

**O CRIME DE ABORTO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL E OS
TIPOS PENAIIS EM VIGOR - UMA ANÁLISE COMPARATIVA**

THE CRIME OF ABORTION IN THE DESIGN OF THE NEW PENAL CODE AND
THE CRIMINAL TYPES IN FORCE - A COMPARATIVE ANALYSIS

Marcelo De Oliveira BURGATI

Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo – Lotado no Comando de Policiamento do Interior-5 com sede em São José do Rio Preto-SP. Brasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto; Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Rio Preto-UNIRP. São José do Rio Preto-SP, Brasil. Professor de Direito Penal e Medicina Forense da Faculdade e Colégio Dom Bosco de Monte Aprazível-SP, Brasil.

RESUMO

Diante do tema, já de há muito tempo debatido no Brasil e no Mundo, fizemos nesse trabalho uma análise comparativa entre os atuais artigos 124 a 128 do CP (Código Penal), referentes ao aborto, e os propostos 125 a 128, no Projeto de novo CP. Longe de pretendermos esgotar o assunto, analisamos cada artigo em seus aspectos gramaticais, lógico-sistemáticos e teleológicos, destacando em cada um deles aspectos positivos e negativos, que, na visão do autor, viriam a contribuir com uma melhor persecução penal, não só com o intuito de atingir seu objetivo fundamental, qual seja o de inibir a prática dos fatos delituosos proibidos pelo tipo penal, mas também com uma distribuição equânime de justiça, preservando-se os direitos, tanto dos réus como das vítimas. Por fim propomos uma reflexão, baseada na análise de uma série de artigos e estudos sobre a descriminalização do aborto, fato que, segundo esses estudos, proporciona uma redução significativa no número absoluto de abortos realizados.

Palavras-chave: aborto, código penal, pena, descriminalização

ABSTRACT

Faced With the theme, already there is a lot of time discussed in Brazil and in the World, we have done this work a comparative analysis between the current articles 124 to 128 of the Penal Code (CP), relating to abortion, and the proposed 125 to 128, on the Design of new CP. Far from wanting to exhaust the subject, we analyze each Article in its aspects grammatical, logical-systematic and teleological, highlighting in each one of them positive and negative aspects, which, in the view of the author, would contribute to a better prosecution, not only with the aim of achieving its fundamental objective, which is to inhibit the practice of facts criminal offenses prohibited by criminal type, but also with an equitable distribution of justice, preserving the rights of the defendants and the victims. Finally we propose a reflection, based on the analysis of a series of articles and studies on the decriminalization of abortion, a fact that, according to these studies, provides a significant reduction in the total number of abortions performed.

Keywords: abortion, criminal code, worth, decriminalization

INTRODUÇÃO

Tendo sido formada uma Comissão de Juristas para a elaboração de um anteprojeto de Código Penal, criada pelo requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, que foi aditado pelo de nº 1.034, de 2011, do Senador José Sarney, a mesma se propôs a:

- a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação penal esparsa; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; d) tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e) buscar formas alternativas, não

prisionais, de sanção penal. (Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal, 2012, p. 3).

Foram mantidos, conforme explicitado no Relatório Final da comissão, “...o indicativo numérico de condutas que, de tão tradicionais, ingressaram no “patrimônio imaterial” dos aplicadores e estudiosos do Direito Penal...”¹, como os artigos 121 (homicídio), 129 (lesão corporal), 155 (furto), 157 (roubo), 171 (estelionato), etc; para os artigos que tipificam o aborto, atuais 124 a 128, somente o 124 passou a ser o crime de Infanticídio, em virtude da introdução, como artigo 122, do tipo penal da Eutanásia, e da limitação ao artigo 128, uma vez que se optou por manter o artigo 129 como lesões corporais.

As penas do aborto foram alteradas, tendo sido majoradas quando não há o consentimento da gestante e minoradas quando houvesse o consentimento da gestante; verificou-se também a exclusão do parágrafo único do atual artigo 126 e a inclusão dos parágrafos primeiro e segundo ao artigo 127, atual “Forma qualificada” dos crimes de “Aborto provocado por terceiro” com ou sem o consentimento da gestante e parágrafos do proposto artigo 127 “Aborto provocado por terceiro” sem o consentimento da gestante.

