

## Aborto - Histórico e Modalidades

João Henrique Santana Falcão\*

### 1 ABORTO

#### 1.1 BREVE HISTÓRICO

Uma vez que já foram vislumbradas as formas em que determinada conduta pode deixar de configurar como ilícito penal, cabe expor um breve histórico a respeito do crime de aborto no decorrer de toda a história, sendo imprescindível verificá-lo na sistema jurídico-penal brasileiro, para que posteriormente se possa adentrar no foco do presente trabalho.

Vale salientar que inicialmente o aborto não era considerado ilícito, já que a mulher possuía direitos sobre o seu corpo e dele poderia usufruir como bem entendesse. Desta forma, tem-se a lição de Regis Prado :

A pratica do aborto, durante longo lapso temporal, não era prevista como delito. Predominava, inicialmente, a total indiferença em face do aborto, considerando o feto como parte integrante do organismo materno e, de conseguinte, deixando a critério da mulher a decisão acerca da conveniência ou não de dar prosseguimento À gravidez.

De acordo com este entendimento se tinha a idéia de que o feto era propriedade da gestante, uma vez que pertencia a seu corpo, podendo dispor da vida do embrião. Ainda, Regis Prado :

Em Roma, nos primeiros tempos não era sancionada a morte dada ao feto. O produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante, que a seu turno, poderia dele livremente dispor.[...]Com o Reinado do Imperador Septimius Severus(193-211 d.C.), o aborto passou a ser considerado como uma lesão ao direito de paternidade e sujeito às penas cominadas no venefício.

Os pensamentos dos filósofos eram diversificados a respeito do Direito da gestante sobre a concepção ou não. Para Aristóteles o aborto era justificado, enquanto que Platão entendia que nos casos de mulheres com mais de quarenta anos o aborto deveria ser permitido, pois entendia que pelo fato da idade avançada poderia acarretar em perigo de vida para a gestante. O Código de Hamurabi punia apenas o aborto provocado por terceiro e o auto-aborto não configurava crime. Conforme o pensamento de Braga Nascimento :

Baseado na doutrina de Aristóteles, que admitia o aborto, no caso de o feto ainda não haver adquirido alma, Santo Agostinho considerava que tal só ocorria de 40 a 80 dias depois da concepção, respectivamente, quod hominem e quod feminam, não considerava criminoso o aborto praticado antes do decurso de tais períodos.

Após severa discussão sobre o momento em que se deveria processar a animação do feto, o concílio de Trento fê-la coincidir com o meio de gravidez para, em 1580, o papa Sixto V, na bula Effrenatum, ter proclamado crime de todo e qualquer aborto provocado, ao decretar que as penas do Direito Canônico e Civil se aplicassem a todos que praticassem o aborto e

seus cooperadores, quer o feto fosse animado ou inanimado, formado ou uniforme, reservando à Santa Sé a absolvição da excomunhão contraída.

Começou-se a repensar a respeito do aborto no momento em que as idéias da Igreja Católica começaram a serem difundidas entre a população. A partir deste momento histórico o aborto passou a ser visto como crime, o que de certo modo já demonstra a personalidade jurídica do nascituro e a preocupação social em salvaguardar os direitos deste.

Ainda, conforme Braga Nascimento :

Em 1967, na Grã Bretanha o abortion act., que determinava que o aborto poderia ser efetuado em hospitais públicos e em clínicas particulares nos seguintes casos:

- a) Quando o nascimento da criança pudesse constituir perigo para a saúde pública ou mental da mãe, antes, durante ou depois do parto(aborto terapêutico)
- b) Quando se previsse que a criança pudesse vir a sofrer anomalias físicas ou mentais (aborto social)
- c) Quando a futura mãe fosse menor de dezesseis anos ou fosse violentada.

Observa-se que o item “b” da citação acima se identifica com o tema principal deste trabalho, a anencefalia, que além de se configurar como anomalia física e mental, tem como consequência certa a incapacidade de perpetuação da vida do feto. Contudo, essa matéria será vista no momento mais oportuno.

