo e o fim do amparo legal

Para os estudiosos da medicina, a vida suscitaria a partir da fecundação, isto é, quando o espermatozóide masculino é introduzido no óvulo feminino. Mas para o Direito Penal, a legislação somente inicia o amparo no momento em que, 14 (quatorze) dias depois da fecundação, o ovo encontra-se já fecundado no útero da mãe; a chamada nidificação.

Nas lições de Heleno Cláudio Fragoso (1981, p.116), ele ressalta que aborto seria "pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto". Já nos casos em que ocorre a chamada gravidez extra-uterina, ou como Jorge de Rezende (1998, p.717) define como sendo uma "prenhez ectópica", ou então no caso de reprodução in vitro, no qual ambos os casos a gestação é desenvolvida fora do útero materno, a lei penal não caracteriza como sendo um crime de aborto, pois a lei somente prevê infração no caso de gravidez intra-uterina, sendo então um fato atípico.

O crime, outrossim, só começa a ser praticado no absoluto instante em que dá-se o início do ataque ao bem jurídico, que é a vida intra-uterina. Antes disso, não há que se pensar em fato típico.

O término da possibilidade de ocorrência de aborto dá-se com o início do parto, quando, no caso de parto normal, há a dilatação do colo uterino e o rompimento da membrana amniótica ou quando há a abertura das camadas do abdômen, no caso de cesariana. Depois disso, ocorrendo a morte do nascituro, será caracterizado, segundo a situação imposta, como crime de infanticídio ou de homicídio.

Vale ressaltar que, se em decorrência da utilização direta dos meios abortivos, o feto vier a nascer e logo em seguida morrer, neste caso, não poderá caracterizar, como um caso de infanticídio ou homicídio, posto que foi em decorrência destes métodos que o feto foi expelido e logo em seguida extinto, caracterizando ainda crime de aborto, pois, segundo Fernando Capez (2008, p.124), "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". Em concordância com as preleções de Sebastian Soler (1973, p.91): "se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre un sujeto que no pueda aun ser calificado como sujeto pasivo posible de homicidio, condición que, según sabemos, principia com el comienzo del parto. Toda acción destructiva de la vida, anterior a esse momento, es calificada de aborto, sea que importe la muerte del feto en el clustro materno, sea que la muerte se produzca como consecuencia de la expulsión prematura".

Se mesmo valendo-se destes meios, não há a interrupção da gravidez ou, por estar no final da gestação, o feto nasce e mesmo prematuro, consegue sobreviver, será caracterizado como uma tentativa de aborto.

4. Componentes

O crime de aborto se encontra no Capítulo I, que trata dos crimes contra a vida, que pertence ao Título I do Código Penal, classificando a vida do produto da fecundação como sendo o bem juridicamente protegido mais importante, sendo a vida da gestante, no caso de aborto sem o consentimento da mesma ou qualificado pelo resultado, o segundo bem juridicamente protegido.

Já o objeto material do crime pode ser o óvulo germinado (até dois meses de gestação), o embrião (de dois a quatro meses) ou o feto (a partir dos cinco meses até o final da gravidez). O aborto pode ocorrer de duas maneiras, espontaneamente quando ocorre de forma natural; sem nenhuma intervenção humana ou, como preleciona Rogério Greco (2008, p.243), "quando o próprio organismo materno se encarrega de expulsar o produto da concepção". Esta espécie de aborto não interessa para a lei penal, importando-se somente com a outra forma, o aborto provocado, que pode ser tanto doloso quanto culposo.

A Provocação dolosa ocorre no caso dos artigos 124 (auto-aborto e aborto consentido), 125 (aborto sem o consentimento) e 126 (aborto com o consentimento) do Código Penal. O caso de provocação culposa, o CP brasileiro não prevê nenhuma hipótese de aborto.

O sujeito passivo pode ser somente o produto da fecundação (no caso de auto-aborto e aborto feito por terceiro com o consentimento da gestante) ou pode ser tanto o produto da fecundação como a gestante (no caso de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da grávida). No caso da gestante consentir o aborto mas acabar por ser gravemente lesionada e chegar a óbito, tornar-se-á também sujeito passivo, pelo fato de ser invalidado o seu consentimento diante do grave resultado (art. 127, CP). O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive a própria gestante (auto-aborto e aborto consentido).

