

1

Abortamento – Breves considerações à luz da dignidade da pessoa humana *Abortion – brief comments in the light of the dignity of human being*

LUIZ ALEXANDRE CYRILLO PINHEIRO MACHADO COGAN

Mestrando em Direito Processual Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; professor assistente do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal da PUC/SP (Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC/SP – Cogea); advogado em São Paulo

Resumo

A questão sobre a incriminação ou não do abortamento, atualmente, levanta diversos debates. Urge, portanto, a necessidade de uma análise sob uma perspectiva constitucional, posto que a proteção do direito à vida é uma garantia prevista na Carta Política brasileira, intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, toda atividade legislativa, bem como a interpretação oriunda dos operadores do Direito, deve se basear na ordem constitucional estabelecida, visando sempre à garantia da dignidade da pessoa humana. Assim, há a necessidade de um estudo do abortamento, aliado à proteção da dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito e do sistema constitucional como um todo.

Palavras-chave: abortamento, dignidade da pessoa humana.

Abstract

The present study has for mark to evaluate the criminalization or non-criminalization possibilities of abortion in face of the established normative picture for the Brazilian Constitution of 1988. In the Social and Democratic State of Rights, as brazilian, the ordinary legislative production must be based on the constitutional order, including the human dignity.

Keywords: abortion, human dignity.

1. INTRODUÇÃO

A priori, é importante consignar que são raros os temas no plano jurídico que suscitam fervorosas divergências como o tema a ser tratado neste trabalho: o abortamento. Difícil não é de se compreenderem as razões argüidas por aqueles que travam este apaixonante e controverso debate, que envolve questões de cunho religioso, moral, aspectos da vida e da morte, ou seja, diversos fatores inerentes à personalidade de cada indivíduo, enraizados em sua ideologia e personalidade, gerando opiniões divergentes com relação à criminalização ou não do abortamento.

Primeiramente, é importante ressaltar que a Magna Carta de 1988 inovou na proteção dada aos direitos fundamentais, uma vez que a tutela desses direitos é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. Dentre os direitos fundamentais tutelados, destaca-se o direito à vida, cuja inviolabilidade está prevista no artigo 5º, *caput*,¹ da Constituição Federal.

Dessa forma, a questão que aborda a incriminação ou não do abortamento deve necessariamente ser analisada sob uma perspectiva constitucional, posto que a proteção do direito à vida é uma garantia prevista na Carta Política brasileira, intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, toda atividade legislativa, bem como a interpretação oriunda dos operadores do direito, deve se basear na ordem constitucional estabelecida, visando sempre à garantia da dignidade da pessoa humana.

Surge, assim, a necessidade de um estudo do abortamento, aliado à proteção da dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito e do sistema constitucional como um todo.

¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

2. UM PANORAMA SOBRE O ATUAL DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EM FACE DA MAGNA CARTA

O Direito Processual Penal oferece aos indivíduos os instrumentos e remédios para a defesa de seus direitos, que estão definidos na Magna Carta, a qual prevê as garantias e os meios eficazes de preservar os direitos básicos da pessoa humana. Assim caminhou o entendimento do jurista português Jorge de Figueiredo Dias², ao afirmar que o Direito Processual Penal e o Direito Penal nada mais são que o Direito Constitucional aplicado. Dessa forma, antes da Constituição Federal atual, o processo penal era visto de forma inquisitiva e, com o advento da Magna Carta, em 1988, o processo penal revestiu-se como uma garantia contra os abusos do poder do Estado.

Nesse contexto, a inclusão de certas instituições jurídicas penais e processuais penais na Carta Política é justificada em face da necessidade de que tais princípios não sejam afrontados por leis infraconstitucionais e, assim, sejam insuscetíveis de “eventuais artimanhas legislativas e a possibilidade de se macular ou pôr em risco a segurança do processo penal contra direitos e garantias pessoais”³.

A Magna Carta, em seu artigo 1º, consagrou o Estado Democrático de Direito, expressamente adotado e, com o contexto democrático que se insurgia contra uma tradição politicamente autoritária, o novo texto constitucional vem ao encontro das modernas aspirações sociais, prestigiando a nítida separação de papéis entre acusador, julgador e defensor, bem como conferindo ao acusado inúmeros direitos até então desprezados. Dessa forma, a Constituição Federal veio no intuito de consagrar princípios fundamentais, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, os direitos e garantias daqueles que se vêem acusados da prática de delitos.

