

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO FERRARI LUCASKI

**ANÁLISE DO CRIME DE ABORTO NO CONTEXTO SOCIOJURÍDICO
BRASILEIRO**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO FERRARI LUCASKI

ANÁLISE DO CRIME DE ABORTO

NO CONTEXTO SOCIOJURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Professor Doutor André Peixoto de Souza.

CURITIBA

2017

RESUMO

O presente trabalho visa adentrar em todas questões concernentes à disciplinação do aborto em nosso ordenamento jurídico.

Tais questões, por interferirem nos mais diversos aspectos da vida social, são muitas vezes tomadas como pauta de bandeira política, como solução de diversos problemas sociais como a criminalidade e a saúde pública e como pauta de movimentos de defesa dos direitos da mulher.

Sua legalização norteia o debate público de forma recorrente, contudo uma solução acerca da natureza e legalidade do ato está longe de ser alcançada. Deste modo, faz-se necessária um investigação sobre os fundamentos de tal instituto, desde sua definição, suas implicações, e de que forma o tema é tratado por ciências de outras naturezas, como as biológicas.

Ademais, o aborto envolve uma série de minuciosidades doutrinárias, o que confere uma grande complexidade na aplicação da lei no caso concreto, sendo constante nesse trabalho, um diálogo entre inúmeras produções doutrinárias acerca do tema.

Não estando restrito a esfera legal, promove uma constantemente uma cisão política na sociedade: se por um lado é objeto de pauta de movimentos de proteção a mulher, por outro, gera revolta ao ser marcado por pol micas decisões judiciais, como a que legaliza o aborto em casos de anencefalia.

Em suma, nas páginas seguintes serão explicitadas as principais nuances que perpassam o tema de forma a deixá-lo tão complexo bem como trazer uma abordagem completa de como este vem sendo tratado na legislação brasileira.

PALAVRAS CHAVES: Vida. Interrupção da gravidez. Dignidade da Pessoa Humana. Aborto.

ABSTRACT

This paper aims to analyze all issues concerning the discipline of abortion in our legal system.

These issues, as they interferes in several aspects of social life, are often taken as a political banner, as a solution to various social problems such as crime and public health and as a subject of women's rights movements agenda.

Its legalization guides public debate recurrently, however a solution to the nature and legality of the act is far from being achieved. Thus, it is necessary to investigate the foundations of this institute, like its definition, its implications, and how the matter is treated by other sciences, such as biological ones.

In addition, abortion involves a series of doctrinal particularities which confers a great complexity in the application of the law in the concrete case, being constant in this work a dialogue between numerous doctrinal productions about the theme.

Not being restricted to the legal sphere, it constantly promotes a political division in society: if on the one hand it is the subject of protection movements for women, on the other it generates revolt when it is marked by controversial judicial decisions, such as that legalizes abortion in cases of anencephaly.

In short, the following pages will explain the main nuances that permeate the theme in order to make it so complex as well as to bring a complete approach to how it has been treated in Brazilian legislation.

KEYWORDS: Life. Interruption of pregnancy. Dignity of Human Person. Abortion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 ABORTO – DEFINIÇÃO.....	08
3 INÍCIO DA VIDA – DIREITO.....	10
4. INICIO DA VIDA – MEDICINA.....	13
5. ABORTO: UM PROBLEMA SOCIOECONÔMICO.....	17
6. CRIME DE ABORTO.....	19
6.1. TIPO OBJETIVO.....	19
6.2. OBJETO.....	21
6.3. SUJEITO.....	23
6.4. ELEMENTO SUBJETIVO.....	25
6.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	27
6.6. ABORTO – FORMA MAJORADA.....	30
6.7. ABORTO LEGAL – EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	32
7. ABORTO EM CASO DE ESTUPRO.....	35
8. ABORTO DO CASO DE FETOS ANENCÉFALOS.....	39
5. CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um tema extremamente presente nos meios de comunicação, nos movimentos políticos, e amplamente debatido nos mais diversos meios sociais, faz-se importante constantes atualizações e novas pesquisas sobre o assunto, uma vez que ainda não haja consenso sobre todos os problemas que envolvem a prática, cabe ao profissional, independentemente da área, buscar uma constante atualização de como o tema tem sido encarado nas mais diversas ciências, seja na sociologia, direito ou medicina.

Sua complexidade se dá, principalmente, por envolver valores muito caros à consciência coletiva, num eterno confronto: de um lado a vida de um embrião e, de outro, a liberdade individual e o bem-estar da mulher. Ora, como se não bastasse o conflito de princípios, os conceitos neste instituto são ainda frágeis, mal definidos e abrem margem para inúmeras interpretações e teorias.

É natural que hajam demandas de proteção sobre a vida humana, contudo a problemática se insere numa etapa anterior a essa: é o feto uma vida? Quais as ferramentas que hoje o ser humano dispõe para elucidar a questão? A medicina é unânime em se pronunciar sobre o assunto? E se for, o ordenamento jurídico trata o assunto de maneira harmoniosa com as demais ciências?

Ainda que sejam possíveis inúmeras discussões sobre a natureza filosófica do fenômeno da vida, não é este o escopo do presente trabalho. Daremos um enfoque a abordagem jurídica sobre o assunto, contudo não os efeitos surtidos na sociedade bem como o pronunciamento de ciências mais técnicas sobre o assunto não serão negligenciado.

Se já em sua gênese o aborto é objeto de controvérsias, a sua disciplina no caso concreto não deixa de ser também problemática. Qual a diferença entre um aborto, um infanticídio e um homicídio? É clara a zona limítrofe de entre esses diferentes tipos penais? Como encarar casos em que o procedimento abortivo utiliza uma substância que, ao invés de eliminar o feto enquanto ainda no ventre materno, manifesta seus efeitos na criança após está ter nascido, fazendo-a vir a falecer?

Ademais, é inegável o lastro político de tal tratamento e, para tanto, analisaremos notícias recentes sobre o assunto, principalmente no que diz respeito a casos mais emblemáticos.

Reservaremos, para tanto, um capítulo para tratarmos do polêmico aborto em caso de estupro, quais as suas justificativas e legitimidade, de que forma a doutrina o encara e qual o atual panorama desta prática no Sistema Público de Saúde. Aliás, contaremos também com um capítulo tratando, ainda que de forma breve, os principais efeitos do aborto quanto a saúde da mulher e sociedade, demonstrando inclusive a influência da prática no fenômeno da criminalidade.

A recente polêmica sobre o tratamento jurídico dado aos fetos anencéfalos também será tratada, trazendo o posicionamento do STF , seus fundamentos, bem como as posteriores manifestações do Conselho Federal de Medicina a respeito. Estaria a comunidade médica e suas resoluções de acordo com a histórica decisão?

Trataremos de todos esses assuntos de maneira prática, objetiva e simples, conferindo ao texto principalmente um caráter didático e informativo a respeito do assunto, proporcionando um compilado de informações atualizadas sobre o ordenamento jurídico brasileiro e suas tendências no tratamentos deste tão recorrente tema que é a interrupção da gravidez.

2. ABORTO – DEFINIÇÃO

Inicialmente, cabe definirmos – de maneira ao menos satisfatória – o objeto de nossa investigação, para que não restem dúvidas acerca da abrangência do tema e de suas implicações.

