

## CONCEITUAÇÃO DO CRIME DE ABÔRTO

Nelson Ferreira da Luz

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade do Paraná.

### ORIGEM ETIMOLÓGICA E DEFINIÇÃO

Etimologicamente considerado, abôrto é morte, perecimento. Mais certa, e mais castiça, seria a denominação de *abortamento*, proposta por LIMA LEITÃO, tradutor de SEDILLOT, isto é, ato de abortar, pois abôrto é o produto dêsse ato. A palavra *abôrto*, na acepção de *abortamento*, tomado, assim, o efeito pela causa, é hoje consagrada, no dizer de NOGUEIRA ITAGIBA.

A obstetrícia refere-se ao abôrto como sendo, no dizer de GALDINO SIQUEIRA, “a expulsão do fêto nos seis primeiros meses da vida uterina”; como *parto prematuro* já deve ser considerada a expulsão do fêto após êsse prazo.

CARLOS SEIDL, citado por SOUZA LIMA, conceitúa o abôrto criminoso como sendo “a interrupção artificial da prenhez, provocada sem indicação terapêutica justificada, por uma intervenção direta ou indireta sobre os órgãos genitais ou sobre o produto da concepção”. Definição menos completa é apresentada por NOGUEIRA ITAGIBA: “O abôrto é a interrupção do curso normal da prenhez”. LUTAUD, na sua Médecine Légale, define: “abôrto é a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de tôdas as circunstâncias de idade, de viabilidade e mesmo de formação regular”. E o citado GALDINO SIQUEIRA explica que o abôr-

to "designa o fato de uma gestação interrompida em sua evolução com expulsão do produto da concepção". Para TARDIEU, numa definição transcrita pelo citado Dr. SOUZA LIMA, "abôrto criminoso é a cessação prematura e voluntária da prenhez, ou sua interrupção intencionalmente provocada com ou sem aparecimento dos fenômenos expulsivos".

LACASSAGNE, citado por RIBEIRO PONTES, completa esta última definição, assim se pronunciando: abôrto é a "intervenção voluntária ou violenta, por manobras nos órgãos genitais da mulher grávida ou por substâncias ingeridas, cuja ação direta ou consecutiva influi sobre a existência do produto da concepção e modifica ou suspende o curso normal da prenhez".

GARIMON propôs, em 1.873, uma substituição da definição, já referida, de TARDIEU: "abôrto criminoso é a cessação prematura e voluntária da prenhez, ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem o aparecimento de fenômenos expulsivos".

Ora, sendo o sujeito passivo do abôrto, não a gestante, mas o feto, segue-se daí estar certa a classificação desse delito, no vigente Código Penal Brasileiro, entre os que se enfeixam sob a titulação geral dos "CRIMES CONTRA A PESSÔA", no capítulo dos "CRIMES CONTRA A VIDA".

Idêntico critério foi adotado pela CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS DA REPÚBLICA, sujeitando o delito de abôrto à denominação geral dos "CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA PESSÔA E VIDA".

Adotada, pelo nosso Código Civil Brasileiro, a doutrina de que a personalidade humana começa com o nascimento com vida, *assegurados os direitos do nascituro desde a concepção*, bem avisado andou o nosso legislador quando, entre os crimes contra a vida, previu e classificou o abôrto. Parece, por isso, estar em contraposição aos interesses vitais da sociedade moderna a doutrina de PUGLIA e AMBROSOLI, que pretendia incluir o crime de abôrto "entre os delitos sociais, ou entre os atentados

contra a ordem das famílias". Predominou em nossa legislação a opinião de ZANARDELLI, ao colocar o crime entre os "contra a pessoa", pois que é lesado o direito à vida do nascituro, devendo a lei proteger o feto, tutelando a vida humana desde a concepção.