Verifica-se, nesse sentido, a indispensável tarefa de se avaliar o abortamento não só perante o sistema penal vigente, mas sim em face da ordem constitucional como um todo, em especial frente à dignidade da pessoa humana. Ressalve-se que a dignidade da pessoa humana é considerada por grande parte da doutrina como um “superprincípio” ou, ainda, como o único princípio absoluto.

Vislumbra-se, portanto, um novo rumo no Direito Penal e no processo penal, sempre aliado à Magna Carta, visando à preservação dos direitos e das garantias individuais frente às alterações de um possível Estado opressor, permitindo a plenitude do exercício de defesa da pessoa alvo da persecução penal, sem a necessidade de se preocupar com a alteração de questões políticas do País, e conferindo aos cidadãos

² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 74.

³ SILVA, Marco Antonio Marques da (Coordenador). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 247.

maior segurança jurídico-processual, em respeito ao princípio do devido processo legal.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, antes de 1988, encontrava-se implícito no ordenamento jurídico nacional, embora não constasse da Carta Política pátria. Atualmente, encontra-se assentado em vários dispositivos, no decorrer de toda Magna Carta, demonstrando que o Poder Constituinte, voltado para os valores trazidos do seio da sociedade, está apto a receber novos valores sociais, transformando-os em normas jurídicas. Nessa toada, a dignidade da pessoa humana é verificada a partir de uma necessidade extremada de se verificar garantida a estabilidade social e a confiabilidade nas instituições públicas.

Portanto, trata-se de um vetor que irradia seus princípios para toda interpretação e aplicação dos demais direitos, sobretudo as garantias e os direitos fundamentais. Ademais, tratar o ser humano de forma digna não é mais visto pela doutrina como simples dogma, mas sim como indispensável regra que deve ser observada, obrigando ao Estado que adéqüe todo o seu aparato à prestação jurisdicional adequada e satisfatória, mormente após a Emenda Constitucional nº 45.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É importante lembrar que a Constituição da República do Brasil, em seu artigo 1º, traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, ao dispor:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;⁴

(...)

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o artigo 1º, no que tange à dignidade da pessoa humana, apontaram que este princípio é **fundamento axiológico do Direito**, sendo indispensável à proteção do ser humano, o qual é sujeito, e nunca objeto de direito. Mencionaram trechos de outros autores, como do Papa João Paulo II, tendo consignado que:

Os valores fundamentais, encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, refletem-se em princípios gerais de Direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jus-filosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jus-filosófica do conhecimento científico do Direito. **É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro** (João Paulo II, *Evangelium Vitae*, Edições Paulinas, 1995, p. 22). Por isso se diz que a justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica (Antonio Hernandez Gil, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Obras Completas, v. I, Madrid, Escalpa Calpe, 1987, p. 44) e a marca desse valor fundamental de justiça o homem, princípio de razão de todo o Direito⁵ (grifos do autor).

Os referidos autores ressaltaram, ainda, que o **princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do Direito, sendo o primeiro o mais importante**. Assim, esse princípio é a razão de ser do próprio Direito. Nesse contexto, os direitos fundamentais têm por objeto a proteção da dignidade da pessoa humana, como ensinaram Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. (...) Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se assim, uma classe de direitos⁶ (grifos do autor).

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*: de acordo com as recentes Emendas Constitucionais. Atualizada até 10/04/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 118.

⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 79-80.

O princípio da dignidade da pessoa humana não se coloca única e exclusivamente como fundamento da República Federativa do Brasil, mas como um valor absoluto e intransponível.

A dignidade da pessoa humana – ponto comum também a todos os outros direitos fundamentais – constitui-se em um limite intransponível, linde que o legislador não pode ultrapassar. (...) O ôntico, o que se realiza a partir não só do conhecimento, mas também da garantia de um conjunto de bens ou valores imprescindíveis, essenciais mesmo, ao indivíduo e à comunidade da qual faz parte, denominados direitos sociais⁷ (grifos do autor).

Pode-se falar, nessa toada, que a dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, tendo sido eleito como vértice de todo ordenamento jurídico, que deve nortear as decisões judiciais, inclusive suas interpretações.

(...) é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.⁸ (grifos do autor).

Dito isto, conclui-se que a Carta Política de 1988 revela a dignidade da pessoa humana como um **metaprincípio**, sendo que todos os demais princípios a ela se submetem, bem como todo o ordenamento jurídico deve se basear neste vetor para aperfeiçoar o Estado Democrático e Social de Direito. José Afonso da Silva entendeu que a **dignidade da pessoa humana não se trata de uma criação constitucional**. O princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de **vetor** para a sociedade e para o Estado, retrata valores absolutos que não permitem a flexibilização dos mesmos. *In verbis*:

(...) a dignidade da pessoa humana, não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída num Estado Democrático de Direito.