## 1.2 HISTÓRICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Durante grande lapso temporal, o crime de aborto não foi tipificado pelos sistemas jurídico penal brasileiro, tendo em vista que o Estado considerava que a mulher era proprietária de seu corpo e poderia dispor deste, tendo a opção de interromper a gravidez a qualquer tempo sem que lhe fosse atribuída sanção.

O Código Criminal de 1830 não sancionava o aborto praticado pela própria gestante. Mas o mesmo tipificava o crime de aborto praticado sem o consentimento da gestante ou por terceiro. Conforme Bitencourt :

O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja, o auto-aborto. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não há gestante, em nenhuma hipótese. O fornecimento de meios abortivos também era punido, mesmo que o aborto não fosse praticado, como uma espécie, digamos, de criminalização dos atos preparatórios. Agravava-se a pena se o sujeito ativo fosse médico, cirurgião ou similar.

A partir do Código Penal de 1890, observa-se, uma maior preocupação do Estado com tal tema, já que se fazia a distinção quando da prática do aborto resultava na morte da mãe. Nesta vertente, o Código punia o auto-aborto, o que tinha a pena atenuada se tivesse a finalidade de ocultar desonra própria. Ainda, Bitencourt :

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Se o crime tivesse a finalidade de ocultar desonra própria a pena era consideravelmente atenuada. Referido Código autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente: nesse caso, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da gestante.

Vale ressaltar que atualmente o Código Penal vigente é da década de 40 e tipifica três figuras de aborto, previstas nos arts. 124, 125, 126 e 127, além do artigo 128 que trata das exceções deste crime, ou seja, refere-se às especialidades em que este crime não é punido. Como fora visto, o Direito Penal deve atualizar-se frente aos avanços sociais, médicos e científicos, buscando tipificar somente as condutas que ferem os bens jurídicos essenciais.

### 1.3 CONCEITO DE VIDA

Faz-se necessário conceituar o que seja vida, para que assim se torne mais fácil a compreensão do presente trabalho, no que tange ao crime de aborto. A palavra vida é originária do latim *vita*, podendo ser conceituado de acordo com o Dicionário Aurélio como:

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

O conceito de vida tem relação direta com o conceito de aborto, já que para se definir de forma correta o conceito deste, é imperioso saber quando se inicia, tanto a vida intra-uterina como a extra-uterina. Segundo Hygino de C. Hercules :

A vida pode ser encarada sob vários ângulos, conforme o ponto de observação que se proponha. Começando pelo nível celular, temos que entender o que é uma célula viva e quando ela deixa de viver. É muito difícil definir o que, em essência, torna diferente a célula viva da que já morreu.

A definição de Hygino demonstra a dificuldade de se conceituar o momento em que a vida intra-uterina se inicia, visto que a literatura médica demonstra grandes controvérsias a respeito deste tema. Contudo, tem-se Jorge de Rezende , que adota um posicionamento mais objetivo:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Para que isso ocorra. Necessário se faz o estado da gestação, que para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina, pois, a partir daí, o feto é viável. Do ponto de vista medico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino, e a partir daí se inicia a marcha do óvulo fecundado para o útero, com duração média de quatorze dias, dando-se a implantação no endométrio.

De acordo como autor supramencionado, existe diferença entre o entendimento da medicina no que tange ao início da vida intra-uterina com o que determina a meio jurídico. Tem-se que, segundo a literatura médica, a vida intra-uterina inicia-se com a formação do ovo na

trompa, enquanto que para o Direito, com a implantação do ovo no útero. No mesmo sentido, tem-se a lição de Prado :

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno.

Depreende-se daí que, para o Direito, a partir do momento em que ocorre a implantação do óvulo fecundado no útero o sistema jurídico pátrio passa a resguardar os Direitos do nascituro, vez que esse possui expectativa de vida.

Neste sentido, tem-se o embasamento legal, que, apesar de não determinar quando se inicia a vida, concede certos direitos ao nascituro, conforme artigo segundo do Código Civil brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Todavia, conforme entendimento de Rodrigues Warley :

A interpretação lógico-literal deste artigo conduz-nos ao estabelecimento da personalidade civil do homem a partir do nascimento com vida, entretanto, os direitos do nascituro estão a salvo, não se trata de uma exceção ao artigo em estudo, pois é incontestável que a personalidade (aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações) é condicionada a dois requisitos: o nascimento e a vida.