Segundo o Dicionário Aurélio Aurélio online:

Aborto: Expulsão de um feto ou embrião por morte fetal, antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno. 2 - Produto dessa expulsão. 3 - Coisa ou resultado desfavorável ou imperfeito. 4 - Fenômeno estranho ou raro. 5 - Pessoa ou coisa considerada disforme.¹

Não suficiente uma definição dentro das linguagens naturais, partamos para concepções jurídicas acerca do tema. Segundo Jesus: “abortamento é o ato pelo qual a mulher ou terceiro expulsa, sob forma prematura, e às vezes de forma violenta, o produto da concepção. Aborto é quando o feto é simplesmente expulso do ventre materno de forma natural”².¹¹⁹

Percebe-se aí uma variável terminológica em nosso objeto: “abortamento”. A princípio, poderia ser considerada sinônimo de aborto, contudo, é interessante observarmos que isso não é pacífico na doutrina – principalmente nas mais antigas – , possuindo essa distinção amparo inclusive em alguns dicionários de língua portuguesa, como por exemplo, de acordo com Luft³: “Aborto. Do latim abortu. Ato ou efeito de abortar; parto prematuro; produto desse parto; produção imperfeita; anomalia; coisa monstruosa; malogro, fracasso.” Ademais: “Abortar. Médico: Dar à luz antes do término da gestação; não ter êxito; produzir antes do tempo”.

Conforme Acquaviva:

“Abortamento: Do latim abortu, abortare: ab = privação + ortus =nascimento, vale dizer, impedir o nascimento. É a interrupção do processo da gestação, resultando na morte do feto. Não se deve confundir abortamento e aborto, pois este é, simplesmente, o feto expulso do ventre materno. Sendo que para a caracterização do delito de abortamento é preciso haver comprovação de gravidez preexistente. (grifo nosso).”⁴

1 Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em <<<https://dicionariodoaurelio.com/aborto>>>. Acesso em 01/07/2017.

2 JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 119.

3 FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marquês. Dicionário Brasileiro Globo. 32ª ed. São Paulo: Globo, 1993.

Seria, pois, o “abortamento” termo responsável por determinar o que hoje entendemos como “aborto”, ou seja, a interrupção do processo de gestação, enquanto que então o termo “aborto” consistiria na mera expulsão do feto do ventre da mãe, como nos casos de parto prematuro, por exemplo.

A despeito de tais divergências e minuciosidades conceituais, definamos pois, para efeitos práticos de nossa investigação, “aborto” como sinônimo de “abortamento” e para isso, utilizemos das seguintes definições, respaldadas por grandes juristas e, com certeza mais que suficientes para compreensão do tema:

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete :

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto 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 sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.⁵

Por fim, segundo os ensinamentos de Ney Moura Teles:

Aborto é a interrupção da gravidez com a Morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, é o processo de formação do ser humano, que termina com o início do parto. A gravidez pode ser interrompida antes de chegar a termo naturalmente ou por provocação cirúrgica em que ocorra a Morte do ser humano em formação – parto cesariano. Quando a gravidez é interrompida, disso resultante a Morte do feto, há Aborto ou abortamento.⁶

Fica, assim, pacificado o conhecimento acerca dos limites da definição do tema exposto, não havendo, nas páginas seguintes, diferença entre o termos “aborto” e “abortamento”.

Por outro lado, ainda existem alguns problemas conceituais que necessitam elucidação. Uma vez que é por diversas vezes utilizada as palavras “feto” e “embrião”, é necessário que entendamos do que esta se tratam, e quais as suas naturezas. Mirabete, por exemplo, utiliza a palavra “morte” para explicar o aborto de um feto. Seria, pois, correto inferirmos que um feto necessariamente consiste em uma vida? Ou melhor, uma pessoa humana, dotada de direitos e deveres?

4 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico de Direito. São Paulo: Ed. Jurídica. Brasileira. 1999, p. 19.

5 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2, p. 262

6 TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial, arts. 121 a 212. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.129.

3. INÍCIO DA VIDA – DIREITO

Começemos no âmbito jurídico. Segundo o Art. 2º do Código Civil Brasileiro⁷: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ora, uma vez que a lei se preocupa em resguardar os direitos do nascituro “desde a concepção” fica, pois, claro, que o legislador optou por uma teoria concepcionista, surgindo a vida no momento em que há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Esse pelo menos foi entendimento adotado pelo STJ, em julgamento recente (informativo 547/2014) o qual tratava sobre o direito de receber o seguro DPVAT em função de aborto sofrido por acidente de trânsito. O benefício fora deferido e, segundo o Ministro Relator Ministro Luis Felipe Salomão:

“o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”⁸

Até porque, ainda que invoque-se o Código Civil como dotado da teoria “natalista” essa não parece apropriada, visto que muito antes do parto o nascituro já tem seus direitos assegurados e, nas palavras de Flávio Tartuce:

“a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”.⁹

De resto, no ordenamento jurídico brasileiro não há maiores dispositivos legais a fim de se ter uma definição mais clara sobre o assunto – a não ser alguns atos administrativos normativos, cujo tratamento aqui seria irrelevante para o objetivo da discussão – tratando-a em certos casos de forma totalmente diversa, conforme veremos a seguir:

7 BRASIL. Código de Direito Penal. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 05/07/2017.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27>>. Acessado em: 01/07/2017.

9 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

São comumente adotados como método contraceptivos o DIU (dispositivo intrauterino) bem como a pílula do dia seguinte. O primeiro, através da liberação de substâncias como hormônios (no caso do DIU hormonal) ou cobre (no caso do DIU de cobre) impede a fixação do ovo na parede do útero.¹⁰

Ora, se o DIU vem a impedir a gravidez em momentos posteriores a fecundação, ele seria, portanto, abortivo, e quem dele fizesse uso incorreria em um tipo penal. Segundo o Código Penal Brasileiro¹¹: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.”

Por outro lado, uma vez que o uso do Diu não foi criminalizado em nosso ordenamento, infere-se que a vida é tutelada apenas após a fixação (nidação) do zigoto na parede uterina, partindo, pois de uma teoria nidalista.

Cabe-nos aqui um paralelo: segundo Capez, essa aparente contradição deve ser encarada da seguinte forma:

“No chamado Dispositivo Intrauterino, mais conhecido como DIU, há que atentar para o seguinte detalhe: existem dois sistemas. O primeiro atua sobre o óvulo já fecundado, impedindo a sua fixação no útero, enquanto o segundo, mais moderno, atua bem antes, inviabilizando a própria fecundação. Na primeira hipótese, como já existe vida, poder-se-ia falar em crime de aborto? Entendemos que não. Houve interrupção da vida, é verdade. Entretanto, o uso do mencionado dispositivo é permitido por lei, estando amparado pelo exercício regular do direito, causa de exclusão da ilicitude, a qual, como o próprio nome já indica, exclui o crime (CP, art. 23, III, parte final).”¹²

Infere-se, pois, por meio de uma interpretação sistemática das normas penais, que não vedam o uso do DIU e de métodos contraceptivos que impedem a fixação do zigoto no útero que, penalmente, o ser humano só é considerado a partir da nidação, da fixação do embrião no útero.

Nesse sentido é o raciocínio de Greco, ao afirmar que para efeito penais a vida só adquire relevância após a nidação:

10 MONIZ, Priscilla. Métodos Contraceptivos. Educação. Biologia. Globo. Disponível em <<<http://educacao.globo.com/biologia/assunto/fisiologia-humana/metodos-contraceptivos.html>>> Acesso em 25/06/2017.