O artigo 128 do atual CP trata dos casos de extinção da punibilidade, tidos por alguns autores como casos de extinção da criminalidade, como o “Aborto necessário” e “Aborto no caso de gravidez resultante de estupro”; passa a trazer casos de exclusão da criminalidade, já que recebe o *nome juris* de “Exclusão do crime”, tendo sido totalmente modificado passando a conter quatro incisos e um parágrafo único, capazes de, como veremos, praticamente descriminalizar o cometimento do aborto com o consentimento da gestante.

Afora as mudanças propostas pelo anteprojeto de Código Penal, maior debate deveria haver sobre a existência, clandestina, uma vez que criminosa, e assim foi mantida, do aborto por parte de mulheres que por diversos motivos não querem levar adiante uma gravidez indesejada e da alta taxa de mortalidade dessas mulheres, especialmente das menos favorecidas, ao se submeterem a um aborto clandestino, muitas vezes por conta própria, ou com ajuda de “parteiras”, fato que não se pode negar

¹ Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal, p. 7

e para o qual, sob os auspícios de justificativas das mais diversas, em especial a religiosa, verifica-se que em países em que o aborto não é criminalizado a sua incidência é muito menor e também as taxas de mortalidade de mulheres que acabam por decidir se submeter a ele.

CONCEITOS DOUTRINÁRIOS BÁSICOS

Os conceitos doutrinários básicos, tais como: Objetividade jurídica, sujeitos ativo e passivo, concurso de pessoas e crimes, elementos subjetivos e objetivos, etc., não foram considerados nesse estudo, visto que, em geral, pouco mudaram, permanecendo praticamente os mesmos.

ATUALIZAÇÃO GRAMATICAL

Já no primeiro artigo sobre o aborto, atual 124² e proposto 125³ do CP, verifica-se que o legislador, preocupado com a atualização, inclusive da linguagem empregada no texto da lei, trocou o pronome pessoal “lho”, flexão do pronome “lhe” mais o artigo “o”, comumente utilizado na década de 1940, que caiu em desuso nos tempos atuais, por “lhe”, forma de emprego mais popular, mas também de acordo com as regras gramaticais da língua portuguesa.

Tal preocupação ficou explicitada no relatório final conforme se vê:

Houve também a preocupação de se valer da linguagem mais clara e acessível, permitida pela necessidade de rigor técnico nas definições. Os destinatários da norma penal não são, à evidência, apenas os seus estudiosos e aplicadores, mas toda a sociedade brasileira. É por isto que “conjunção carnal” virou

² Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

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

Pena - detenção, de um a três anos.

³ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

estupro vaginal. (Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal, 2012, p. 9).

ALTERAÇÃO DOS LIMITES DAS PENAS

Verifica-se que a comissão decidiu por minorar as penas dos tipos penais em que houvesse o consentimento da gestante, assim constatamos que as penas dos artigos atual 124 e proposto 125 (Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento) e atual 126 e proposto, também 126 (Aborto provocado por terceiro e Aborto consensual provocado por terceiro), tiveram suas penas minoradas das atuais: detenção, de um a três anos e reclusão e reclusão, de um a quatro anos, respectivamente; para as propostas, prisão, de seis meses a dois anos, numa clara demonstração da tendência da proposta em, não descriminalizando as condutas abortivas, minorar ao máximo suas penalizações, conforme teremos oportunidade de constatar no exame dos próximos artigos da proposta.

Contrariamente a essa diminuição, para os casos em que haja o consentimento da gestante, a proposta aumenta a pena para o tipo penal em que o aborto seja praticado sem o consentimento da gestante, aumentando a pena mínima do atual artigo 125 e proposto 127 (Aborto provocado por terceiro “sem o consentimento da gestante”) de reclusão, de três a dez anos, para prisão, de quatro a dez anos.

Majoração das penas nos casos de aborto qualificado pelo resultado lesão grave ou morte

A qualificadora do crime de aborto em que resulte lesão grave ou morte esta contida no atual artigo 127⁴ do CP e passou a ser o parágrafo segundo do proposto artigo 127⁵.

⁴ 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.

⁵ §2º A pena é aumentada na metade, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Caso ocorra lesão corporal grave a pena passou a ser majorada dos atuais um terço para metade, o que representa na atual codificação uma pena de quatro a treze anos e quatro meses para uma pena de no mínimo seis e no máximo quinze anos, pena no nosso entendimento desproporcional, uma vez que em muito se aproxima da pena de crime mais grave como a do artigo 121, homicídio simples, que tem pena de seis a vinte anos.