[...]

Todavia, só o nascimento não basta. Para que o ser humano adquira a personalidade, isto é, para que seja juridicamente uma pessoa, faz-se mister a constatação de sinais inequívocos de vida, sejam esses por vagidos, movimentos próprios, a docimásia gastrointestinal, etc. A partir desse momento, afirma-se a personalidade civil

Ao se analisar criticamente o entendimento do autor supracitado, conclui-se que se faz necessário dois requisitos para que o nascituro seja possuidor de direitos. Valendo-se da doutrina do mencionado autor e a interpretando, pode-se, ainda, ir mais além, afirmando que é necessário que o feto possua potencialidade de vida extra-uterina, ou seja, que sua vida seja viável fora do útero materno, para que adquira personalidade jurídica.

Jorge de Rezende elucida de forma bastante objetiva distinções do aborto, de acordo como período de gestação em que este se deu, sendo que o aborto ovular é praticado nos dois primeiros meses de gestação; o embrionário, no terceiro e quarto meses; e o fetal, nos demais casos.

Em verdade, sabe-se que o nascituro não é uma pessoa, mas detentor de uma expectativa de personalidade jurídica, tanto que o crime de aborto não é confundido com o homicídio. Nesta vertente, o legislador buscou fazer essa diferenciação, exatamente porque o que se protege não é a vida, mas a expectativa desta.

Diferente das controvérsias que ocorrem quanto ao início da vida intra-uterina, quando se trata da vida extra-uterina os conceitos convergem: a vida extra-uterina se inicia no momento do parto.

#### 1.4 MODALIDADES.

Para melhor compreensão deste trabalho monográfico, torna-se imprescindível analisar o crime de aborto a partir de uma visão tradicional exposta pelos penalistas clássicos, pois é necessário que se elucidem todas as questões pertinentes a este crime para que posteriormente se possa adentrar no tema específico proposto.

A palavra aborto origina-se de ab que, traduzido, denota privação, juntamente com a palavra ortus que significa nascimento. Daí se entende a privação do nascimento como sendo o conceito simplório de aborto.

Atualmente se entende que o aborto é a interrupção da gestação, de forma natural ou provocada, ocorrendo a morte do produto da concepção, havendo a sua expulsão ou não do útero da gestante, pois há casos em que apesar de abortado o feto permanece no útero. Ressalte-se que a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos ocorridos. Este é o entendimento de Delmanto :

Aborto é a interrupção do processo da gravidez, com a morte do feto, (...) A ação de provocar (dar causa, originar) tem forma livre e pode ser praticada por qualquer meio, tanto comissivo quanto omissivo. O crime de aborto pressupõe a gravidez (é elementar), que deve estar devidamente provada (vide jurisprudência abaixo) e é necessário que o feto esteja vivo (não configura crime a gravidez extra-uterina ou a molar). Quanto ao início da gravidez, as opiniões não são unânimes, dividindo-se por motivos não apenas científicos, mas também morais e filosóficos.

Neste diapasão, depreende-se que o fato de se omitir também incorrem na prática do crime, não ensejando somente no ato comissivo.

No mesmo sentido, tem-se o entendimento de Damásio de Jesus afirmando que o aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). Afirma ainda que o aborto pode ser natural, acidental, criminosos e legal ou permitido, sendo que o natural e o acidental não constituem crime.

Sendo que o aborto natural não configura como crime, assim como o acidental, assim como a própria denominação o apresenta, o permitido e o legal também são lícitos.

Ainda, seguindo a mesma linha de raciocínio, Mirabete :

O aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontâneo, natural ou provocado, sendo neste ultimo caso criminoso, exceto se praticado em uma das formas do art. 128.