11 BRASIL. Código de Direito Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 05/07/2017.

12 CAPEZ. Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.132.

“Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação.”¹³

Até o momento, é inegável a falta de consenso dentro das ciências jurídicas em relação ao tema: no direito brasileiro, a princípio, o disposto no Código Civil nos leva a uma teoria Concepcionista, afinal, conforme Venosa, o nascituro já tem seus direitos assegurados, não se tratando de mera expectativa de direito:

“O nascituro é um ente já concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual. Isso faz pensar na noção do direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento e ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condições suspensivas.”¹⁴

Por outro lado, no Direito Penal revela-se mais adequado uma teoria que defenda o início da vida a partir da nidação, de modo a evitar a criminalização de certas práticas conceptivas bem como métodos de pesquisa que interrompam o desenvolvimento do zigoto sem que este venha a se fixar na parede de algum útero.

Diante não só da falta de consenso, mas também do fato que não é objeto do Direito, enquanto ciência, não nos proporcionar uma investigação mais aprofundada sobre o início da vida enquanto fenômeno, nos voltemos então às ciências biológicas, as quais eventualmente, com argumentos mais técnicos e específicos, possam nos ajudar a chegarmos num consenso. Conforme Scarlett:

“Assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando se inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional.”¹⁵

13 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 234.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 1 v, p. 161.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004, p.89

4. INICIO DA VIDA – MEDICINA

Segundo Nunes e Oliveira¹⁶, é escopo das ciências jurídicas a regulação da incessante dinâmica social, trazendo respostas para contenciosas e difíceis questões, como as que envolvem a vida e todas as suas respectivas implicações. Enquanto em sociedade, o homem recebe a tutela do ordenamento ao se relacionar com os demais indivíduos, sendo-lhes atribuído tantos direitos como obrigações. É em meio a este panorama que emerge a noção de “sujeito de direito”, aquele que que porta o direito subjetivo bem como as faculdades e os deveres jurídicos.

E, para que o “sujeito de direito” tenha sua “vida” tutelada de forma justa, o direito se obriga a discutir o assunto, em suas mais variadas teorias científicas, a fim de que sejam consideradas de modo que, para o objeto de nossa discussão, as hipóteses científicas sobre o surgimento da vida humana sejam reavaliadas e observadas também sob uma ótica social e jurídica, pois, a forma que assumirá a tutela de tal bem surtirá efeitos em toda a coletividade.¹⁷

Diante da multiplicidade de teorias sobre o início da vida, mesmo dentro da medicina, não há como tomar uma ou outra como absoluta ou “mais correta”: em suas diversas abordagens, passam a se mostrar como maneiras diferentes de se encarar um mesmo fenômeno e, deste modo, ainda que sem a pretensão de exaurimento da questão, é possível, segundo Muto e Narloch¹⁸, elencarmos 5 teorias científicas diversas:

Diante de uma análise mais geneticista, a vida humana teria seu início no momento exato da fecundação, quando os gametas feminino e masculino se unem e combinam seus respectivos materiais genéticos para a formação de um novo indivíduo portador de um arranjo genético único. Como bem explica Sadler¹⁹, o

16 NUNES, Clarissa Barbosa; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Uma reflexão sobre o problema do início da personalidade jurídica. Revista Direito e liberdade. Rio Grande do Norte, 2009, p. 28.

17 EGRE, Marco. Aspectos éticos e filosóficos da clonagem. Ciência e Cultura, núcleo temático: clonagem, 2004, p. 42-44.

18 MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005, disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em 01-07-2017.

19 SADLER, Thomas William. Langman: embriologia médica. Tradutor Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p.3.

indivíduo tem o início de seu desenvolvimento com a fertilização, na qual o espermatozoide fecunda o óvulo e disso resulta o zigoto.

E, o zigoto, enquanto resultado da soma dos gametas, consiste em uma única célula com um genoma único, que o torna geneticamente diferente tanto das células do pai como da mãe²⁰.

Entretanto, está longe de ser consensual que tal teoria reivindique para si a solução do assunto, afinal, existe uma série de argumentos que a fragilizam. A começar, pelo fato de que a maior parte dos zigotos não se fixa na parede do útero e, assim, haveria uma enorme quantidade de “vidas” sendo abortadas espontaneamente. Ademais antes da fase da “gastrulação” não existe individualização dos tecidos, e não se pode falar em “pessoa”, uma vez que um único zigoto pode dar origem a mais de um indivíduo (gêmeos monozigóticos) e, ainda que se afirme que um “zigoto” é um indivíduo em “potência”, é necessário ressaltar que seu processo de desenvolvimento não é autônomo e necessita de muitos fatores exógenos, e só passa a possuir suas características de formação física/fisiológica com seis a 8 semanas²¹.

Nesse sentido, sob uma ótica embriológica, a vida estaria então relacionada com a especificação dos tecidos, que se inicia com a fase da gastrulação (a partir da terceira semana de gestação), na qual começam a se formar os três folhetos embrionários (endoderme, mesoderme e ectoderme) que posteriormente darão origem a todos os órgãos do novo organismo²². A vida, por esse raciocínio, depende de sua individualização enquanto pessoa e isso só ocorre depois da gástrula, pois antes desta fase é possível a formação de vários indivíduos.

Por outro lado, é também possível uma visão neurológica, segundo a qual o mesmo critério para o fim da vida equivaleria para o seu início: a atividade cerebral. Porém tal teoria apresenta em si mesma alguns problemas metodológicos. Hoje, não existe consenso na comunidade científica sobre quando se dá o início da atividade

20 SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B.; BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. [Revisão científica: Andréa Monte Alto Costa; Tradução: Adriana Paulino Nascimento et al] Larsen embriologia humana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 7.

21 MÚNERA, Alberto. Concepciones alternativas sobre sexualidade, reproducción, anticoncepción y aborto. Montevideo, [s.n.], 1993, p. 10-13.

22 MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005, disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em 01-07-2017.

cerebral, alguns cientistas afirmam que isso ocorre já na oitava semana, outros, na vigésima.²³

Diante deste contexto, podemos citar uma recente pesquisa canadense da McGill University que descobriu que, um cérebro mesmo estando “acordado” pode manifestar padrões de funcionamento de um cérebro “adormecido”, já que existem mecanismo de acionamento e desligamento do cérebro conforme a presença ou ausência de estímulos externos e, essa alternância de estados em um embrião ocorre apenas nos últimos 20% do período gestacional. Antes, a atividade cerebral do embrião se assemelha a de uma pessoa em coma. Por fim, o estudo constata que nos últimos 30% do período gestacional o cérebro começa a permitir que suas áreas individualizadas passe a agir em coordenação para o desempenho de funções mais complexas.

Destaca-se ainda que, ainda segundo este estudo, foi descoberto que mesmo o cérebro estando acordado ele apresenta padrões de funcionamento de um cérebro adormecido em alguns momentos²⁴.

Em função disso, torna-se bastante frágil a adoção de tal teoria, tendo em vista suas imprecisões e, assim, a estipulação de valores exatos para o início da vida sob sua ótica consistiriam em meras arbitrariedades tendo em vista a falta de consenso da comunidade científica.

