

**REFLEXÕES SOBRE O ABORTAMENTO À
LUZ DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL**

Rodrigo Felberg*

É fato indiscutível, atualmente, que não se pune o aborto praticado por médico nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante ou a gravidez resulta de estupro, sendo o aborto precedido por consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (artigo 128, incisos I e II do Código Penal). Se o tema já foi polêmico, hoje não merece maiores digressões. Tais dirimentes foram amplamente debatidas, filosófica e eticamente, quando se elaborou os preceitos em questão, concluindo-se pela não punição do aborto necessário e do sentimental.

Toda vez que se toca no assunto, porém, ainda surgem roucas vozes procurando ressuscitar uma discussão que já se encerrou há mais de cinquenta anos. De fato, o Direito, sobretudo o Direito Penal, não está e nem pode ficar avesso a conjecturas pertinentes, uma vez que toda e qualquer adaptação legiferante deve, obrigatoriamente, passar pelo básico ciclo do respaldo social, isto é, deve-se verificar se as normas não mais refletem o espírito e anseio de seus destinatários, comportando, bem por isso, modernizações.

Na seara criminal, tal processo é ainda mais intenso, porque o povo, os leigos, sentem no dia-a-dia a ineficácia de certos preceitos sancionadores, bem como a injustificável ausência de outros despenalizadores. Não há outro ramo de Direito em que o sabor desagradável dos “temperos” mal combinados, jogados e ingeridos pelo povo, sem critérios ou métodos, faça surgir sensação tão repugnante, de forma tão iminente, como no Direito Penal. O reflexo é quase que imediato, mesmo àqueles que desconhecem, tecnicamente, o complexo mundo das leis e de suas constantes abrogações, revogações e derrogações. A “indigestão” inevitavelmente os atacará e, quase que fisiologicamente, saberão reconhecê-la.

* O autor é advogado em São Paulo, mestrando em Direito Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor colaborador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito Mackenzie.

Fechar os olhos para práticas abortivas clandestinas, realizadas com atecnia e como solução contraceptiva, pondo em perigo a vida das gestantes, é algo que, de fato, devemos nos envergonhar. Todavia, desconsiderar os preceitos penais autorizadores dessas condutas lícitas, nos exatos termos legais, é renegar a própria existência de um Estado Democrático de Direito, em que o respeito às leis que dele emanam é tão importante quanto a própria viabilização desses veículos de justiça social. Infelizmente, não é o que se tem notado.

Além da inexistência, salvo nobres privilégios, de uma política clara de implementação dessas exceções legais, ainda há os que, já em cristalino descompasso com a realidade de 1940, ainda as questionam, talvez porque seja mais fácil reconhecer a ineficiência Estatal do que “colocar a mão na massa” e efetivar um direito da mulher (a sua dignidade), que já foi reconhecido em vários diplomas legais do planeta tais como a Constituição Federal do Brasil, a Convenção Internacional de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, entre outros.

O Código Penal de 1940, em vigência até os dias de hoje, adota uma concepção restritiva para o abortamento. Como se sabe, pune o auto-aborto e o aborto consentido (artigo 124), como também o aborto sem o consentimento da gestante, pelo seu artigo 125, que define como equivalente ao provocado sem o consentimento aquele aborto que ocorrer com o consentimento da menor não maior de 14 anos, alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. É o chamado “dissentimento presumido”, nos casos de alienação mental, debilidade mental e idade não maior que 14 anos. Nos demais casos, fala-se em “dissentimento real”.

Pelo artigo 126, pune-se o aborto com o consentimento da gestante. O artigo 127 trata da forma majorada, aumentando em 1/3 as penas previstas nos artigos 126 e 125, caso a gestante, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, sofra lesão corporal de natureza grave. Tais penas são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevem a morte.

O Artigo 128, por sua vez, traz causas excludentes da antijuridicidade. Prevê o aborto necessário, isentando o autor caso não haja outro meio para salvar a vida da gestante. Prevê também o aborto sentimental, quando a gravidez tem origem criminosa, pois resultante de estupro. Neste último caso, é necessário o consentimento da gestante.

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando, necessariamente, sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de expulsá-lo. Não deixará de haver, no caso, aborto.

Preferem alguns o termo *abortamento* para a intitulação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Contudo, o *Anteprojeto* não modificou a nomenclatura. Talvez não o tenha

alterado por considerar que o termo legal – aborto – está no gênio da língua, que dá preferências às formas contraídas, ou por ele ser de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, e, finalmente, talvez porque, nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto.