O autor trata ainda das formas pelas qual o aborto pode se dar :

A primeira conduta típica é de provocar o aborto, por qualquer meio, ou seja, qualquer ato que possa produzir, promover, causar, originar o aborto, interrompendo a gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ocorrer no útero ou fora dele. Admite-se a pratica do crime por meios químicos, físicos mecânicos e elétricos, e ate por omissão. A gravidez se estende desde a concepção até o inicio do parto, exigindo-se a prova desse estado por

meio de exame de corpo de delito direto, ou indireto quando desaparecidos seus vestígios. Não exclui essa necessidade a confissão da agente. Além disso, é necessária a prova da relação de causalidade entre a conduta da agente e o resultado. O objeto material do delito é o produto da fecundação(ovo, embrião ou feto), não se exigindo que haja viabilidade fetal.

Atualmente entendem os penalistas que o crime de aborto visa proteger a vida intra-uterina, sendo este aborto causado com ou sem o consentimento da gestante, tanto que tal tipo penal está inserido, pela sistemática do Código Penal brasileiro, no Capítulo I, do Título I, da Parte Especial do CPB, denominado “Dos Crimes Contra a Vida”. O autor César Roberto Bittencourt traz duas definições que abarcam muito bem o conceito, elucidando ainda no que diz respeito à configuração deste crime:

Definição de aborto – 1. A destruição da vida ate o inicio do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto a supressão da vida constitui homicídio, salvo se ocorrerem as especiais circunstancias que caracterizam o infanticídio, que é figura privilegiada do homicídio (art. 122)

Definição de aborto – 2. Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o inicio do parto, que o marco final da vida intra-uterina.

Configuração do aborto. Para se configurar o aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois somente com a ocorrência desta o crime se consuma.

Conforme os conceitos apresentados, entende-se que para a configuração do crime de aborto é necessário a existência de vida intra-uterina e a ocorrência de um fato, provocado

ou natural, que acarrete na morte do feto. Por questões óbvias o aborto natural não se configura crime na legislação pátria, todavia o aborto provocado é punido.

Visto os conceitos dos diversos autores, cabe transcrever os artigos. 124, 125, 126, 127 e 128, todos do Código Penal brasileiro, in verbis:

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

Pena – detenção, de um a três anos.

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

Pena – reclusão, de três a dez anos.

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

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

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

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.

Art. 128. 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.

O artigo 124 tem em seu tipo a forma mais ampla do crime de aborto. Trata do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; os artigos 125 e 126 referem-se ao aborto provocado por terceiro, sem e com o consentimento da gestante, respectivamente; o art. 127 diz respeito à forma qualificada; e, por fim, o art. 128 que trata das excludentes de ilicitude do referido crime, artigo este que será explorado neste trabalho, pois se busca incluir neste rol a hipótese do aborto de feto anencefálico.

Sendo assim, os artigos 124 a 127 do Código Penal referem-se às formas de interrupção da gravidez que são punidos, constituindo crime de aborto, enquanto que o artigo 128 trata dos casos em que se pode interromper a gravidez, ou seja, o aborto permitido (aborto necessário ou terapêutico e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, o denominado aborto ético ou humanitário).

A nomenclatura acolhida por Bitencourt diferencia muito bem as modalidades do crime de aborto, bem como suas exceções, para o autor o artigo 124 trata do aborto provocado, o 125 aborto sofrido, 126 aborto consentido, e ainda as excludentes de ilicitude como aborto necessário (art. 128, I) e aborto humanitário (art. 128, II). Já Delmanto leciona da seguinte forma:

Podem ser apontadas seis figuras: a. aborto provocado pela própria gestante ou auto-aborto (art. 124, 1ª parte); b. consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o abortamento (art. 124, 2ª parte); c. aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art.

125); d. Idem, com o consentimento ou consensual (art. 126); e. aborto qualificado (art. 127); f. aborto legal (art. 128), que é impunível.

Verifica-se de plano que os autores não se diferenciam em relação ao conceito do crime nem sequer como ele se configura. A única diferença que pode ser vislumbrada trata das nomenclaturas adotadas por cada um.