Já a êsse respeito, e visando os dispositivos da antiga Consolidação, pronunciava-se o Dr. SOUZA LIMA. A seu vêr, ficava o crime de abôrto no seu justo lugar, ao lado dos crimes de lesões corporais, de homicídio e de infanticídio, pois tratava-se da "existência de uma pessoa cuja vida é por êle comprometida e sacrificada, e que não pode ser a mulher grávida e sim o feto que gera em seu seio".

### HISTÓRICO

O antigo direito romano, influenciado no caso de abôrto pela filosofia estóica, não via nêste um *crime de morte*, pelo fato de não considerar aquela legislação o fator *vida* senão em corpo autônomo, livre absolutamente das entranhas maternas. A concepção de *alma* sómente existia após o contacto do corpo humano autônomo em contacto com a luz. Assim, o abôrto poderia implicar, como implicava, uma ofensa à pessoa da mulher. A evolução da famigerada corrupção romana levou os legisladores dêsse período a cominar penalidade às mulheres casadas que praticassem ou consentissem o abôrto, vendo nisso um ataque aos direitos de prole facultados ao marido.

A influência cristã veio em seguida, reputando o feto, se não como um ser no sentido jurídico, ao menos como portador de uma *partícula divina* confiada a proteção social. Daí, a cristianíssima verdade apregoada por TERTULIANO, prócer da Igreja do primeiro século: "*Homo est qui futurus est*". Punia-se com a pena capital o atentado contra a mulher grávida de feto já formado, se êste fôsse morto. Era a proteção, como diz GALDINO SIQUEIRA, da *spes hominis*; proteção do "sêr que vive e que tem probabilidade de viver autonômicamente no futuro". De tal concepção surgem duas doutrinas: a primeira fazendo consistir o abôrto na morte do feto; a segunda caracterizando o crime pela provação, apenas, do abôrto.

Para a primeira dessas doutrinas, adotada por CARRARA e por ZANARDELLI, a configuração do crime de abôrto exige, como um dos elementos essenciais, a destruição do fêto, seja dentro ou fóra do ventre materno. Ora, se o crime se configura pela morte do fêto, pensa CARRARA que a sua melhor denominação seria *feticídio*, palavra também proposta por LAZZARETTI, e aconselhada pelo Dr. SOUZA LIMA. Assim, para o notável mestre do classicismo penal que foi CARRARA, consiste o feticídio na “morte dolorosa do fêto no útero; ou a sua expulsão violenta do ventre materno, e da qual resulta a morte do mesmo fêto”.

Contra a denominação de “feticídio” para o delito em tela, invocou GALDINO SIQUEIRA um argumento que julgamos decisivo. A vida uterina, diz êle, tem fases e denominações várias: “a *ovular* (antes do 20.º dia da gravidez) e a *embrionária* (entre o 20.º e o 90.º dia), seguindo-se a *fetal* propriamente dita entre o 3.º e o 7.º mês”. Assim, a denominação não abrange toda a evolução da vida intra-uterina. Chama-se *embrião*, segundo RIBEIRO PONTES, o produto da concepção sómente até à metade do segundo mês. Daí por diante é *fêto* até o fim do sexto mês. A expulsão do produto da concepção depois do sexto mês é considerada, como vimos, *parto prematuro*.

A segunda doutrina, desenvolvida por PESSINA, TAR-DIEU, GARRAUD, LISZT e outros, não considera como essencial a morte do fêto, embora seja esta querida pelo agente. As legislações, diz LISZT, punem não só a extinção de um sêr humano, como também garantem a vida e a saúde da mulher.

O Código Criminal Brasileiro de 1.830 punia o abôrto consensual ou não, embora não cogitasse do abôrto provocado pela própria gestante.

A Consolidação das Leis Penais da República adotou a segunda doutrina, fazendo consistir o crime na “provocação, haja ou não a expulsão do produto da concepção”. Como *produto da concepção* dever-se-ia entender um produto em condições normais de evolução, um produto *viável*. Donde seriam elementos

do crime a gravidez, a provocação do abôrto e o dôlo, consistente êste último no conhecimento da gravidez e dos meios empregados com o intuito de expulsão do produto da concepção.