O aborto pode ocorrer através da ação, com a utilização de meios químicos (arsênio, mercúrio etc.), psíquicos (susto, medo etc.) ou físicos (choque, prática de violência física etc.); ou pode ocorrer através da omissão, quando o sujeito ativo, na posição de garantidor, como o médico, a parteira etc., podendo fazer algo para evitar o aborto da gestante, não o faz, vindo a ocorrer então o fato.

Mas para que se caracterize como um crime de aborto, tem que se ter a plena certeza de que o feto estava vivo ou que realmente exista uma gravidez. Do contrário, se caracterizaria como um crime impossível, visto que não há necessidade para tal ato diante da extinção vital do feto ou da inexistência do mesmo (art. 17, CP); ou no caso, por exemplo, da prática de feitiçaria, por ser totalmente ineficaz.

Já no caso da gestante ingerir uma substância que é letal, mas pela pequena quantidade ingerida, não surte o efeito desejado, ou seja, a interrupção da gravidez, a atitude não mais será considerada como um crime impossível, passando a ser considerado como tentativa de aborto.

É um crime instantâneo, pois se consuma e não dá continuidade; ele então "pára". Ocorre a consumação do aborto e conseqüentemente a morte do feto. E é também material, pois, segundo Fernando Capez (2008, p.123) enfatiza, "o tipo penal descreve conduta e resultado (provocar aborto)".

5. O elemento subjetivo do crime

Como é estudado na parte geral do curso de Direito Penal, elemento subjetivo diz respeito a vontade do agente. No caso do aborto, é o dolo, que pode ser tanto direto quanto eventual. Dolo direto é a livre e consciente vontade de praticar a interrupção da gravidez. Dolo eventual é quando, mesmo não querendo o resultado aborto ou tendo dúvida da gravidez, o agente assume o risco da ocorrência do crime. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.526): "Matar mulher que sabe estar grávida configura também o crime de aborto, verificando-se, no mínimo, dolo eventual; nessa hipótese, o agente responde, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto. Se houver desígnios autônomos, isto é, a intenção de praticar os dois crimes, o concurso formal será impróprio, aplicando-se cumulativamente a pena dos dois crimes, caso contrário será próprio e o sistema de aplicação de penas será o da exasperação". Neste caso, não existe a modalidade de aborto culposo, sendo então atípico.

6. A criminalidade do aborto

No que diz respeito a criminalidade do aborto, o Código Penal deixa bem evidente, tanto quanto a punição quanto a exclusão. Vejamos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

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

Na primeira parte, é tratado o delito de auto-aborto, que é quando a própria mulher pratica a interrupção da gravidez, empregando em si mesma o método abortivo. Nesta hipótese, pode ocorrer a participação de terceiro, quando o mesmo auxilia, secundariamente, a prática do aborto, fornecendo por exemplo, os meios para a ocorrência, sendo enquadrado no art. 124 do Código Penal como partícipe.

Na segunda parte, é explicado o aborto com consentimento, que é quando a mulher consente que uma terceira pessoa lhe pratique o aborto. Neste caso também há a possibilidade de um partícipe, que induz a gestante a permitir que o terceiro lhe faça o aborto. Pode haver também crime de ação múltipla, no qual a mulher consente que o outro lhe provoque o aborto e logo em seguida, o auxilia no aborto em si mesma.

A pena imposta a gestante é diferente da imposta ao terceiro, caracterizando assim como uma exceção à teoria monística, prevista no art.29, CP, que acredita que "[...] todos os participantes (co-autor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime [...]" (CAPEZ, 2008, p.128-129). Essa exceção seria a concepção dualista, que diferencia as penas do autor e do partícipe de acordo com a participação e a consequência de cada ato, individualizando o castigo[3].

Em ambos os casos, não há a possibilidade de co-autoria, por ser um crime de mão-própria, sendo o consentimento personalíssimo.

Aborto provocado por terceiro

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

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

É a forma mais grave do delito de aborto, que consiste na prática de métodos abortivos por terceiro sem o consentimento da vítima.