Cabe agora verificar as modalidades de aborto, tanto as que configuram crime como as conhecidas por aborto permitido, constantes no artigo 128 do Código Penal pátrio. São elas: se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, chamado de aborto terapêutico ou necessário; e a segunda, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

#### 3.4.1 Aborto Terapêutico ou Necessário (Art. 128, I do C.P.).

Ab initio, vale atentar para o fato de que este tipo de aborto na legislação pátria configura-se como uma excludente de ilicitude, ou seja, é o chamado aborto permitido, aquele em que a prática não é punida.

O aborto terapêutico é aquele em que a gestante possui o direito de abortar. Ocorre quando a gestação traz perigo de vida à mulher. Vale atentar que este perigo deve ser direto à vida e não somente à saúde da gestante. Um outro requisito é a inexistência de outro meio para salvar a vida mulher. Só atendendo esses requisitos é que se poderá praticar o aborto terapêutico sem que tal conduta incorra como ilícito penal, conforme preceitua o mencionado art. 128, inciso I, do Código Penal brasileiro: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

Lecionando sobre o tema, Delmanto expõe da seguinte forma:

Aborto necessário (inciso I) também conhecido como terapêutico, é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a gestante. São, pois, seus requisitos: 1. Que corra perigo a vida ( e não apenas de saúde) da gestante. 2. Inexistência de outro meio para salvar sua vida. Note-se que o CP, ao nosso ver, de forma errônea, não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo, que a criança, nasça com deformidade ou enfermidade incurável. No caso do inciso I, é indispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, se o perigo de vida for iminente

Além de conceituar as hipóteses em que o aborto é permitido, Delmanto, ao final da citação, demonstra sua opinião a cerca do aborto eugênico. Depreende-se desta afirmativa que ele também defende a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padece de anencefalia Contudo, tal assunto será vislumbrado posteriormente no momento oportuno. Seguindo o conceito do mencionado autor, porém divergindo quanto à necessidade de consentimento da gestante, tem-se Bitencourt : “O aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica esta autorizada pelo dispositivo nos artigos 128, I(aborto necessário) e 24 (estado de necessidade).”.

A mesma opinião é defendida por Hélio Gomes :

Assim, para realizar este tipo de aborto, o médico deverá, documentar a evolução do caso por meios de registros periódicos dos dados da clinica e dos exames complementares, de modo a poder caracterizar a evolução desfavorável da paciente, apesar das tentativas de tratamento. Demonstrada a impossibilidade de manutenção da gravidez face o risco de vida

da mãe, só então pode realizar a intervenção. A recusa da gestante em fazer o aborto não deve ser considerada se existir o iminente perigo de vida da mãe, a que alude o art. 3º do art. 146 do C.P..

Depreende-se que vida da gestante prepondera sobre a do feto, pois, uma vez que existe o risco de vida para a aquela, diretamente relacionado, tem-se o perigo deste alcançar o feto, pois há grandes chances da mulher não sobreviver à gestação. Desta forma, o feto também não sobreviveria. Por motivos óbvios, não se põe em risco à vida da mulher e o aborto deverá ocorrer ainda que esta não consinta.

#### 1.4.2 Aborto Sentimental ou Humanitário (Art. 128, II do C.P.).

O aborto humanitário, também chamado de sentimental não é considerado crime na legislação brasileira, pois se encontra inserido no artigo que trata das excludentes de ilicitude do crime de aborto.

Esse tipo de aborto tem sua justificativa no fato de que a gestação é consequência de estupro. Assim, nos casos em que a mulher for vítima de estupro poderá abortar sem que lhe seja atribuída qualquer penalidade. Desta forma, tem-se no inciso II do art. 128 do Código Penal que “Não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Segundo Celso Delmanto , esta modalidade de aborto inclui tanto o estupro praticado com violência real como presumida. Atualmente se entende que a permissão também alcança, por analogia, a gravidez resultante de atentado violento ao pudor. O autor afirma que se faz

necessário o prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal para interromper a gestação nesses casos, não sendo necessária a autorização judicial, in verbis:

A lei não exige autorização judicial para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico (...) Não é necessário que exista processo contra o autor do crime sexual; nem, muito menos, que haja sentença condenatória. O próprio médico deve procurar certificar-se da veracidade do alegado pela gestante ou seu representante .