A penalidade mais grave atingia o abôrto provocado sem o consentimento da gestante. Se houvesse expulsão do produto da concepção, a penalidade seria mais grave de que se não houvesse. A pena era agravada se sobreviesse a morte da gestante em consequência do abôrto ou em consequência dos meios empregados, embora não ocorresse o abôrto. Para a incriminação em tais casos não era indispensável o dolo em relação aos resultados, para tanto bastando o nexo material. Também havia agravamento da pena se o abôrto fôsse provocado "por médico ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina".

O consentimento da gestante minorava a pena. E em igual pena incorria aquela que conseguisse abortar voluntariamente. E considerava-se, ainda, uma diminuição de pena se o crime fôsse cometido para ocultar a desonra própria.

### O ABÔRTO PERANTE O CÓDIGO VIGENTE

Encarada a figura delituosa do abôrto sob o ponto de vista jurídico positivo, ou melhor, sob o ponto de vista da letra do Código Penal Brasileiro vigente, desde logo observamos combinação de penalidade para o abôrto provocado pela própria gestante (quando a gravidez não resultou de estupro), para o abôrto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Essas, as formas simples. Dá-se a forma qualificada (pena aumentada de um terço) se, em consequência do abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo, ocorre lesão corporal grave. Se sobrevêm a morte, as penas são duplicadas.

Não há penalidade para o abôrto praticado por médico, se não há outro meio para salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resulta de estupro, devendo, neste caso, o abôrto ser precedido de consentimento da mulher grávida ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Protege( assim, o Código, o abôrto *necessário* ou terapêutico, e o abôrto *sentimental*, como cita JIMENEZ DE ASÚA.

Muito bem pensada consideramos a opinião de NOGUEIRA ITAGIBA quando estranha o fato de não haver o Código acolhido em suas disposições de não imputabilidade a variedade inserta nos Códigos dinamarquês, suíço e argentino, consistente em salvar a mulher de "grave moléstia". E cita o caso do Dr. Bourne, médico londrino, que foi absolvido após haver provocado por médico diplomado ou médico habilitado (expressões sinônimas, segundo RIBEIRO PONTES), visando salvar a vida da gestante.

Não previu, também, a nossa lei, a legitimidade do abôrto eugênico, apregoada por ASÚA e defendida pelo citado NOGUEIRA ITAGIBA, que considera dever ser aceito em casos especialíssimos.

O abôrto criminoso, previsto pelos artigos 124, 125, 126 e 127 do nosso Código, tem ampla exegese. É irrelevante, para a configuração do crime, a expulsão, ou não, do produto da concepção, assim como são também irrelevantes as circunstâncias de idade, constituição e vitalidade do feto. Tudo leva a crer que o nosso legislador, adotando a já referida doutrina de PESSINA, teve tão sómente em mira a "provocação" do abôrto. Concepção "mais jurídica", no dizer de GALDINO SIQUEIRA, e adotada pela antiga Consolidação. Contra essa opinião, ventilada por RIBEIRO PONTES ("O Código... não toma em consideração, para aplicação da pena, o fato de haver, ou não, a expulsão do fruto da concepção", exige NOGUEIRA ITAGIBA, como elemento objetivo, a expulsão.

Refere-se o Código a "provocar abôrto". "Provocar abôrto, — diz RIBEIRO PONTES, — é tão sómente empregar os meios para a sua realização, quer este se consiga, quer não". (o grifo é nosso).

Interessante de observar é a configuração dos elementos constitutivos do crime de abôrto apreciados pelos dois citados autores. Para NOGUEIRA ITAGIBA identifica-se o delito pela intenção criminosa, emprêgo de substância ou meios adequados, e expulsão do fêto. Para RIBEIRO PONTES, caracteriza-

-se o delito sob três requisitos: a gravidez da mulher, a intenção criminosa e os meios empregados (que devem ser idôneos). Tais meios podem ser *internos* ou medicamentosos, *externos* ou mecânicos, *morais* e *expontâneos*.