Sob outra perspectiva, sem sair do campo das ciências biológicas porém talvez não sob o escopo da medicina mas da biologia, podemos encarar o início da vida enquanto sua existência e autossuficiência fora do organismo da mãe, perante o ecossistema. Nesse sentido, seria levado em conta a capacidade de sobrevivência do indivíduo fora do útero da mãe, e tal independência, segundo cientistas, se daria apenas com pulmões já prontos (entre a 20^a e a 24^a semana de gestação). Esse,

23 MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005, disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em 01-07-2017.

24 BALABAN, Evan; DESCO, Manuel; VAQUERO, Juan-José. Waking-like brain function in embryos. Estados Unidos da América (EUA): Current Biology, maio de 2012, p. 852-861. Disponível em: [http://ac.els-
dn.com/S096098221200317X/1-s2.0-S096098221200317X-main.pdf?_tid=ac511262-3a24-11e2-9ebf-00000aab0f27&acdnat=1354194175_10003080b804d00e5_021c4e56581e063](http://ac.els-
dn.com/S096098221200317X/1-s2.0-S096098221200317X-main.pdf?_tid=ac511262-3a24-11e2-9ebf-00000aab0f27&acdnat=1354194175_10003080b804d00e5_021c4e56581e063). Acesso em: 21 de out. de 2012, p. 858.

inclusive, foi o critério utilizado por uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos autorizando o direito ao aborto²⁵.

Se nem mesmo nas especificidades de uma arte de cunho técnico não obtivemos as respostas necessárias, voltemos a analisar o a vida enquanto fenômeno social. As razões por trás de sua interrupção bem como suas implicações perante a coletividade e de que forma isso é encarado em nosso ordenamento jurídico, bem como as consequências sociais que dele emanam.

25 United States Supreme Court ROE v. WADE, (1973) No. 70-18 Argued: December 13, 1971 Decided: January 22, 1973. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em 15/07/2017.

5. ABORTO: UM PROBLEMA SOCIOECONÔMICO

A discussão sobre o aborto está longe de ter seus efeitos restritos a esfera individual de quem o pratica. Uma vez proibido, inúmeras mulheres grávidas não veem outra alternativa para se livrar da gravidez senão por clínicas clandestinas. Em tais ambientes, acabam possuindo acesso a métodos poucos recomendados, bem como sistemas de segurança que não estão sujeitos a nenhuma espécie de fiscalização e regulação, o que pode levar a mulher a ter sérios problemas de saúde, correndo inclusive risco de morte.

Segundo matéria publicada no site oficial das Nações Unidas²⁶ mencionando um estudo realizado Organização Mundial da Saúde (OMS) e Instituto Guttmacher, entre os anos de 2010 e 2014 aconteceram anualmente, no mundo, mais de 25 milhões de abortos inseguros (45% de todos os abortos realizados). E, conforme reportagem do Estadão²⁷, segundo dados do Ministério da Saúde, 4 mulheres morrem diariamente em razão de complicações proveniente de métodos inseguros, uma vez que, quando legalizado e regulamentado, a prática abortiva provoca 0,5 mortes a cada 100 mil abortos e, tal estatística chega a praticamente zero quando a este é provocado até a décima semana de gravidez.

Em razão desta realidade, não raro encontramos posicionamentos doutrinários defendendo a legalização e regulamentação da prática, o que preservaria muitas vidas.

Há quem ache que seria legítima uma atitude pró-aborto baseado em necessidades de caráter social, econômico e político, como o perigo de explosão demográfica ou superpopulação, risco de uma humanidade faminta e a existência de mulheres de baixa renda, que se socorrem do aborto clandestino sem qualquer garantia de higiene, arriscando sua vida, pois as mais favorecidas economicamente podem contratar serviços abortivos seguros. Diante de tudo isso, entendem que só haverá um meio para solucionar tantos problemas: a legalização do aborto par todos os casos. Assim, pretendem proteger a humanidade marginalizada ou mais carente, assegurando sua vida e saúde.²⁸

26 OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Publicado em 28/09/2017. Acesso em 30/09/2017.

27 FORMENTI, Lídia. Diariamente, 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações do aborto. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>>. Acesso em 30/09/2017.

28 DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 5a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 35.

Ademais, segundo estudo publicado pela Fundação Getúlio Vargas²⁹, existe uma forte relação entre a legalização do aborto e a redução de problemas sociais no que diz respeito a criminalidade. Tal fora o caso dos Estados Unidos, que durante a década de 90, após decisão da Suprema Corte que legalizou o aborto, experimentou uma queda de mais de 30% em crimes contra o patrimônio e de mais de 40% na taxa de homicídio.

Tal estudo também relaciona que fatores relacionados ao ambiente de criação de uma criança estão intimamente relacionados a sua propensão a cometer ilícitos: enquanto cerca de 67% dos adolescentes paulistas moram no mesmo domicílio com os pais, quando analisados os adolescentes da Febem (atual Fundação Casa) apenas 23% dos internos viviam juntos de seus pais. E mesmo no que diz respeito a famílias de baixa renda (renda familiar per capita inferior R\$100,00) uma grande discrepância de valores permanece (46% dos adolescentes em liberdade versus 23% em relação aos da Fundação Casa).

Nesse mesmo sentido discorre Maria Helena Diniz:

Deveras o crescimento populacional e a fome constituem um problema bastante atual, mas seria a legislação do aborto imprescindível para atender as necessidades sociais de modo mais justo, preocupando-se com camada populacional carente e eliminando o problema da alimentação mundial?³⁰

Desse modo, a legalização do aborto contribuiria não apenas para a saúde e bem-estar da mulher como também, influenciaria significativamente em diversos tecidos sociais, contribuindo para o controle demográfico e evitando o nascimento de crianças indesejadas, o afetaria diretamente o número de crianças com criação inadequada e alta propensão ao ingresso na criminalidade.

29 HARTUN, Gabriel Chequer. Ensaio em Demografia e Criminalidade. Escola de Pós-Graduação em Economia – EPGE - Fundação Getulio Vargas. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6616/Tese%20de%20Doutorado %20-%20Gabriel%20Hartung.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6616/Tese%20de%20Doutorado%20-%20Gabriel%20Hartung.pdf?sequence=1). Acesso em 30/09/2017.

30 DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 5a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 75.

6. CRIME DE ABORTO

6.1. TIPO OBJETIVO

O crime de aborto pode ser praticado, nas palavras de Mário Luiz Sarubbo³¹, por qualquer meio executório nas formas comissiva ou omissiva imprópria, uma vez que se trata de um delito cuja forma é livre e, desse modo pode ser cometido por uma multiplicidade de comportamentos.

Segundo Bitencourt, o aborto consiste na interrupção da gravidez antes que essa atinja seu limite fisiológico, provocada de forma artificial ou dolosa, necessariamente provocando a morte do feto.³²

Conforme explica Victor Eduardo Rios Gonçalves, as diversas modalidades de crimes de aborto visam assegurar o direito a vida humana dentro do útero. Desse modo, ao provocar o aborto se está a provocar a morte de um feto, seja expulsando-o do ventre materno ou deixando-o sem vida ainda dentro do corpo da mãe. Naturalmente, uma vez que por causas naturais o feto já se encontre sem vida no útero e lá esteja mumificado, uma conduta do sentido de retirá-lo de lá não configura um ilícito penal.³³

É importante destacar que nesta matéria é tratado o sujeito passivo do crime como “feto” contudo tal denominação se dá de forma genérica. Como elucida Bitencourt, o que se está a chamar de “feto” pode ser um embrião ou ainda um óvulo.³⁴ No mesmo sentido Capez e Rodrigo Colnago:

“A lei não faz distinção entre óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto (conceitos estes já estudados no crime de infanticídio), pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio.”³⁵

De início, cabem explicações acerca de como é feita a conduta. Trata-se de um ato que abrange inúmeras formas, sendo incontáveis os métodos utilizados. Até

31 SARUBBO, Mário Luiz. Direito penal: parte especial. São Paulo: Manole, 2012, p.13.

32 Bitencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395.

33 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado. São Paulo: Saraiva: 2011.p 158

34 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 394.