Desse modo, tem-se como fundamento para não aplicação de sanção, nestes casos, o fato de não obrigar à mulher uma maternidade que lhe é odiosa e que possa lhe trazer recordações que acabam por abalar seu psicológico, tendo em vista que o estupro é um crime em que incide uma grande carga de violência, não só física como mental.

Porém, diferente do entendimento a respeito da gestação que traz risco de vida à mulher, no que tange à sua liberdade de escolha, nos casos de aborto sentimental fica a disposição da mulher, manter ou não, a gravidez resultante do crime de estupro. Neste diapasão, tem-se Hélio Gomes :

Aspectos que poderíamos considerar de terapêuticos, já que a finalidade do aborto é poupar à mulher da tortura que seria manter viva a presente, por nove meses seguidos, marca da violência. Poucas mulheres têm condições emocionais de enfrentar este problema sem abalo de saúde mental. Algumas até podem desenvolver surtos psicóticos. Entretanto, enquanto no Aborto Terapêutico o médico pode decidir até contra a vontade da mulher, neste ele só pode atuar após tácito assentimento da gestante, feito por escrito.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt , para que não haja problemas para o médico que pratica o aborto nestes casos, é imperioso que o consentimento da gestante ou de seu representante legal se obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas.

A questão referente ao aborto humanitário será vista mais profundamente em seguida, em momento oportuno, uma vez que se mostra necessário traçar um paralelo a respeito do aborto humanitário e do aborto de anencéfalo, sendo o primeiro pertencente às excludentes de ilicitudes previstas no art. 128 do Código Penal Brasileiro e o segundo considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além das excludentes de ilicitude vistas no artigo 128 do Código Penal, existem ainda outras modalidades de aborto que são lícitas em outros ordenamentos jurídicos, tais como o aborto honoris causa, o aborto social ou econômico, o aborto eugênico e a interrupção da gestação em caso de anencefalia, sendo este último, o ponto principal do presente trabalho. Todavia é imprescindível salientar que o Direito Penal brasileiro pune o aborto praticado com essas justificativas.

#### 1.4.3 Aborto Honoris Causa

Antes de apresentar a definição, cumpre salientar, que esta modalidade de aborto é considerada crime no sistema jurídico brasileiro, vez que não participa do rol taxativo do artigo 128 do Código Penal.

O conceito de aborto honoris causa é bastante simplório, sendo aquele que permite que a mulher ponha fim à gestação para que não tenha sua honra abalada. Por motivos óbvios essa modalidade de aborto é punida no Brasil como em diversos outros países. Isso ocorre,

pois a mulher não pode elevar um mero capricho sobre um bem jurídico valioso para a sociedade. Ademais, com as mudanças dos paradigmas sociais não há que se falar em desonra, atualmente, em decorrência de uma gravidez indesejada. Portanto, de modo inquestionável, o aborto honoris causa é punido.

#### 1.4.4 Aborto Social ou Econômico

Assim como o aborto honoris causa, o aborto social ou econômico também é considerado crime segundo Código Penal.

O aborto social ou econômico seria aplicado nos casos de família numerosa, para não lhe agravar a situação social e econômica. Em outras palavras, se aplicaria nos casos em que as famílias passam por diversas dificuldades financeiras e que o aparecimento de um novo ser somente traria mais miséria para aqueles membros, bem como para a nova vida que surgiria.

#### 1.4.5 Aborto Eugênico

Deve-se vislumbrar que o termo eugenia foi criado por Francis Galton, cientista inglês, que a definiu como sendo um estudo de pessoas em busca de um melhoramento genético, tanto na forma física como mental.

O aborto eugênico, também conhecido como eugenésico é aquele que permite que a mulher interrompa gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias. Vale ressaltar que não é necessário que o feto não consiga sobreviver,

bastando anomalias graves. Essa modalidade de aborto esteve em vigor na Alemanha no ano de 1933, na época de Hitler, em sua busca por seleção de raças superiores.