No caso da ocorrência de morte da gestante a majorante permaneceu a mesma, apenas se empregando expressão gramatical diversa, mudando-se de “são duplicadas” para “no dobro”.

Critica, porém, deve ser feita na não especificação do grau de lesão grave sofrida pela gestante em consequência do aborto, visto que a proposta de novo CP, trás inovação nesse sentido, separando, no artigo 129 (lesões corporais), três graus como qualificadoras da lesão corporal, como podemos ver:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - prisão de seis meses a um ano.

Lesão corporal grave em **primeiro grau**

§ 1º Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais por mais de quinze dias;

II – dano estético;

III – enfermidade grave.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Lesão corporal grave em **segundo grau**

§ 2º Se resulta:

I – perigo de vida;

II – enfermidade grave e incurável;

III – incapacidade permanente para o trabalho que a vítima exercia;

IV – debilidade permanente de membro, sentido ou função;

V – aceleração de parto.

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Lesão corporal grave em **terceiro grau**

§ 3º Se resulta:

I – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

II – aborto, desconhecendo o agente a gravidez da vítima.

III – incapacidade para qualquer trabalho;

IV – deformidade permanente.

Pena – prisão de três a sete anos.

(Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal, 2012, p. 59)
(grifo nosso).

Diferentemente do atual CP, a proposta determina *nome juris* para os parágrafos em que classifica as lesões corporais em três graus, sendo assim, atualmente, devido ao legislador não ter constado *nome juris* nas atuais qualificadoras das lesões corporais a doutrina acabou por dividir, para efeitos de estudo, as mesmas em lesões corporais graves e “gravíssimas”, nesse sentido nos ensina Damásio:

As lesões graves em sentido estrito são as previstas no art. 129, § 1º. As lesões graves em sentido lato abrangem as lesões graves em sentido estrito e as lesões gravíssimas, estas descritas no art. 129, § 2º.

Pelo exposto, de observar-se que a expressão lesões corporais de natureza gravíssima **não é legal, mas doutrinária**. Em muitas disposições, o legislador emprega a expressão lesões corporais de natureza grave. Isso ocorre, por exemplo, nas formas típicas qualificadas do crime de aborto descritas no art. 127 do CP. Quando o estatuto penal, como no caso apontado, emprega a expressão lesão corporal de natureza grave, está se referindo às lesões corporais previstas no art. 129, §§ 1º e 2º (em sentido lato). (JESUS, 1999, p. 133) (grifo nosso)

No mesmo sentido leciona Mirabete:

Embora com a mesma denominação legal de lesão corporal grave, no art. 129, § 2º, estão relacionados os resultados que agravam ainda mais as penas. Por essa razão, fala-se, **na doutrina**, de lesão corporal *gravíssima*. (MIRABETE, 2001, p. 112) (grifo nosso)

Tal omissão no texto da qualificadora do aborto seguido de lesão corporal grave da proposta de CP pode levar a interpretações conflitantes sobre em que grau se deve considerar as lesões corporais para aplicação da qualificadora. Considerando-se que nossa legislação penal adota fortemente o *positivismo jurídico* lastreado no princípio da *reserva legal*, previsto em nossa CF (Constituição Federal) em seu artigo 5º, inciso XXXIX, forçoso concluirmos que em uma interpretação restritiva, que deve ser sempre em benefício do réu, que somente haveria qualificadora para o aborto com resultado lesão grave, para as consequências prescritas no parágrafo primeiro do artigo 129 da proposta de novo CP, ou seja, quando resultasse em lesão corporal grave em primeiro grau, uma vez que a nova tipificação, diferentemente da atual, traz o *nome juris* para cada um dos três graus de lesão corporal grave, excluído assim os outros dois parágrafos das lesões corporais, ou seja, as de segundo e terceiro graus.

Introduziu, ainda, o legislador na proposta de CP, um novo parágrafo⁶ no artigo 127, atualmente inexistente, a fim de aumentar a pena nos casos em que o aborto ou a sua tentativa levem à má formação do feto sobrevivente.

Encontramos aqui uma incongruência, pois se o feto sobreviver não teremos aborto, mas apenas tentativa, possibilidade já contemplada pelo próprio parágrafo.