⁷ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50-51.

(...) Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realidade dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e a humaniza.⁹

Ponderou Marco Antonio Marques da Silva que “a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem (...)”¹⁰. A dignidade da pessoa humana encontra-se no centro de todo o ordenamento jurídico, não se admitindo produção legislativa e interpretação que afronte este valor constitucional, uma vez que emanado da própria sociedade. Conclui-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é um princípio vetor no Direito Constitucional pátrio, que busca sempre a garantia de uma vida digna aos cidadãos.

É relevante consignar que, mesmo antes de 1988, momento em que este princípio existia somente de forma implícita no ordenamento jurídico pátrio, bem como após a Carta Política de 1988, não basta a previsão legal da dignidade da pessoa humana. Urge, primordialmente, a busca pela efetividade deste princípio. Nesse sentido, somente observar-se-á a dignidade da pessoa humana, se estiverem minimamente asseguradas as condições para uma vida digna, observando-se os direitos humanos. Posto isso, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, vetor e limitador de toda a ordem jurídica pátria, por orientar todo o sistema jurídico, sendo indispensável sua real efetivação, o que fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro.

5. O ABORTAMENTO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A vida humana é protegida, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da concepção, em decorrência de o Estado brasileiro ter incorporado ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela a vida desde aquele momento. O *nomen juris* relativo aos crimes do artigo 124 e seguintes do Código Penal utiliza a expressão “aborto” para definição do tipo penal incriminador. No entanto, a doutrina pátria prefere utilizar a expressão abortamento,

⁹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 212, abril/junho, 1998, p. 91.

¹⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 05.

pois esta seria a “cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto”¹¹, enquanto que aborto seria o produto resultante do abortamento. Todavia, por fazer parte do *nomen juris*, mesmo sendo feita a ressalva sobre a incorreção técnica do termo, os doutrinadores admitem a utilização de ambas as formas.

No ordenamento jurídico pátrio, o abortamento doloso é conduta criminosa. O bem jurídico tutelado é a vida intra-uterina. Entretanto, as únicas permissões expressas estão no artigo 128 do Código Penal, que prevê duas hipóteses de exclusão da ilicitude: o aborto necessário e o sentimental. Nesse sentido, é importante frisar que o aborto natural e o aborto acidental não constituem crime. Dessa forma, não há a figura do abortamento culposo. Nesse contexto, abortamento criminoso é aquele provocado dolosamente, que não é atingido por excludentes de ilicitude. O abortamento é considerado crime quando ele é provocado, salvo nas hipóteses admitidas em lei.

5.1. Aborto criminoso

Existem quatro espécies de aborto criminoso previstas no Código Penal, que dependem de quem provoca o aborto e da existência de consentimento da gestante.

(i) Auto-aborto (artigo 124, primeira parte, do Código Penal)

Ocorre quando a gestante realiza o ato executório do aborto em si mesma. O exemplo mais comum é a utilização de medicamento abortivo (o mais famoso é o Citotec, que provoca a contração do útero no início da gravidez).

A pena deste crime é de detenção de um a três anos. Tem-se como sujeito ativo deste delito a própria gestante, sendo que se trata de crime próprio. Esse crime não admite co-autoria, sendo que apenas a mulher pode cometer este crime. O crime em análise admite participação, por exemplo, de quem incentiva a gestante a fazer uso do medicamento, ou de alguém que compra o medicamento para ela tomar, ou até mesmo de quem vende o medicamento a ela, ciente do uso indevido que será feito dele.

Nesse contexto, o auto-aborto não admite co-autoria, enquadrando-se, por isso, no conceito de crime de mão própria. Por outro lado, crime próprio é aquele em que o tipo penal exige um sujeito ativo específico, o que difere de crime de mão

¹¹ Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 515.

própria (que não admite co-autoria). Vale ressaltar que o sujeito passivo do crime em questão é o produto da concepção, em qualquer de suas fases (ovo, embrião e feto).

(ii) Consentimento para o aborto (artigo 124, segunda parte, do Código Penal)

Neste delito, pune-se a gestante que não realiza o ato abortivo em si, mas autoriza uma outra pessoa a realizá-lo. Trata-se também de crime próprio, em que o sujeito ativo é a gestante, pois a outra pessoa que realiza o ato abortivo responde por crime autônomo mais grave, previsto no artigo 126 do Código Penal. O crime de consentimento para o aborto admite participação, como incentivar a gestante a fazê-lo, indicar quem faça o aborto ou acompanhar a gestante a uma clínica para fazer o aborto, por exemplo.