35 COLNAGO, Rodrigo Direito; CAPEZ, Fernando. Penal, 1 : parte especial I / Rodrigo Colnago. 3ª ed. — São Paulo : Saraiva, 2009, p. 72.

pelo fato de se tratar de um crime –e portanto dificultar o acesso a clínicas especializadas – a proibição acaba por aguçar a imaginação popular na criação de novos procedimentos.

"Os processos utilizados podem ser químicos, orgânicos, físicos ou psíquicos. São substâncias que provocam a intoxicação do organismo da gestante e o conseqüente aborto : o fósforo, o chumbo, o mercúrio, o arsênico (químicos), e a quinina, a estricnina, o ópio, a beladona etc. (orgânicos) . Os meios físicos são os mecânicos (traumatismo do ovo com punção, dilatação do colo do útero, curetagem do útero, microcesária), térmicos (bolsas de água quente, escalda-pés etc.) ou elétricos (choque elétrico por máquina estática) . Os meios psíquicos ou morais são os que agem sobre o psiquismo da mulher (sugestão, susto, terror, choque moral etc) .".³⁶

Nesse sentido, vale destacar que independentemente do meio utilizado, a configuração do crime de aborto depende de uma correlação entre causa e efeito. Ou seja, a morte do feto necessita decorrer da ação e do meio utilizado.³⁷ Assim, consiste num crime material, o qual terá sua comprovação via exame de corpo de delito direto, com exames e materiais retirados do corpo da própria mulher, ou, indireto, por prova testemunhal e documental.³⁸

De modo a deixar claro as manifestações doutrinárias acerca da conduta, é importante mencionar a existência de teóricos que admitem a prática omissiva do aborto. Tal hipótese remeteria, por exemplo, a casos no qual o enfermeiro ou médico mesmo sabendo do grande risco de abortamento, não toma as atitudes necessárias para evitá-lo. Por outro lado, alguns doutrinadores optam por tipicar a conduta apenas em sua face comissiva.³⁹

Por fim, é importante tratarmos do aborto enquanto acontecimento acidental – também denominado de ocasional ou circunstancial. Tal modalidade ocorre quando não há intenção de se interromper a gravidez e tal situação é verificada pela atuação de alguma externalidade, como fortes emoções, traumas provenientes de

36 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1997, p. 95.

37 PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

38 CAPEZ. Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.13.

39 CAPEZ. Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.13.

quedas/acidentes, sustos, etc. Esta hipótese não é considerada um tipo penal e é, portanto, impunível, como bem discorre Warley Rodrigues Belo.

“O Aborto natural e acidental são impuníveis. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez ocorrendo, por exemplo, quando presente alguma anormalidade no crescimento do feto ou uma doença infecciosa ou, ainda, por um distúrbio glandular. O segundo, o Aborto acidental, ocorre por interferência externa involuntária, como por exemplo, uma queda.”⁴⁰

6.2. OBJETO

O bem tutelado, ao se tipificar a prática abortiva, é a vida do embrião (ou feto), que ainda se encontra em formação, em vida intrauterina. Além do que, quando provocado por terceiros, a tutela se estende à saúde física e mesmo psíquica da gestante, uma vez que, a despeito da discussão sobre a vida ou não do embrião, este significa a vida de um filho, e um aborto pode abalar seriamente uma mãe. De modo a sintetizar o raciocínio:

“Para o direito penal, entretanto, o feto é considerado como pessoa, tendo direito à vida.

Assim, o objeto da tutela penal do aborto é a vida do feto. No aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas: o direito à vida, cujo titular é o feto (objetividade jurídica imediata) e o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da gestante (objetividade jurídica mediata).”⁴¹

Por outro lado, faz-se necessário nos atermos a um detalhe: a vida do feto (objeto tutelado) passa a ser a vida de nascente (ou recém-nascido) no momento imediatamente após o parto. Dessa forma, como bem elucida o professor Damásio de Jesus, só é tipificado o aborto se o feto morrer antes do trabalho de parto.⁴²

Caso ocorra a morte durante o parto ou logo após a sua efetuação, a tipificação da conduta será de infanticídio ou homicídio. A fim de se delimitar especificamente o começo e fim do fenômeno para a exata tipificação da conduta, segundo o professor Damásio, o parto se inicia com a dilatação, marcada por inúmeras dores e, em seguida, vem a sua fase de expulsão, na qual o nascente é impulsionado para fora do útero e, por fim, ocorre a expulsão da placenta, após a qual o parto encontra-se finalizado.⁴³

40 BELO, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos, p. 21.

41 SARRUBBO, Mário Luiz. Direito penal: parte especial. São Paulo: Manole, 2012, p.13.

42 JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 107.

43 JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 107.

Resta ainda, sobre este primeiro ponto, elucidar a crucial diferença entre “infanticídio” (art. 123) e “homicídio” (art. 121). A princípio, é notório como o legislador encarou a primeira modalidade de forma bem menos severa, aplicando-lhe uma pena bem mais bondosa, tanto da qualidade como na quantidade.

O que caracteriza a típica conduta de homicídio é o meramente o fato do sujeito ativo retirar a vida da vítima. Porém no infanticídio, a conduta necessariamente é praticada pela mãe e, a vítima, seu filho que é recém-nascido. Tal ocorrência é marcado por uma atitude impensada da mãe que, de forma contra intuitiva (espera-se amor, cuidado e proteção da mãe para com seus filhos), atenta contra a vida do nascente.⁴⁴

Trata-se, pois, o infanticídio, figura derivada do homicídio marcada por tais peculiaridades circunstanciais, também conhecidas como “elementos especializantes”, que lhe conferem natureza privilegiada (*delictum exceptum*).⁴⁵

Para tal reconhecimento, parte-se da análise das especificidades biológicas pelo qual passa o corpo da mãe no período do pós-parto, as quais podem resultar em perturbações psicológicas, choques emocionais, bruscas variações de humor e atitudes impensadas. Segundo Damásio:

“A mulher, em conseqüência das circunstâncias do parto, referentes à convulsão, emoção causada pelo choque físico, etc., pode sofrer perturbação de sua saúde mental. O Código fala em influência do estado puerperal. Este é o conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto. Não é suficiente que a mulher realize a conduta durante o período do estado puerperal. É necessário que haja uma relação de causalidade entre a morte do nascente ou neonato e o estado puerperal. Essa relação causal não é meramente objetiva, mas também subjetiva. O CP exige que o fato seja cometido pela mãe sob a influência do estado puerperal”.⁴⁶

Por outro lado, como bem explica Luiz Regis Prado⁴⁷, o estado puerperal nem sempre ocasionará perturbações emocionais suficientes para se justificar o assassinato de um filho pela própria mãe. É necessário que uma perícia que averigue se de fato a perturbação psíquica da mãe lhe conferiu uma menor

44 PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 233.

45 PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 233.

46 JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. pg.107.

47 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 78.

capacidade de entendimento e de auto-inibição, sendo para tanto, também levado em consideração o lapso temporal entre o nascimento e o homicídio do bebê.