Não há a necessidade da gestante saber e não aprovar o ato. Pode ocorrer casos da não-ciência da mulher como, por exemplo, misturar uma substância abortiva em um alimento e dá a grávida para a sua ingestão.

Essa forma de aborto pode ser de dissentimento real, quando o agente emprega diretamente contra a gestante; de fraude, quando a gestante é levada ao erro, através de emprego de atitudes ardilosas; de grave ameaça contra a gestante, quando é prometida à gestante um mal grave caso não cometa o aborto; de violência, que é o aborto provocado através do emprego de força física e de dissentimento presumido, que somente é aceito quando a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, é alienada ou débil mental, posto que o consentimento não é espontâneo, sendo muitas vezes induzida por outrem a tomar tal atitude.

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

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

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

Este artigo trata do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Neste caso, pode haver também a incidência de partícipe, que auxilia o terceiro na prática. Mas para que se caracterize como aborto consentido, a anuidade da gestante tem que ser válida (art.126, CP), ou seja, ela tem que ter capacidade para consentir. Caso não possua, o crime poderá se enquadrar no art.125 do Código, como é exposto no art.126, parágrafo único, CP (consentimento inválido, que se aplica à gestantes com menos de 14 anos, alienadas e débeis mentais).

Vale ressaltar que o consentimento deve perdurar durante toda a execução abortiva. Caso a gestante consinta inicialmente a prática e posteriormente volte atrás em sua decisão, mas ainda assim o terceiro prossegue na prática, o mesmo se enquadrará então no art.125, CP, não respondendo a grávida por nenhum crime.

Forma qualificada

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

Antes de entrar na explicação do art.127, é importante informar o equívoco do legislador ao intitular o artigo como sendo uma "forma qualificada" de crime, quando na verdade deveria ser como forma majorada, por se tratar de uma forma especial de aumento de pena. Em seu livro, Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.520) ensina que "as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais ? tipos derivados ? com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira

fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base".

Aplica-se este artigo somente na incidência dos arts. 125 e 126 do Código Penal, não sendo utilizado em caso de aborto consentido e auto-aborto, na medida em que não há punibilidade nos casos de auto-lesão ou no ato de matar-se.

Para que se caracterize como sendo um crime qualificado pelo resultado é sine qua non que pelo menos um dos acontecimentos (morte ou lesão grave) decorra de culpa, configurando assim um crime preterdoloso. Se tanto o aborto quanto a morte ou lesão grave for doloso, é excluído o art.127, respondendo o autor em concurso formal pelos dois crimes.

Sobre a presença do partícipe, que instiga o crime de auto-aborto ou auxilia na prática do aborto, existem divergências quanto a sua punição no caso de ocorrer uma lesão grave ou a morte da gestante. Segundo Fernando Capez (2008, p.132): "Entendemos 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".

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

No inciso primeiro, trata-se da interrupção da gravidez pelo médico em caso da gestante estar correndo risco de morte e não há outra alternativa para salvá-la (aborto necessário ou terapêutico). É considerado como uma espécie de estado de necessidade, mesmo que o perigo contra a vida não seja atual, podendo a gravidez ser interrompida diante da constatação de algum risco futuro, como, por exemplo, câncer uterino, diabetes etc.

Neste caso, existe dois bens jurídicos correndo perigo e para que um sobreviva, faz-se necessário a destruição do outro, sendo escolhido pelo legislador a vida da mãe, posto que a vida do feto ainda não está totalmente formada. Vale ressaltar que o médico tem que ter a plena certeza de que a doença acarretará risco à mulher para a prática do aborto.

É extremamente importante que o médico tenha o consentimento da gestante ou de seu representante legal para a prática abortiva. Em caso de "iminente perigo de vida", o médico poderá executar a prática sem o consentimento da paciente ou de seu representante legal, de acordo com o art.146, § 3º, I, do Código Penal.

O art.128, I, garante somente ao médico a excludente de ilicitude do crime de aborto. No caso de uma enfermeira praticar o ato, não responderá também pelo crime, por se enquadrar em uma das hipóteses do art.24, CP (estado de necessidade de terceiro), sendo causa de excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Se o médico, achando que há a necessidade do aborto, pratica-o, sendo desnecessária a prática, ocorre neste caso um erro, sendo afastado o dolo e conseqüentemente o crime,

caracterizando um caso de discriminante putativa (art.20, § 1º).