Com relação ao auto-aborto, ou aborto com consentimento da gestante, o atual artigo 124 prevê pena de detenção de um a três anos. Já o *Anteprojeto*, a fim de amenizar o tratamento penal às gestantes que praticam o aborto, diminuiu a sanção para seis meses a dois anos de detenção. E o legislador ainda inovou, permitindo ao juiz, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. O *Anteprojeto* traz, assim, uma nova hipótese de perdão judicial para o caso de auto-aborto ou abortamento com consentimento da gestante. Esta causa de extinção de punibilidade é inexistente na legislação em vigor.

Outra questão interessante se infere da análise das penas consagradas pelo *Anteprojeto* ao aborto consensual provocado por terceiro e aquele provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. A pena do aborto provocado com o consentimento da gestante, para o autor das manobras abortivas (evidente que não para a gestante, que estará incurso no dispositivo próprio, dada a exceção à teoria monista), que é de reclusão de um a quatro anos, foi atenuada para detenção de um a quatro anos. Contudo, o aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante, se por um lado teve a pena máxima abrandada para oito anos de reclusão (atualmente são dez anos), teve a pena mínima majorada de três para quatro anos de reclusão. Ora, como é sabido, dificilmente os magistrados aplicam a pena máxima a um crime, ainda mais quando se trata de delitos desta natureza. Assim, a alteração prática substancial deve-se ao mínimo legal, que foi majorado em um ano.

Concluindo, em linhas gerais: o efeito penal para quem pratica aborto sem o consentimento da gestante é mais severo no *Anteprojeto*. Porém, se o aborto for consentido, as penas são mais benéficas, tanto para quem praticar as manobras abortivas quanto para a própria gestante, quando ela mesma não as fizer. Fica claro, portanto, o respeito que o legislador atribuiu à vontade da gestante em não ter o filho. Se não descriminaliza totalmente tal atitude, pelo menos abranda penalmente as circunstâncias em que a mulher grávida não quer dar à luz a criança.

O *Anteprojeto* também apresenta alterações nos casos de lesões graves ou morte, praticadas a título de preterdolo. Na atual legislação, as penas devem ser acrescidas de 1/3, no primeiro caso, e duplicadas, no segundo (não se aplicam ao auto-aborto). A nova legislação em discussão manda aplicar, porém, além da pena correspondente ao aborto, também a da lesão culposa ou do homicídio culposo, o que, faticamente, verificar-se-á, também, em situação mais favorável ao agente.

No aborto praticado por terceiro, o *Anteprojeto* apresenta uma causa de aumento de pena não prevista atualmente, que é o aumento até a metade caso o crime tenha sido praticado com o fim de lucro (artigo 125, parágrafo único).

Outra alteração merecedora de apontamento foi a supressão, no *Anteprojeto*, da previsão de dissentimento da vítima pelo parágrafo único do artigo 126 do

Código Penal, ou seja, o presumido, nos casos em que a vítima não for maior de 14 anos, alienada ou débil mental, ou o real, quando o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Resta saber, então, como as questões resolver-se-ão quando o consentimento da gestante for obtido nessas condições. Na verdade, o entrave residirá na primeira hipótese, uma vez que, nos demais casos (alienação mental, fraude, grave ameaça ou violência), deveremos desconsiderar o assentimento. Mas, e quando este for dado pela gestante menor de 14 anos? De fato, *data venia*, a supressão do referido artigo poderia ter sido evitada.

O *Anteprojeto* encerrou uma celeuma que trazia divergências doutrinárias: o atual artigo 128 é uma excludente de ilicitude ou se trata de uma excludente de punibilidade?

Se fizermos uma interpretação literal do *caput* do artigo 128 do Código Penal, que atinge os incisos I e II, evidenciaremos tratar-se de uma excludente de punibilidade, uma vez que a própria cabeça do artigo é clara ao dizer que “não se pune...” Estaria, portanto, cuidando das escusas absolutórias, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que a ela se relaciona. Trata-se de causas que impedem a imposição da pena, consagrando uma impunidade, não obstante a existência de uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Ocorre que os doutrinadores em geral, ao explanarem sobre o artigo 128 do Código Penal, o fazem considerando-o como acolhedor de causas excludentes de ilicitude, pelo menos com relação ao inciso I, em que fica caracterizado claramente o estado de necessidade. Na verdade, no entendimento de alguns juriconsultos, tal inciso é absolutamente prescindível, ante a disposição geral do artigo 24 do Código Penal.

De qualquer forma, quando trata do assunto, o *Anteprojeto* agora inclui todas as hipóteses na rubrica “Exclusão de ilicitude”. E mais: no *caput* do seu artigo 127, não deixando quaisquer dúvidas, dispõe “*Não constitui crime o aborto...*” (grifo nosso).