De qualquer forma, uma vez tipificada a conduta da mãe como “infanticídio”, está responderá por homicídio numa forma privilegiada, com uma pena mais branda.

6.3. SUJEITO

Os sujeitos do crime podem ser divididos em “ativo” e “passivo”. O primeiro diz respeito ao ser humano que pratica a ação tipificada na lei, podendo fazê-la de forma isolada ou em conjunto com outros autores. Ademais, tal conceito engloba também os partícipes, figura que, apesar de não praticar o ato em si (núcleo da figura típica) de alguma forma contribuiu para a produção daquele resultado.⁴⁸

Já o segundo consiste no titular do bem jurídico que fora lesado e, nesse sentido, pode ser subdividido em “direto” ou “imediato” quando se estar a tratar da pessoa que sofreu diretamente a agressão ou de “indireto” ou “mediato” em relação ao Estado, visto que este também tem seus interesses atingidos com a execução do crime.⁴⁹

Vale mencionarmos que não existe um consenso doutrinário quanto a qualidade do sujeito passivo do crime de aborto. Há que defenda, por exemplo, que o feto (produto da concepção) não poderia ser sujeito passivo de um crime, mas apenas o objeto e, desse o modo, apenas o Estado – e no caso de aborto provocado por terceiro também a gestante – seriam as vítimas do crime. Nesse sentido encontramos amparo em Mirabete e Paulo José da Costa Júnior. Por outro lado, em posição predominante, há aqueles que o produto da concepção consiste sim em sujeito passivo do crime, e no caso de aborto provocado por terceiro haveria dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante. Esta linha de raciocínio é suportada por Celso Delmanto, Romeu de Almeida Salles Júnior, Damásio Evangelista de Jesus etc.⁵⁰

48 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 238.

49 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 238.

50 CABETTE, Eduardo Luiz Santos Direito penal : parte especial I. São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 6) 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. II, p. 46.

O Código Penal, em seu art. 124 trata da hipótese de autoaborto, que nada mais é do que a comissão do delito com mãos próprias, ou seja, a própria gestante como único sujeito ativo que lesa o feto, ao qual cabe o status de sujeito passivo.⁵¹

No art. 125 é previsto o caso do aborto enquanto crime praticado por terceiros que, sem o consentimento da gestante, provocam a morte do feto. Nesta modalidade, qualquer um pode ser o sujeito ativo, não havendo impedimentos para tanto e, como bem elucida Bitencourt⁵², como a ação atinge duas pessoas, o feto e a gestante, há uma dupla subjetividade passiva.

E por último, existe ainda a possibilidade do aborto ser provocado por terceiro contando com o consentimento da gestante, hipótese em que novamente será possível que qualquer pessoa tenha o papel de sujeito ativo do delito. Contudo, dado o consentimento da mãe, neste caso apenas o feto goza do status de sujeito passivo, e eventuais lesões leves sofridas pela gestante em decorrência do procedimento não são suficientes para atribuir-lhe concomitantemente tal status, mas apenas lesões graves ou sua eventual morte, quando a gestante então passará também a ter o status de sujeito passivo.⁵³

No caso do autoaborto e no aborto provocado com terceiro com o consentimento da gestante é importante destacar que, como se tratam de crimes de mão própria, permitem a participação como modalidade acessória, quando o partícipe instiga, auxilia ou induz a gestante a prática do ato.

Porém, se o terceiro extrapolar os limites de uma atividade meramente acessória e passar a intervir diretamente na realização dos atos executórios, o terceiro não responderá como coautor – visto que a natureza do crime não permite – mas como autor da conduta prevista no artigo 126 (provocar o aborto com consentimento da gestante).⁵⁴

51 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 238.

52 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 394.

53 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 238.

54 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 400.

Por fim, no caso de aborto de gêmeos, caso o sujeito realize sua conduta antes de ter ciência sobre a gravidez de gêmeos, este responderá normalmente pelo crime único de aborto, uma vez que imaginava se tratar de feto único. Porém, se ao tempo do procedimento abortivo este já sabia da existência dos gêmeos – via exame de ultrassom ou similar, por exemplo – será responsabilizado pois dois crimes de aborto, na medida em que houve o dolo em relação a ambos, configurando concurso formal impróprio, no qual as penas são somadas, visto que o agente de fato deseja a produção do resultado.⁵⁵

6.4. ELEMENTO SUBJETIVO

Tanto o crime de autoaborto como o de aborto provocado por terceiros (seja com ou sem o consentimento da gestante) são passíveis apenas de conduta munida de dolo, seja ele direto ou eventual. Em outras palavras, é necessário que a conduta do agente tenha a finalidade de resultar na morte do feto ou, ainda que não vise especificamente esse fim, não se importe com a possibilidade de gerar esse resultado.⁵⁶

Como leciona o professor Guilherme de Souza Nucci⁵⁷, não existe, pois, este delito na modalidade culposa. Deste modo, caso seja cometido por imperícia, imprudência ou negligência não se configurará do delito previsto no art. 125 do Código Penal, podendo, contudo, o agente responder por outro crime. Conforme explica Eduardo Luiz Santos Cabette:

O crime de aborto é doloso, não havendo previsão de figura culposa. Acaso a mulher, culposamente, provoque aborto em si mesma, o fato será simplesmente atípico, pois, conforme já afirmado, inexistente aborto culposo. Agora, se terceiro, culposamente, causa aborto numa gestante, pode haver responsabilização pelo crime de lesões corporais culposas (art. 129, § 6º, CP). Acaso um terceiro, agindo culposamente, ocasionar o aborto numa

55 GONGALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado : parte especial. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 160.

56 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 239.

57 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 7ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 654.

gestante e dele resultar sua morte, responderá também criminalmente, mas por crime de homicídio culposo (art. 121, § 3o, CP).⁵⁸

No caso de um sujeito agredir uma mulher grávida, por exemplo, é necessário que o elemento subjetivo seja analisado a fim de seja possível imputar ao indivíduo o resultado por ele pretendido. Se este agrediu a gestante no rosto, por exemplo, pode responder pelo delito de lesão corporal qualificada pelo resultado aborto – conforme o art. 129, § 211, V, do Código Penal. Uma vez que houve dolo quanto as lesões corporais e culpa em relação ao resultado aborto, se trataria portanto de um crime preterdoloso⁵⁹. E, como lecionava Fragoso:

“se o agente quis apenas praticar lesão corporal na mulher (cuja gravidez conhecia ou não podia desconhecer) e sobrevém o aborto em razão da violência, o crime será de lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2o, V)”⁶⁰

Se verificada a intenção do agente em provocar o aborto com suas agressões, será considerado o dolo direto e este responderá pelo crime de aborto tipificado no art. 125 do Código Penal.⁶¹

Conforme Bitencourt, ainda existe uma terceira hipótese: o aborto provocado com dolo eventual. Esta ocorre quando o agente sabe da gravidez de sua vítima e que suas agressões podem gerar o abortamento. Contudo, não se importa com a possibilidade do aborto e prossegue a agressão. Quando caracterizado o dolo eventual, o agente responde pelas lesões corporais provocadas na gestante em concurso formal impróprio com o crime de aborto. Uma vez que agia com desígnios autônomos cabe neste caso o cúmulo material das penas. Por fim, na linha do autor, elucidando algumas situações específicas, se o sujeito matar a gestante conhecendo (ou não podendo desconhecer o fato de esta está grávida) responderá pelo crime de homicídio em concurso com o crime de aborto. E, na hipótese de o sujeito desferir um pontapé no ventre de uma mulher visivelmente grávida, acarretando a

58 CABETTE, Eduardo Luiz Santos Direito penal : parte especial I. São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 6) 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. II, p. 46.