Exclusão do parágrafo único do artigo 126

Foi excluído o atual parágrafo único do artigo 126⁷, em que as penas a serem consideradas, caso o aborto fosse com o consentimento da gestante, deveriam ser as do

⁶ Art. 127. ...

§1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente.

⁷ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

artigo 125, ou seja, de reclusão, de três a dez anos, como se sem o consentimento da gestante, quando a gestante fosse menor de 14 anos, alienada ou débil mental, ou o consentimento fosse obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Desconsiderava-se nesse caso que tivesse havido o consentimento, pois eivado pelo vício, se obtido com violência, grave ameaça ou fraude, exemplificado por Mirabete (2001, p. 97), este último, como “...os casos de convencer a gestante de que se está praticando uma intervenção cirúrgica para remover um tumor ou de fazê-la ingerir um abortivo supondo que se trata de um medicamento.” e continua “A menor de 14 anos, presume-se, tem desenvolvimento mental incompleto, não podendo consentir validamente. Também não é válido o consentimento da alienada (que sofre de doença mental) e da débil mental (com desenvolvimento mental retardado).”(grifo nosso).

Com a retirada desse dispositivo deixou o legislador de explicitar tais situações, deixando ao arbítrio do intérprete do direito o papel de, nesses casos, verificar a validade ou não do consentimento da gestante, o que certamente proporcionaria interpretações diversas, levando ao prejuízo, ora da vítima, ora do acusado.

A capacidade de consentir, em direito penal, não se trata da capacidade civil, sendo aquele, mais realístico, não se aplicando as normas do Direito Privado, leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante, como nos ensina Damásio E. Jesus (1999, p. 121).

Assim, caso a aborto fosse praticado por terceiro com o consentimento de uma gestante capaz mentalmente, porém menor com 14 anos de idade, a pena a ser aplicada seria a do proposto artigo 126, com pena de seis meses a dois anos.

INAPLICABILIDADE DAS QUALIFICADORAS AOS TIPOS PENAIIS DE ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

O atual artigo 127 do CP qualifica pelo resultado lesão corporal grave ou morte, não só o aborto em que não haja o consentimento da vítima, mas também aquele

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 debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.(grifo nosso).

em que terceiro pratica o aborto na gestante com o consentimento da vítima. Verifica-se que, da forma como foram colocadas as qualificadoras pelo resultado na proposta do novo CP, como parágrafos do artigo 127, sem se referir a qualquer outro artigo, como expressamente o faz a atual codificação, as lesões corporais graves ou a morte da gestante, quando ocorridas em decorrência do aborto praticado com o consentimento da mesma não agravariam a pena do autor do fato, respondendo ele apenas pelo artigo 126 (Aborto consensual provocado por terceiro), com pena de prisão de seis meses a dois anos, em eventual concurso formal com lesões corporais culposas ou homicídio culposo, cuja pena então chegaria a um máximo de seis anos, bem inferior a atual situação em que a pena pode chegar a oito anos de reclusão.

ARTIGO 128: EXCLUSÃO DA PUNIBILIDADE OU EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

Apesar do atual artigo 128 do CP trazer *in verbis* “Não se **pune** o aborto praticado por médico:” (grifo nosso), doutrina e jurisprudência já dominantes, entendem que não se trata de caso de extinção da punibilidade, mas de causa excludente da antijuridicidade, nas palavras do nobre e conceituado professor Damásio:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contêm causas de **extinção da antijuridicidade**. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal, é fato lícito. (JESUS, 1999, p. 124) (grifo nosso)

Posição ratificada pelo também nobre professor Bitencourt:

É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que “não há crime”, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que “não se pune o aborto”, está

afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame. (BITENCOURT, 2007, p. 138).

Já na nova redação dada no projeto foi feita a adequação gramatical e este problema foi resolvido, já que o mesmo assim determina: “Art. 128. Não há crime de aborto.” (grifo nosso), assim não há mais dúvidas que se tratam de excludentes da antijuridicidade.

AMPLIAÇÃO DOS CASOS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

O atual CP prevê apenas duas possibilidades de exclusão da antijuridicidade, no caso de aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e no caso de estupro, caso haja consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal.