Destarte, a legislação em estudo merece cuidadosa atenção em seu artigo 127, em que se amplia a extensão do aborto legal, em razão de modificações nas hipóteses já contempladas. Vejamos.

O aborto necessário, consoante previsto no Código, só é permitido quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, pela lei presente, subsiste o delito quando provocado a fim de preservar simplesmente a sua saúde. Diferentemente, o *Anteprojeto* abarcou também a hipótese “para preservar de grave e irreversível dano à saúde da gestante”. Haverá, como efeito, alargamento considerável dos casos que se subsumirão ao novo texto.

Restará saber, contudo, se esta previsão atingirá qualquer agente que pratique o aborto, com alegação da excludente genérica do estado de necessidade, ou se endereçada somente aos médicos, conforme preceitua a cabeça do artigo. Dada a complexidade técnica para se mensurar a prejudicialidade da gravidez à saúde da gestante, pelo menos neste particular, não nos parece viável tal alegação por parte de uma pessoa que não seja médico, não sendo lícito a aplicação da excludente a quem não tenha a especial qualidade exigida.

O Código Penal de 1940, ao tratar do aborto humanitário, refere-se tão somente à gravidez resultante de estupro, de modo que, se resultar gravidez de atentado violento ao pudor, a solução é absolver o sujeito por delito de aborto, aplicando-se a analogia *in bonam partem*. A omissão foi corrigida no *Anteprojeto*, pois haverá exclusão de ilicitude se a gravidez resultar da prática de crime contra a liberdade sexual.

O *Anteprojeto* incluiu um outro caso de exclusão da ilicitude: o chamado aborto piedoso, definido pela norma quando “há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável”. Da mesma forma que no homicídio eutanásico, previsto no *Anteprojeto*, o tipo é plurissubjetivo: ao concurso do médico que atesta, soma-se o do médico que realiza as práticas abortivas.

Certamente, o ponto mais polêmico do *Anteprojeto* diz respeito a este aborto eugenésico. Nosso Código não prevê a excludente de ilicitude ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves e irreversíveis. Há décadas, surgiu o problema do nascimento de crianças com graves deformações em decorrência da ingestão, pela gestante, da *thalidomide*. O mestre Basileu Garcia já anotou a respeito: “Se há um caso característico de abortamento eugênico em que a punição seria desaconselhada pela piedade, esse é o trazido a debate pela *Thalidomide*”.¹

Hodiernamente, já há forte tendência à descriminalização do aborto eugenésico em hipóteses específicas, como acefalia (ausência de cérebro), agnesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau, casos em que, aliás, inúmeros alvarás judiciais já foram concedidos, com o argumento de que a vida extra-uterina é cientificamente inviável.

Desse modo, o *Anteprojeto* traz a referida exclusão de antijuridicidade como medida socialmente adequada. Porém, é de se constatar que a legislação, quando efetivada e posta à discussão da sociedade, tinha ido além. Não previu como excludente somente os casos em que a vida extra-uterina fosse inviável, mas a todas as hipóteses em que o “nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”.

O problema residia, contudo, na aferição dessas anomalias. Um feto portador da Síndrome de Down, por exemplo, poderia ser enquadrado no artigo? Não há dúvidas de que, pelos padrões médicos atuais, ele apresentaria séria anomalia mental irreversível. Aí estava o perigo! Tal artigo poderia ser invocado para justificar abortos de crianças que, apesar de certa deficiência congênita, não teriam grandes dificuldades em sobreviver, levando uma vida normal, apesar das restrições próprias de sua deficiência. Ora, um feto que nasça sem uma perna, por exemplo, também possui grave e irreversível anomalia física, mas nem por isso, sob nossa ótica, estaria autorizado o seu abortamento.

¹ GARCIA, Basileu. *Thalidomide e abortamento*. São Paulo: RT, p.324-9.

RODRIGO FELBERG

Com base nesse raciocínio, para evitar esse temível precedente, teríamos que interpretar o dispositivo legal nos moldes que havia sido elaborado, equiparando o termo “grave” à impossibilidade de sobrevivência extra-uterina. Assim, se a anomalia física ou mental, detectada durante a gravidez, acarretasse a impossibilidade de sobrevivência extra-uterina, desde que atestada por dois outros médicos, estaríamos diante de mais uma hipótese legal de abortamento.

Após as críticas traçadas, houve, então, sensata correção do texto em pauta, restringindo-o somente aos casos em que as anomalias graves e irreversíveis tornem “inviável” o nascituro. Verifica-se, portanto, que, no tocante à ampliação do aborto legal como resultado final, nada mais houve do que se legalizar o que já há muito se notava na prática. É o tal respaldo social a que nos referimos nos parágrafos iniciais e que toda legislação séria deveria atender.