No entanto, não há que se falar em co-autoria, pois o consentimento é somente da gestante, sendo também crime de mão própria.

(iii) Provocação de aborto com o consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal)

Neste delito, a gestante que consente com a prática abortiva responde pelo artigo 124, e quem realiza tal prática responde pelo artigo 126 do Código Penal. Embora o resultado seja somente um (morte do feto), as pessoas envolvidas são punidas por crimes distintos, pois a gestante incorre no artigo 124, segunda parte, enquanto quem praticou o ato abortivo incorre no artigo 126, que possui pena um pouco maior (pena: reclusão de um a quatro anos).

Verifica-se, neste delito, que se trata de uma exceção à teoria unitária ou monista, segundo a qual o crime imputado deve ser o mesmo para todos os envolvidos. Vale ressaltar que, nesta infração penal, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, médico ou não, posto que se trata de crime comum. Desta forma, caso um médico realize um abortamento, em tese, ele será autor do crime em análise, e a secretária de sua clínica e/ou a enfermeira serão partícipes deste crime do artigo 126 do Código Penal, porque a conduta delas é ligada à do médico.

Uma observação de suma relevância é de que, em clínicas especializadas em realizar abortamento, nas quais haja envolvimento constante de pelo menos quatro pessoas, tipifica-se também, em tese, o crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 da Lei Penal.¹²

¹² AÇÃO PENAL. ABORTO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE E QUADRILHA. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. CRIME

Ademais, caso a gestante manifeste vontade em não mais realizar a prática abortiva, e mesmo assim o médico prosseguir, este realizará crime de aborto sem o consentimento da gestante.

(iv) Provocação de aborto sem o consentimento da gestante (artigo 125 do Código Penal)

A quarta modalidade criminosa tem o *nomen iuris* de provocação de aborto sem o consentimento da gestante, prevista no artigo 125 da Lei Repressiva. Esta modalidade é considerada mais gravosa que as demais, tendo em vista a ausência de consentimento por parte da gestante, sendo-lhe atribuída como sanção a reclusão de três a dez anos.

Nesse contexto, este crime pode ocorrer em duas situações: (a) quando não havia efetivamente nenhuma autorização da gestante, como uma agressão contra ela com a intenção de causar o aborto ou então a colocação de medicamento abortivo sorrateiramente em sua bebida, por exemplo; (b) quando existiu um consentimento da gestante no plano fático, mas a lei considera esse consentimento sem valor, inválido, nulo, como é o caso das hipóteses elencadas no artigo 126, parágrafo único, do Código Penal¹³.

DO ART. 126 DO CP. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO E CONTINUIDADE DO PROCESSO CRIMINAL. EXISTÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADA. TRANCAMENTO INVIÁVEL.

1. Havendo indícios suficientes tanto da autoria delitiva quanto da materialidade dos crimes em tese cometidos, mostra-se desnecessária para a propositura da ação penal a existência de exame de corpo de delito nas vítimas do crime do art. 126 do CP, já que, nessa etapa, não se exige prova cabal e inequívoca das acusações feitas, reservada à condenação criminal.

2. Estando a denúncia alicerçada em elementos idôneos de convencimento quanto à presença de indícios da autoria e da materialidade dos ilícitos assestados ao paciente, encontra-se devidamente motivada a propositura e a continuidade da ação penal, mostrando-se, via de conseqüência, inviável o seu trancamento.

PRISÃO PREVENTIVA. ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE. MÉDICO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. RISCO À ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PATENTEADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-DEMONSTRADO.

1. Verificando-se que a decisão colegiada impugnada está fundada na necessidade concreta de manter-se a custódia cautelar a bem da ordem pública, diante da inclinação do paciente, médico, para a prática criminosa do art. 126 do CP, resta plenamente justificada a decisão que manteve a prisão preventiva decretada em seu desfavor (HC nº 92.953 / RS – STJ).

¹³ Art. 126, 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.”