O aborto eugênico pretende não expor os pais ao sacrifício de ter um filho anormal, com deficiências que acabam por transtornar toda a vida dos progenitores, vez que precisariam de muitos recursos para que a vida de seus filhos pudesse ser prolongada. Em decorrência disso, teria a gestante o direito de decidir a respeito da interrupção ou não da sua gestação. Neste contexto, tem-se a lição de Hélio Gomes :

A interrupção da gravidez para evitar o nascimento de um ser monstruoso, ou apenas deficiente, malformado, ampara na maioria dos códigos dos países desenvolvidos, continua sendo considerada como crime em nosso meio. Mesmo que haja probabilidade de fetopatias graves, tal como ocorre na gravidez em que a mulher contrai rubéola no primeiro trimestre, a realização do aborto não é permitida no Brasil. Nossos legisladores entendem que a probabilidade de nascer um indivíduo defeituoso não autoriza o médico a eliminá-lo. Muito menos a sacrificar a vida dos que não nasceriam incapacitados.

De certa forma o aborto de feto anencéfalo se identifica e até se enquadra nos casos de aborto eugênico. Porém, vale frisar que este segundo é mais vasto, uma vez que engloba todas as possibilidades de taras hereditárias, incluindo casos em que o feto possui rubéola, síndrome de down e outras anormalidades. Todavia, faz-se necessário esclarecer que o enfoque do presente trabalho é somente o da descriminalização dos fetos que padecem de anencefalia, já que é sabido que não há chances destes sobreviverem fora do útero.

#### 1.4.6 Interrupção da Gestação em Caso de Anencefalia

Vale ressaltar, inicialmente, que a nomenclatura utilizada não foi aborto de anencéfalo, mas sim, interrupção da gestação em caso de anencefalia fetal. Isto porque, para que configure o crime de aborto, se faz necessário a presença de expectativa efetiva de vida e, conforme será visto posteriormente, o feto que detém tal anomalia não possui dita potencialidade, tendo no máximo, uma sobrevida. Desta forma, não pode se falar em vida, já que o feto que padece de anencefalia, por certo, irá morrer em curto período de tempo, conforme será analisado em seguida.

Como já dito anteriormente, o presente trabalho não vislumbra a possibilidade de se conceder o direito à gestante o aborto nos casos em que o feto padeça de outras anomalias que não a anencefalia. Desta forma, pode-se fixar, de imediato, que a prática do aborto eugênico deve continuar configurando como ilícito penal, vez que este vai além da anencefalia, aceitando como justificativa para o abortamento qualquer doença hereditárias que possa ocorrer ao nascituro, ainda que esta não o leve à morte.

Atente-se, mais uma vez, ao fato de que a prática da interrupção da gestação nos casos de feto anencéfalo configura-se como ilícito penal no ordenamento jurídico brasileiro, contrariando, justamente, ao quanto sustentado no presente trabalho que como será visto, pretende oferecer a possibilidade à gestante de opção pela interrupção da gestação, nos casos em que sua prole possui tal enfermidade.

Merece destaque, mesmo que ainda superficialmente, o conceito de anencéfalo, tendo em vista ser imprescindível para o enfoque pretendido. Cabe agora elucidar de forma objetiva o que se entende atualmente como anencefalia. Assim, em síntese, pode-se dizer que é a má-formação cerebral do feto, tornando impossível a perpetuação da vida fora do útero.

È imprescindível atentar para o fato de que o Código Penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro é de 1940, sendo certo que àquela época não existiam recursos médicos capazes de detectar se um feto possuía anencefalia. Assim, não por outro motivo, pode-se extrair que a tipificação, ou a não inclusão nas modalidades de excludentes de ilicitude, se deu, justamente, pelo fato anteriormente mencionado, qual seja, incapacidade médico-científica para detectar tal anormalidade fetal.

Portanto, uma vez tendo analisado os contornos referentes ao crime de aborto, promovendo uma contextualização histórica em que o mesmo está inserido, bem como a questão referente à vida-uterina e as excludentes de antijuridicidade previstas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, faz-se mister adentrar na questão atinente aos Princípios Constitucionais, vez que de fundamental importância para o deslinde da pretensão aqui proposta..

\*Formando em Direito pelas Faculdades Jorge Amado  
joaofeira@yahoo.com.br

Disponível em:  
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=885&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em: 01 nov. 2007.