No inciso segundo, trata-se de aborto praticado por médico em caso de estupro (aborto sentimental, humanitário ou ético). Diferentemente do inciso I, tem-se a necessidade do consentimento prévio da gestante ou do representante para a prática do aborto. Para a execução, basta uma prova do atentado sexual como, por exemplo, um boletim de ocorrência, não necessitando de nenhum outro documento. Se o médico for enganado e praticar o ato mesmo não sendo um caso de estupro, haverá um erro de tipo, excluindo assim o dolo. Assim como o inciso anterior, a enfermeira não responderá pelo crime, por se tratar de hipótese de estado de necessidade de terceiro (art.24, CP), pelo fato de "[...] dentro das circunstâncias concretas não havia como se exigir outra conduta da enfermeira que não a realização do aborto na gestante" (CAPEZ, 2008, p.137).

No caso da enfermeira que auxilia o médico no aborto humanitário, não haverá a ocorrência de crime, posto que a conduta do médico não é fato típico e ilícito.

7. Espécies diferentes de aborto

Além das espécies de aborto abordados anteriormente, existem outras como o aborto natural, que ocorre espontaneamente e o aborto acidental, que ocorre por causa de algum acidente ou traumatismo. Em ambos os casos não há incidência de crime, diferente do aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, que ocorre para que a criança não nasça com alguma deficiência física, sendo considerado como crime, por haver vida intra-uterina, mesmo não havendo forma perfeita.

Preleciona Fernando Capez (2008, p.137) que: "Eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório, cujo significado é purificação de raças".

Somente é autorizado este tipo de aborto quando constatado pelo laudo da junta médica que não há condições do feto sobreviver, como é o caso de feto anencéfalo.

Sobre esta questão, propala o STJ em seu acórdão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INTERRUÇÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. FETO ANENCÉFALO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. LIBERDADE AMBULATORIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. GESTAÇÃO EM ESTÁGIO AVANÇADO PARA A REALIZAÇÃO DO ABORTO. ORDEM PREJUDICADA. 1. A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 4. Todavia, considerando que a gestação da paciente encontra-se em estágio avançado para a realização do aborto, deve ser reconhecida a perda do objeto da presente

impetração. 5. Ordem prejudicada (HC nº 88.720/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 15-10-2007)

É avaliado igualmente como crime o aborto econômico ou social, o qual é praticado por famílias muito numerosas, a fim de evitar uma crise financeira.

8. A ação penal

É pública incondicionada, isto é, proposta exclusivamente pelo Ministério Público. Preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.173): "A ação penal, a exemplo de todos os crimes contra a vida, é pública incondicionada; nem podia ser diferente, pois esses crimes atacam o bem jurídico mais importante do ser humano, que é a vida, tanto uterina como extra-uterina. Nesses crimes, as autoridades devem agir ex officio".

9. Conclusão

Almejamos que, através deste conciso texto, possa ter havido uma abordagem clara sobre o assunto nesta ocasião proposto e que por meio dele (texto) o leitor possa ter um maior aplanamento e complementação de seus estudos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal ? parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.I

_____. Tratado de direito penal ? parte especial. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v.II

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal ? Parte especial. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal ? Parte especial (arts. 121 a 160 CP). 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal ? Parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v.II

REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; BARCELLOS, José Maria.

Abortamento. In: REZENDE, Jorge de et al. (Coord.). Obstetrícia. 8 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino. Buenos Aires: Tipografia Argentina, 1973. v.III

<http://historia.abril.com.br/cotidiano/aborto-começo-fim-476693.shtml>, acessado em 25/08/2009

<http://www.aborto.com.br/religiao/index.htm>, acessado em 25/08/2009

NOTAS

[1] <http://historia.abril.com.br/cotidiano/aborto-começo-fim-476693.shtml>

[2] <http://www.aborto.com.br/religiao/index.htm>

[3] Fernando Capez, Curso de direito penal ? Parte especial, 8 ed., São Paulo, Saraiva, 2008, v.II, p.129