59 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015.p. 239.

60 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal; Parte Geral. 2. ed. São Paulo, Bushatsky, 1962. v. 1. p.82.

61 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 239.

morte do feto, este responderá pelo crime de aborto provocado e não de lesão corporal gravíssima.⁶²

6.5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Enquanto crime material, o crime de aborto é consumado assim que há a morte do feto. Inclusive, este, não necessariamente precisa já ter sido expulso do ventre materno. Afinal, sua expulsão ou não, nada tem a ver com sua vida/morte⁶³. Conforme discorre Noronha:

“consume-se o crime com a morte do feto, resultante da interrupção da gravidez. Pode ocorrer dentro do útero materno como ser subsequente à expulsão prematura.

Carece de razão Logoz quando escreve que 'o delito está consumado pela expulsão do foetus'. Não é esse o momento consumativo. Pode haver expulsão sem existir aborto, quando, no parto acelerado, o feto continua a viver, embora com vida precária ou deficiente; pode ser expulso, já tendo, entretanto, sido morto no ventre materno; pode ser morto aí, e não se dar a expulsão, e pode ser morto juntamente com a mãe, sem ser expulso. Em todas essas hipóteses, é a morte do feto que caracteriza o momento consumativo".⁶⁴

Neste delito, o que se demonstra fundamental no que diz respeito a sua configuração é a prova de que no momento da ação ou omissão do agente o feto estava vivo e que, o agente viera a causar-lhe a morte com sua conduta, já que, se o feto já estivesse morto, tratar-se-ia de crime impossível em razão da impropriedade do objeto. Entretanto, neste ponto específico, cabe-os fazer uma ressalva: apesar de que, para a configuração do delito seja necessário o feto estar vivo, não é necessária a constatação de sua vitalidade. É indiferente para a questão se o feto terá ou não condições de se desenvolver, pois o que se é levado em consideração é o estado do feto (vivo/morto) no exato momento da conduta do agente. Neste sentido:

62 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

63 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.31.

64 NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 25ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991.vol. 1-2, p.52.

"Para a existência do aborto, não é necessária a prova da vitalidade do feto. Conforme adverte Hafter, pouco importa se o feto era ou não vital, desde que o objeto da proteção penal é, aqui, antes de tudo, a vida do feto, a vida humana em germe [...]. Averiguado o estado fisiológico da gestação em curso, isto é, provado que o feto estava vivo, e não era um produto patológico (como no caso de gravidez extrauterina), não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação. Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: em qualquer fase da vida intrauterina, a eliminação desta é aborto."⁶⁵

Enquanto crime material, é perfeitamente possível a caracterização do crime de aborto na modalidade tentada. Um agente que, por exemplo, já tivesse dado início ao procedimento abortivo e, repentinamente fora surpreendido por policiais que impediram a efetivação do resultado da infração, claramente responderia pela tentativa de aborto. Do mesmo modo, aquele que realizou todas as manobras para expulsar o feto com o fim de matá-lo e, no entanto, o feto mesmo expulso veio a sobreviver, do mesmo modo será configurado o delito de aborto na modalidade tentada.⁶⁶

No caso do autoaborto há quem sustente sua impunibilidade, visto que a autolesão não é punida no nosso ordenamento. Esta impunibilidade, porém, não está presente no nosso código, segundo Capez:

"Chegou-se a sustentar, por razões de ordem política, a impunibilidade da tentativa do delito de autoaborto e do aborto consentido (CP, art. 124), tendo sido Carrara um de seus maiores defensores, até porque é inconcebível a punibilidade da autolesão. O nosso Código Penal, contudo, não prevê essa impunibilidade nos delitos em questão."⁶⁷

E, uma tentativa de autoaborto, conforme Bitencourt está mais próxima de uma desistência voluntária ou arrependimento eficaz – que o Código Penal declara impunível para estimular a não efetivação do crime – do que propriamente de uma tentativa punível. Vale ressaltar, todavia, que lesões em decorrência da tentativa de autoaborto podem constituir crimes per se, sendo afastada sua impunibilidade. Nesse sentido, quando os efeitos do ato se restringirem a tentativa, Bitencourt defende a impunibilidade.⁶⁸

65 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 293.

66 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 241.

67 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.134.

Existe, contudo, uma zona de intersecção bastante confusa entre o que caracterizaria um ato preparatório para o aborto (impunível) e, o início da execução de um aborto (punível). Uma gestante que é encontrada numa clínica, a qual sabidamente realiza apenas procedimentos abortivos. Ora, não há nenhuma outra razão para a presença daquela gestante no estabelecimento senão para satisfazer o intuito de interrupção de sua gravidez. A gestante lá surpreendida poderia ser punida? Segundo Greco seria um fato impunível, pois o mero atendimento numa clínica não necessariamente marca o início da execução, consistindo num ato de mera preparação.⁶⁹

Vale tratarmos sobre de que forma é encarada a utilização de meios inidôneos para a provocação do aborto. Tais meios são caracterizados como “inidôneos” pelo fato de não possuírem qualquer eficácia comprovada para a execução daquele determinado fim. Alguns exemplos são o uso de rezas, simpatias, práticas supersticiosas, etc. Neste caso, estamos diante de um crime impossível, visto que o meio empregado é absolutamente ineficaz⁷⁰. Segundo Colnago e Capez:

“Se houver o emprego de meios absolutamente inidôneos à provocação do aborto, por exemplo, ingerir medicamentos que não têm qualquer potencialidade para causar a morte do feto, realizar rezas, práticas supersticiosas, estaremos diante da hipótese de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado (CP* art. 17 — tentativa inadequada).”⁷¹

Por outro lado, existe também a hipótese de emprego de meios relativamente inidôneos, como ingerir uma substância química com o potencial de interromper a gravidez, contudo em quantidade inferior a necessária para a consumação do delito. Neste exemplo, apesar da substância ser apta para a produção do fim desejado, por situação accidental (quantidade insuficiente) não foi possível concretizar o crime.

68 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

69 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 241.

70 GONGALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado : parte especial. São Paulo : Saraiva, 2011, P 159.

71 COLNAGO, Rodrigo Direito; CAPEZ, Fernando. Penal, 1 : parte especial I / Rodrigo Colnago. 3^a ed. — São Paulo : Saraiva, 2009, p. 75.