O projeto de CP, no artigo 128, que traz os casos de exclusão da antijuridicidade, ampliou consideravelmente essas possibilidades, vejamos cada uma delas.

Preliminarmente é preciso destacar que a nova redação dada ao artigo 128, não mais torna exclusiva a excludente da criminalidade se o fato for praticado por médico, não mais especificando o sujeito ativo para a prática das excludentes elencadas, podendo assim, qualquer pessoa, em princípio, praticar os atos necessários para a interrupção da gravidez nos casos em que a lei especifica.

Logicamente que se atos exclusivos a determinadas profissões forem praticados por outrem, esses estarão sujeitos às responsabilizações penais pela prática, em especial do crime de “Exercício ilegal de profissão”, proposto artigo 197 do novo CP e atual artigo 282 (Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) do CP.

Resolve, porém, casos em que, em especial quando há risco de vida para a gestante, em locais longínquos nos rincões de nosso imenso território nacional, outra pessoa, que não um médico, muitas vezes enfermeiras, parteiras ou práticos em medicina natural, tivesse que praticar o aborto para salvar a vida da gestante, ficando

nesse caso susceptíveis à responsabilização penal, havendo a necessidade de se verificar no caso concreto se houve ou não a ocorrência da excludente do artigo 23, I do CP (Estado de Necessidade), como afirma Flávio Augusto Monteiro de Barros *in* Bitencourt (2007, p. 139) “Quando o perigo de vida for iminente, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar o intervenção...”, posição ratificada por Mirabete (2001, p. 99) “Caso o aborto seja praticado por pessoa não habilitada legalmente (a lei refere-se apenas ao médico), poder-se-á alegar estado de necessidade...”

Inciso primeiro do artigo 128

A primeira causa⁸ de exclusão da criminalidade do projeto, já amplia bastante as possibilidades de aborto legal, visto que em nossa atual legislação o *aborto necessário* exige dois requisitos, simultâneos: a) *perigo de vida da gestante*; b) *inexistência de outro meio para salvá-la*.⁹ Já na nova redação dada ao inciso primeiro do artigo 128, basta que haja risco à vida ou à saúde da gestante, assim eliminou-se a necessidade da inexistência de outro meio para salvá-la, bem como se inseriu também a possibilidade de aborto legal se houver simples risco à saúde da gestante, assim mulheres que, por exemplo, sofrerem de pressão alta ou diabetes¹⁰, problemas que levam risco à saúde das gestantes, poderão, se quiserem, praticar o aborto de forma legal.

Inciso segundo do artigo 128

No inciso segundo do artigo 128 encontramos a excludente no caso de estupro, sendo que no projeto as possibilidades de exclusão do crime também foram ampliadas. O projeto não limita a possibilidade somente aos casos de estupro, ampliando para todos os crimes contra a dignidade sexual¹¹ que possam gerar uma gravidez.

⁸ Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

⁹ Bitencourt, 2007, p. 139

¹⁰ Rodrigues, 2008

¹¹ Art. 128. Não há crime de aborto:

I – ...

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

A mudança se justifica, pois o novo tipo penal do estupro (art. 180¹²) limita o crime a prática de *ato sexual vaginal*, o que excluiria uma gravidez forçada, por exemplo pela introdução, mediante violência, de esperma na vagina da mulher por outros meios diversos da conjunção carnal ou, a introdução forçada mediante violência ou grave ameaça, pela própria vítima, do esperma em si mesma, fatos criminalizados pelo projeto não com o *nome juris* “estupro”, mas nos artigos 181 (Manipulação e introdução sexual de objetos) e 182 (Molestamento sexual), crimes contra a dignidade sexual diversos do estupro.

Exclui o tipo penal ainda o caso de gravidez proveniente do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; assim poderá a mulher vítima de uma gravidez espúria, praticado por médico inescrupuloso, interrompê-la de forma legal, caso não contemplado na atualidade.

Inciso terceiro do artigo 128

O inciso terceiro do artigo 128 veio incluir às causas excludentes da antijuridicidade a possibilidade do aborto no caso de fetos anencéfalos ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, sendo necessário, em ambos os casos, o fato ser atestado por dois médicos.

O caso da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez por gestantes que estivessem grávidas de fetos anencéfalos foi recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal através da apreciação da ADPF-54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), tendo sido declarado pelo Supremo que é inconstitucional o enquadramento como crime de aborto a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, como se vê:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada

¹² Estupro

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral:

nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012. (STF ADPF 54).