Assim, o consentimento da gestante é inválido se for obtido mediante emprego de violência, grave ameaça ou fraude, ou se foi prestado por gestante alienada mental ou não-maior de 14 anos. Entretanto, pode haver violência para que a gestante forneça seu consentimento, sendo que, neste caso, será tratado como se fosse um aborto sem o seu consentimento. No que tange à hipótese de fraude, pode-se considerar, por exemplo, alguém que não quer que a mulher tenha o filho e paga ao médico dela para mentir, dizendo-lhe que ela irá morrer se a gravidez continuar e, por conta disso, ela autoriza o abortamento, tendo em vista que foi ludibriada.

Ademais, há quem advogue que, na hipótese de problema mental, a lei disse menos do que deveria, de forma que não é qualquer problema mental que tira o valor do consentimento. Apenas o problema mental total é que retira o valor do seu consentimento. Mirabete entendeu que tanto a gestante alienada, que sofre de doença mental, quanto a débil mental, com desenvolvimento mental retardado, ambas não podem consentir validamente¹⁴.

5.2. Causas de aumento de pena

O artigo 127 do Estatuto Repressivo prevê causas de aumento de pena, embora na lei esteja escrito que são qualificadoras. Esse dispositivo diz que o terceiro que pratica o aborto, com ou sem o consentimento da gestante, terá a sua pena aumentada em um terço se o aborto ou o meio empregado para provocá-lo causarem lesão grave na gestante, e terão pena aplicada em dobro se a gestante vier a morrer.

Essas hipóteses são exclusivamente *praeter dolosas*, pois só se configuram quando há dolo no aborto e culpa na lesão grave ou morte. Embora se trate de crime *praeter doloso*, admite-se a tentativa, pois é possível que um ato abortivo no final da gestação faça com que o feto seja expelido com vida e acabe sobrevivendo, mas a gestante contraia uma infecção e morra alguns dias depois. Nesse caso, há uma tentativa de aborto com o aumento previsto neste artigo.

5.3. Hipóteses legais de abortamento

O artigo 128 do Código Penal prevê algumas hipóteses em que a provocação do aborto é permitida, sendo chamada de aborto legal.

¹⁴ Mirabete entendeu que a lei presume a violência em três situações: (1) quando a gestante não é maior de 14 anos; (2) **quando a gestante é alienada (sofre de doença mental) ou é débil mental (desenvolvimento mental retardado), as quais não podem consentir validamente;** (3) se o consentimento foi obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 695).

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.

Assim, há duas hipóteses em que o aborto é permitido, sendo por isso interpretadas como causas excludentes da ilicitude, específicas do crime de aborto. Na primeira hipótese, se ficar provado que a gestante corre risco de vida, se permite no inciso I o abortamento, que é chamado de **aborto necessário** ou **terapêutico**. Neste caso, não haverá crime quando for feito por médico, porque não há outro meio senão a prática abortiva para salvar a vida da gestante, sendo o exemplo mais comum o da gravidez tubária (gravidez que se desenvolve em uma das trompas). Esse aborto é feito por médico para salvar a vida da gestante, e não é necessário que ela esteja morrendo para que ele seja feito.

Uma questão interessante é que, se for constatado que a mulher está grávida e o feto está na trompa, sendo que o prognóstico de morte da gestante não é iminente, mas para daqui alguns meses, os Tribunais têm entendido que pode, desde já ser feito o abortamento. Não é necessária a existência de perigo atual para a gestante, pois, nesse caso, qualquer pessoa poderia fazer o abortamento para salvá-la, caso em que estaria acobertada pela excludente do estado de necessidade.

No aborto necessário, basta que os exames feitos indiquem que o prosseguimento da gestação futuramente poderá causar a morte da gestante, hipótese em que o médico já poderá fazer o abortamento. Não há necessidade de autorização judicial, nem da gestante. Na prática, os médicos acabam colhendo a autorização da gestante para maior garantia da licitude de sua ação. No entanto, a lei não exige esta autorização, este consentimento.

A segunda possibilidade de abortamento legal é o **aborto sentimental** ou **humanitário**, que pressupõe três requisitos: (a) que seja feito por médico; (b) que seja resultante de estupro (ato sexual forçado – também se aplica por analogia *in bonam partem* aos casos de atentado violento ao pudor); (c) que exista consentimento da gestante ou, se ela for incapaz, a autorização dos representantes legais.

Vale consignar que não é necessária a condenação do autor do estupro para que se permita o abortamento. A lei não exige autorização judicial, bastando que sejam apresentados ao médico documentos que comprovem a ocorrência da violência sexual, como boletins de ocorrência, cópias de inquérito e exames periciais constatando marcas da violência sexual no corpo da gestante, por exemplo.