NELSON HUNGRIA, comentando o Código, acha que são elementos essenciais: “1.º, o dolo; 2.º, o estado fisiológico da gravidez; 3.º, o emprêgo de meios dirigidos à provocação do aborto; 4.º, a consequente morte do feto (ou do embrião ou do óvulo fecundado) ”.

O motivo de honra, até certo ponto digno de proteção legal, previsto, como atenuante, pelo projeto ALCÂNTARA MACHADO e não acolhido pelo projeto SÁ PEREIRA, teve, como dissemos, ampla acolhida por parte do Código vigente. Seria interessante se a nossa legislação penal aceitasse, para o caso de aborto da estuprada, o conselho de JIMENEZ DE ASÚA. Assim, seria concedida ao Juiz faculdade para, mediante solicitação da mulher interessada, ser autorizado o aborto praticado por médico de responsabilidade moral e científica.

A penalidade do artigo 124 sómente poderá ser aplicada à gestante. As penas do artigo 125 e dos 126 e 127 dizem respeito ao agente que provoca o aborto com ou sem o consentimento da gestante. O artigo 126 apresenta particularidade interessante: se a gestante é menor de quatorze anos e consentiu no aborto, se é alienada ou débil mental e consentiu, ou se consentiu em virtude de fraude, grave ameaça ou violência, a penalidade para o autor do crime é a do artigo 125, isto é, reclusão de três a dez anos.

É fora de dúvida que o parágrafo único do artigo 126 prevê o caso de consentimento estabelecido pelo artigo. Tendo-se em vista, porém, que o consentimento de menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou o consentimento obtido por fraude, grave ameaça ou violência, em virtude da irresponsabilidade em tais casos, não pode constituir manifestação livre de consciência, não valendo, portanto, como *consentimento*, — as penas cominadas nesse caso equiparam-se às do artigo 125, em que *não há* a característica consensual.

Com referência ao elemento moral do crime de abôrto, é de suma relevância o estudo da conceituação doutrinária da figura delituosa, afim de que se não confundam os crimes de lesões corporais previstos pelo artigo 129 § 1.º, n.º IV (aceleração do parto), e § 2.º n.º V (abôrto) com as figuras dos artigos 124 a 128.

Reza o artigo 15 do Código Penal: “Diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzí-lo”. “A existência do dolo — diz o DR. LAERTES MUNHOZ, — reclama sempre o ato voluntário e o desejo ou a previsão do resultado”. Daí caracterizar-se “pela ação voluntária em relação a um resultado querido, ou, pelo menos, previsto pelo agente que, nesta última hipótese, não teria razões para descrever da possibilidade de sua realização”. O que vale dizer que se manifesta o dolo sempre que o agente, alcançando o resultado *ex-ante*, abrangendo mentalmente os resultados futuros da ação, ratifica essa mesma ação por atos comissivos ou omissivos, querendo que o resultado apareça ou assumindo o risco de qualquer derivação ou excesso de resultado que possa ocorrer.

O que, portanto, caracteriza o dolo no crime de abôrto é a intenção de provocar o abôrto. Se, em virtude da prática visando tal fim, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, ou morre, a pena é aumentada. (art. 127).

Nos crimes de lesões corporais acima citados, o dolo visa, não especificamente o abôrto, mas ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem. Daí, poder resultar aceleração de parto, ou abôrto, fatos que implicarão, com referência ao crime de lesões corporais, apenas uma característica de maior punibilidade.

O estudo dos elementos constitutivos do crime, de abôrto e das lesões corporais estabelecerá rigorosa linha demarcatória, absolutamente nítida, entre um e outros, excluindo toda e qualquer possibilidade de confusão.

Pena é que o Código não acolhesse, como dissemos, em suas disposições referentes ao abôrto, a modalidade consistente em salvar a gestante de grave moléstia. Com isso, além de mais condizente com a índole jurídica do nosso tempo, protegeria uma necessidade que está a reclamar justiça em nome dos mais altos postulados da razão e do sentimento humano.