Sendo assim, a inclusão da anencefalia, pela Comissão, foi acompanhada, no particular, por ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, ainda na vigência do atual Código Penal¹³.

O inciso estendeu também esta possibilidade para os casos em que o feto apresente graves e incuráveis anomalias que inviabilizem sua vida extrauterina, razoável e lógica tal proposição, pois há que se considerar os mesmos argumentos utilizados para a descriminalização do aborto do feto anencéfalo, ora todos os argumentos utilizados pelos Ministros do STF no julgamento da ADPF-54, são válidos para outros casos em que, por causa de outras anomalias graves e incuráveis, também o feto não tenha condições de sobrevivência extrauterina, nesse sentido preconiza Mirabete:

Há, entretanto, uma tendência à descriminalização do aborto eugênico em hipóteses específicas. Com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em casos de anencefalia (ausência de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos). A inviabilidade da vida extrauterina do feto e os danos psicológicos à gestante justificam tal posição, apoiando-se

¹³ Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal, p. 282

alguns na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa. (Mirabete, 2001, p. 100 e 101).

Os casos, porém, previstos no inciso III, devem, obrigatoriamente ser aprovados por dois médicos. O tipo não especifica quem seriam esses dois médicos, sendo que seria mais prudente ter se determinado que os mesmos deveriam ser médicos peritos oficiais, a fim de se inibir eventual manipulação da lei por interesses particulares.

Inciso quarto do artigo 128

Este talvez seja o inciso que mais polêmica poderia gerar, uma vez que da forma como foi colocado praticamente legaliza o aborto, já que de uma amplitude interpretativa muito vasta, diz o inciso: *“IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.”*¹⁴

Apesar de nas justificativas do relatório a comissão dizer que: *“Por fim, entendeu a Comissão que estados psicológicos mórbidos, como a adicção por entorpecentes, verificados por médico, poderiam, até a décimasegunda semana da concepção, afastar a tipicidade do procedimento abortivo.”*¹⁵, da forma como esta colocado, qualquer médico ou psicólogo, que seja a favor do aborto, poderá atestar que a gestante não tem “condições psicológicas” de arcar com a maternidade, sendo as justificativas as mais diversas possíveis, como falta de condições financeiras, falta de maturidade pela pouca idade, uso de drogas, etc., não só no caso citado pela comissão em suas justificativas. Vejam que, apesar de a avaliação ser sobre o estado psicológico da gestante, quanto a sua futura capacidade de arcar com a maternidade, também qualquer médico poderia atestar esta condição e não só psicólogos, teoricamente mais preparados profissionalmente para avaliar tais estados mentais.

¹⁴ Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal, p. 58

¹⁵ Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal, p. 283

Ademais o parágrafo único do mesmo artigo determina que deva haver consentimento prévio da gestante para a prática do aborto para parte dos casos que excluem a antijuridicidade, porém não cita o inciso IV, deixando assim em aberto a possibilidade de até mesmo gestantes adolescentes ou com alguma deficiência mental, poderem consentir com a prática legal do aborto no caso de impossibilidade psicológica de arcar com a maternidade.

O parágrafo único inova ainda ao permitir que no caso de ser a gestante menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, esse consentimento possa ser suprido pela vontade de seu representante legal, do cônjuge ou de companheiro. Tal assertiva poderá levar a vastas discussões inclusive judiciais em torno do caso, senão vejamos o caso de uma adolescente casada que esteja grávida de oito semanas e seja diabética e em um acidente venha a perder sua capacidade mental de consentir, ficando a mercê de seu cônjuge a possibilidade de se proceder a um aborto; sendo esse cônjuge de má índole que queira se livrar de um filho que foi desde o início indesejado, bastará procurar por uma clínica em que se pratique abortos e, em se tendo o dinheiro necessário, submeter a sua cônjuge ao aborto sob a alegação de que sua gravidez trás risco à sua saúde, caso perfeitamente enquadrável, em tese, no inciso primeiro segunda parte, como já vimos. Ora poderia sequer os pais dessa jovem interferir, uma vez que não são mais seus representantes legais.