No entanto, caso a mulher dirija-se até uma delegacia e falte com a verdade, uma vez que não sofreu violência sexual, e acabe por enganar as autoridades e o médico, que só descobrem a farsa depois do abortamento já ter sido realizado, a mulher será punida pelo aborto e por comunicação falsa de crime, enquanto para o médico não haverá punição por ter havido uma discriminante putativa.

5.4. Questões polêmicas

Há também de se ressaltar o polêmico tema que abrange a licitude ou não do abortamento nos casos de anencefalia. Indubitavelmente, é um tema extremamente polêmico, que comporta posicionamento para ambas as correntes. O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Há um setor respeitável da doutrina que entende que tal prática de abortamento é ilícita, uma vez que não permitida pela legislação em vigor, além de atentar contra a vida do feto, uma vez que os conceitos anencéfalos são considerados seres com vida pelas ciências médicas. No entanto, outra parte também respeitável da doutrina defende a licitude de tal prática abortiva, uma vez que a gestante encontrar-se-ia em estado regular de direito de interromper uma gestação comprovada de anencéfalo, consoante o inciso III do artigo 23 do Código Penal¹⁵. Dessa forma, o abortamento nos casos de anencefalia é questão controvertida, sem previsão expressa de permissibilidade, que aguarda o desfecho da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal. Outra questão de extrema relevância incide nos casos do artigo 128 do Código Penal, que prevê as hipóteses de aborto legal.

Há, na doutrina, importante corrente que defende que parte deste artigo não deveria existir, posto que inconstitucional. Nesse sentido, a parte que trata do aborto necessário, em caso de risco de morte da gestante, não sofre muitas críticas por parte da doutrina, uma vez que o bem jurídico tutelado – a vida da gestante – encontra-se em perigo e, portanto, merece proteção legal, sobretudo ao se considerar a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, severas críticas são proferidas com relação ao aborto sentimental, resultante de ato sexual forçado (estupro ou atentado violento ao pudor). Dessa forma, os defensores dessa corrente alegam que não se pode desprezar a vida do feto, que não tem culpa de nada. Prosseguem afirmando que o ideal seria

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 520 e LIMA, Carolina Alves de Souza. *A licitude do aborto nos casos de anencefalia*. São Paulo: PUC/SP, 2007. p. 165 e ss.

que a gestante levasse a gravidez até o final e, se decidisse não querer a criança após o nascimento, deveria entregá-la para adoção. Com este posicionamento, preservar-se-ia a vida do feto, bem como a escolha da gestante em não ficar com uma criança proveniente de ato sexual forçado.

Com a devida vênia, respeitado o pluralismo político e as opiniões divergentes, entende-se que o artigo 128 do Código Penal é totalmente constitucional, uma vez que, no caso de aborto sentimental decorrente de ato sexual forçado, deve-se priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente a dignidade da mulher, que não pode ser forçada a carregar em seu ventre e relembrar-se diariamente do trágico ato sexual a que foi submetida, tendo que permanecer com um feto por nove longos meses.

Consoante o autor deste artigo, esta é uma questão muito delicada, e não significa necessariamente que toda gravidez resultante de ato sexual forçado deva resultar em abortamento. Pelo contrário, a posição defendida é de que cabe à mulher, vítima de desumano ataque, decidir se tem ou não condições psicológicas para levar a gravidez adiante. Se a gestante entender que está preparada e desejar levar a gravidez até o fim, questão encerrada. Só não se pode punir novamente a gestante, que já foi vítima de um crime bárbaro, que deixa seqüelas irreparáveis, obrigando-a a levar a gravidez adiante. Isso seria uma segunda punição para a vítima, desprezando-se por completo sua dignidade.

Nesse sentido, é imperioso tomar por base as palavras do Professor Marco Antonio Marques da Silva, que colocou sempre que a dignidade da pessoa humana nada mais é do que olhar o outro com os olhos do outro. Mais adequada seria a faculdade de escolha nessas situações.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS, 2004.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*.

Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINIZ, Debora & RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Milenium, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *A licitude do aborto nos casos de anencefalia*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional: de acordo com as recentes emendas constitucionais*. Atualizada até 10/04/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito Penal – parte geral e parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PROVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 212, abril/junho, 1998.

SILVA, Marco Antonio Marques da & COSTA, José de Faria (Coordenação). *Direito*

Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Dignidade da pessoa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista Dignidade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unimes*, ano I, n. 1, São Paulo: Método, 2002, p. 147-154.

_____. (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. (Coord.). *Tratado temático de processo penal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.