UM DESPERTAR PARA A DISCUSSÃO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

A discussão sobre a descriminalização do aborto no Brasil já remonta dezenas de anos e pouco se evoluiu nessa área, tema tabu é duramente criticado, especialmente pelas correntes religiosas, que em geral não aceitam o aborto, em muitos casos em hipótese nenhuma, mesmo que seja para salvar a vida da gestante, pois tal decisão estaria “nas mãos de Deus”.

O que propomos aqui não é esgotar o assunto nessas poucas linhas, mas através da leitura dos artigos e trabalhos que abaixo enumeraremos despertar e aguçar o assunto para o leitor.

Verifica-se pelos poucos trabalhos que aqui deixamos à disposição, que, em apertada síntese, nos países em que o aborto é legalizado, e são vários ao redor do mundo, os índices da prática nos mesmos é menor do que naqueles em que o aborto é proibido por lei e penalizado criminalmente. É fato também que se a criminalização do aborto tem por finalidade precípua tentar impedir que ele se concretize e assim, principalmente, garantir a possibilidade de vida do feto, esta ameaça de punição não é eficiente, estudo realizado¹⁶ demonstra que em 1991 estimou-se a realização de 1.443.350 (um milhão quatrocentos e quarenta e três mil e trezentos e cinquenta) de abortos induzidos no Brasil, reduzindo-se este patamar, graças a várias ações principalmente nas áreas de saúde, educação e prevenção, para 1.054.242 (um milhão cinquenta e quatro mil duzentos e quarenta e dois) em 2005, mesmo assim um número bastante considerável e expressivo, nesse mesmo período, irrisório é o número de processos e ainda menor o número de condenações por aborto no Brasil.

Esses trabalhos também demonstram que nos países em que o aborto não é ilegal e os governos investem em saúde da mulher, possibilitando que as mesmas procurem pelo sistema público de saúde quando quiserem praticar um aborto seja por que motivo for, as mesmas, na maioria das vezes, amparadas por psicólogos, assistentes sociais, médicos e até mesmo obtendo amparo religioso, acabam por desistir do aborto e aceitam a maternidade, assim, evita-se muito mais o aborto sendo ele legalizado do que o mantendo ilegal; é preciso quebrar o tabu sobre o assunto.

Gostaria de deixar consignado que o autor, por suas convicções morais e religiosas é contra a prática do aborto, mas a favor da descriminalização do mesmo por uma questão de simples lógica matemática, conforme demonstrou acima, segue então a lista de artigos para estudo daqueles que se interessarem pelo assunto:

- Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005);
- Aspectos Éticos das Práticas Abortivas Clandestinas;
- Aborto e legislação comparada;
- Políticas feministas do aborto;
- Aborto e saúde pública – 20 anos de pesquisas no Brasil;
- Mortalidade (Materna) por Aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação;

¹⁶ Monteiro e Adesse, 2006

Características de Mulheres que Obtêm Aborto Induzido: Uma Revisão a Nível Mundial.

CONCLUSÃO

Fizemos, nas breves linhas que aqui expusemos, uma análise comparativa entre os atuais e os propostos tipos penais do aborto no anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, a comissão de jurista formada para elaborar o anteprojeto se propôs a modernizar o mesmo, unificando a legislação penal esparsa, procurando compatibilizar os tipos penais com a Constituição de 1988, propondo a descriminalização de algumas condutas e a criação de novas, procurou ainda tornar proporcionais as penas dos crimes, além de buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal.

Em relação aos crimes de aborto, artigos 125 a 128 do anteprojeto, abordamos, comparativamente aos atuais tipos penais, vários aspectos quanto as suas composições gramaticais, lógico-sistemáticos e teleológicos, buscando demonstrar os aspectos positivos e negativos de suas novas estruturas.

Nota-se que alguns avanços foram obtidos, em especial, na possibilidade da exclusão da criminalidade em circunstâncias não só de estupro, mas também de outros crimes contra a dignidade sexual, não atualmente contemplados pelo Código Penal; na inclusão de comprovada anencefalia, caso em que o próprio Supremo Tribunal Federal, já reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização e a inclusão também do caso em que o feto sofra de grave e incurável anomalia que inviabilize sua vida extrauterina, embora, a nosso ver, devesse a redação prever que a comprovação desses fatos fosse atestado por dois médicos peritos.

Visto ser o autor a favor da descriminalização do aborto, sem necessariamente ser a favor do mesmo, vê com bons olhos a inclusão do inciso IV, do artigo 128, em que a mulher pode interromper a gravidez até a décima segunda semana de gestação quando constatado por médico ou psicólogo, não ter a mesma condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Muitos problemas também foram constatados dentre os novos artigos propostos, como o caso de aumento de pena, previsto no parágrafo primeiro do artigo 127 em que se aumentaria a pena de um a dois terços nos casos em que, em

consequência do aborto, resultasse má formação no feto sobrevivente. Ora, se houve sobrevivência do feto, não se consumou o aborto, ocorrendo à tentativa, já contemplada pelo artigo.

Também a exclusão do parágrafo único do atual artigo 126, levaria a interpretações diversas, prejudicando a equânime distribuição da justiça.

A inclusão do aborto qualificado pelo resultado como parágrafos primeiro e segundo do artigo 127 acabaram por excluir o agravamento da pena caso ocorresse lesão corporal grave ou morte da gestante quando o aborto fosse praticado com o consentimento da mesma.

Os abortos praticados com o consentimento da gestante são a esmagadora maioria, situação das mais graves no Brasil, uma vez que feitos, muitas vezes em precárias condições e de maneira clandestina, são uma das principais causas de morte da mulher¹⁷.

Procuramos despertar no leitor o interesse pelo assunto aborto e sua descriminalização através de breve exposição e enumeração de uma série de artigos e trabalhos sobre o tema, que ainda está impregnado de intolerância religiosa e moral, mas devemos pensar no assunto muito séria e racionalmente, pois se objetivo maior é impedir, ou ao menos diminuir a número de abortos praticados e suas consequências nefastas, pode-se constatar que esse objetivo é mais eficientemente atingido nos países em que o aborto não é tratado como crime.

Deixa implícito na forma como foram colocados e modificados os artigos que tratam das novas tipificações do aborto no anteprojeto de Código Penal a tendência da comissão em, não descriminalizando totalmente o aborto, tornar mais branda as punições quando o mesmo fosse praticado com o consentimento da gestante e em especial alargar as possibilidades de exclusão da antijuridicidade, como fica patente nas excludentes colocadas no artigo 128.

Apesar dos problemas na construção dos novos artigos, como foi descrito, o anteprojeto, pelo menos no que tange aos crimes de aborto, avança, modernizando o nosso já ultrapassado Código Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁷ Valongueiro. Mortalidade (Materna) por Aborto.

BACHA, Angelo Maria; GRASSIOTTO, Osvaldo da Rocha. **Aspectos Éticos das Práticas Abortivas Clandestinas.** Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/443/326> . Acesso em: 16 mai. 2013.

BANKOLE, Akinrinola; SINGH, Susheela; HAAS, Taylor. **Características de Mulheres que Obtêm Aborto Induzido: Uma Revisão a Nível Mundial.** Disponível em: <<http://www.guttmacher.org/pubs/journals/2701001P.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

BRASIL. ADPF nº 54. **STF, 2012.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 31 mai. 2013.

BULHÕES, Antônio Nabor Areias *et al.* **Relatório Final da comissão de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal.** Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acesso em: 31 mai. 2013

JESUS, Damásio E. **Direito Penal.** 22. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINISTÉRIO da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Aborto e saúde pública 20 anos de pesquisas no Brasil.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. 428 p. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: < http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, Mario Francisco Giani; ADESSE, Leila. **Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005)**. Trabalho apresentado no XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP. Caxambú, set. 2006. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_252.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2013.

RODRIGUES, Paula Camila. Gravidez e Diabetes. **Sociedade Brasileira de Diabetes**, São Paulo, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.diabetes.org.br/sala-de-noticias/entrevistas-e-reportagens/822>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol. 16, n. 2, mai/ago. 2008. Disponível em: <<http://disciplinas.stoa.usp.br/mod/resource/view.php?id=27975>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. **Ciência e Cultura**, São Paulo, vol. 64, n. 2, abr/jun. 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 mai. 2013.

VALONGUEIRO, Sandra. **Mortalidade (Materna) por Aborto: fontes, métodos e instrumentos de estimação**. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20\(Materna\)%20por%20Aborto%20-%20Fontes,%20M%20E9todos....pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/Mortalidade%20(Materna)%20por%20Aborto%20-%20Fontes,%20M%20E9todos....pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2013.