Nesse caso, o agente responderá pelo crime de aborto na modalidade tentada, afastando a figura do crime impossível⁷². Conforme Colnago e Capez:

Cuida-se do exemplo da ingestão substância química em quantidade inidônea à provocação do aborto. Nessa hipótese, a substância química é apta a produzir o evento letal, mas, por uma circunstância acidental no caso concreto (ínfima quantidade), não foi possível concretizar o intento criminoso. Responderá o agente pela forma tentada do crime de aborto, afastando-se, então, a figura do crime impossível.⁷³

É importante tratarmos de uma hipótese bastante específica que se faz presente em algumas explicações doutrinárias. Se uma mulher tenta o aborto, mas o feto nasce vivo e vem a morrer num momento posterior ao nascimento em razão daquela tentativa feita pela gestante, o nexo causal não é quebrado e a gestante continua a responder pelo crime de aborto. Naturalmente, caso o feto nasça vivo e venha falecer em função de outra causa, independente da tentativa de aborto, então a gestante responderá por infanticídio ou homicídio, uma vez que o nexo causal fora quebrado.⁷⁴

6.6. ABORTO – FORMA MAJORADA.

Em nosso Código Penal o art. 127 trata de duas causas que resultam no aumento de pena. A primeira do caso do procedimento abortivo provocado por terceiro gerar lesões de natureza grave na gestantes, quando a pena será aumentada em um terço. A segunda, por sua vez, prevê a duplicação da pena se a gestante vir a morrer em razão deste procedimento. Porém cabe observar que no texto da lei é utilizado a denominação “forma qualificada” de forma errônea⁷⁵:

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

72 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.134.

73 COLNAGO, Rodrigo Direito; CAPEZ, Fernando. Penal, 1 : parte especial I / Rodrigo Colnago. 3^a ed. — São Paulo : Saraiva, 2009. P. 75.

74 CABETTE, Eduardo Luiz Santos Direito penal : parte especial I. São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 6) 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. II, p. 44.

75 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015.p. 242.

duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.⁷⁶ (grifo meu)

Pois, como bem explica Bitencourt, as “qualificadoras” consistem em tipos penais, ainda que derivados, com novos limites de pena, tanto mínimo como máximo. Muito diferente são as figuras majorantes, as quais atuam como mera causa modificadora da pena, acrescentando apenas uma variação em seu tamanho tornando-a maior. Além do que, tanto majorantes como minorantes exercerão a modificação da pena na terceira fase do cálculo da pena, diferentemente das qualificadoras que estabelecerão limites mais elevados da própria pena base sobre a qual posteriormente poderão a vir incidir as majorantes.⁷⁷

Uma vez que apenas a lesão corporal de natureza grave ou a morte da gestante “qualificam” o crime de aborto, estas apenas ocorrerão na hipótese do crime ser praticado por terceiro, e não sobre a hipótese de autoaborto (art.124). Afinal, a autolesão não é punível, e não faria sentido punir a gestante pelas lesões resultantes nela mesmas consequentes do procedimento de interrupção da gravidez – ocorrendo ou não a consumação do crime, visto que pouco importa se de fato houve a morte do feto⁷⁸. Segundo Bitencourt:

Aliás, nem teria sentido, pois não se pune a autolesão nem o ato de matar-se. É indiferente que o resultado “qualificador” — morte ou lesão — decorra do próprio aborto ou das manobras abortivas. Significa dizer que a majoração da pena pode ocorrer ainda quando o aborto não se consuma, sendo suficiente que o resultado majorador decorra das manobras abortivas⁷⁹.

Vale observar que ao excluir a hipótese do art. 124 (autoaborto e consentimento para o aborto) o legislador parece ter se esquecido que, lesões graves ou morte não estariam restritas a “autolesão” da gestante: é perfeitamente possível que terceiros venham a instigar a gestante a praticar o autoaborto e disso decorrer lesões graves ou morte. Neste caso, como não é possível aplicar a

76 BRASIL. Código de Direito Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 05/07/2017.

77 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

78 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015.p. 242.

79 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

majorante do art.127, a solução é que o terceiro seja punido como partícipe no crime de autoaborto e por crime autônomo de homicídio ou lesão grave.⁸⁰

Por fim, no caso de que ocorram lesões corporais leves ao invés das graves, não haverá a incidência de nenhuma majorante e o agente responderá apenas pelo crime de aborto, visto que lesões de natureza leve são vistas como integrantes do resultado natural de um procedimento abortivo. A “qualificação” pelo resultado exige a incidência de culpa no tocante a incidência de lesão grave ou morte. De outro modo, caso verifique-se a presença de dolo em relação a morte ou lesões graves na gestante, se afastará a majorante do art. 127 e o agente passará a responder por homicídio doloso ou lesão grave e aborto.⁸¹

6.7. ABORTO LEGAL - EXCLUDENTES DE ILICITUDE.

Em nosso Código Penal são previstas duas possibilidades nas quais o aborto pode ser autorizado pela lei, havendo, portanto, a exclusão de sua ilicitude. Tais modalidades constam em seu art. 128 e consistem no aborto terapêutico (realizado tanto para a cura como prevenção de lesões na gestante) e no sentimental, também conhecido como humanitário ou ético.⁸²

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.⁸³

A modalidade do inciso (I) exige dois requisitos básicos, que devem ocorrer concomitantemente. O primeiro é o perigo de vida da gestante e, o segundo, a inexistência de meios diversos para salvá-la. Somente nesses casos, então, o

80 GONGALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado : parte especial. São Paulo : Saraiva, 2011, P 161-162.

81 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 412.

82 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015.p. 245.

83 BRASIL. Código de Direito Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso: 05/07/2017.

médico poderá realizar a interrupção da gravidez, visto que possui a exclusiva finalidade de salvar a vida da gestante e, não existe outro meio suficiente para tal fim – nesse sentido, casos onde se está meramente tentando se preservar a saúde ou visando evitar desonra familiar, estão fora do rol de possibilidades do referido artigo. É importante ressaltar que, caso haja outros meios alternativos para que a gestante seja salva, e o médico ainda assim optar pelo aborto, este irá responder criminalmente.⁸⁴

É, pois, próprio da modalidade do aborto necessário (conhecido também como terapêutico ou profilático) a configuração do “estado de necessidade” da gestante. A qual necessita do procedimento, pois está a correr risco de vida e a ela não restam opções senão a agir nesse sentido.⁸⁵

Desse modo é importante frisarmos que os riscos avaliados pelo médico não estão restritos a meros riscos à saúde da gestante. Devem, pois, significar risco de vida e, caso isso ocorra, o médico deverá intervir após o parecer de outros dois colegas, sendo lavrada uma ata sobre o ocorrido em três vias, sendo que uma delas será enviada para o Conselho regional de Medicina e, a outra, ao diretor clínico do estabelecimento no qual o aborto foi praticado. Como se trata de situação onde há uma iminente possibilidade de morte da gestante, o médico pode agir sem o seu consentimento, até porque muitas vezes a gestante está inconsciente e, quando os familiares se fazem presentes, estes podem influenciar a opinião da gestante favorecendo que esta venha falecer, uma vez que podem estar interessados na sucessão hereditária no momento de decidir sobre o sacrifício da genitora.⁸⁶ Seguindo o mesmo raciocínio, Bitencourt:

Nessa linha de orientação, sustentamos que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, § 3o (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida).⁸⁷

84 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

85 MARQUES, José Frederico. Tratado de direito pena I. Campinas: Millenium, 1999.V. 2, p. 213.

86 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.142-143.

87 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 415.

Caso venha a ocorrer erro no diagnóstico da junta médica, descobrindo-se após o procedimento abortivo que este fora absolutamente desnecessário, é configurado “erro”, o que exclui o dolo e funciona como uma discriminante putativa, conforme o enunciado do art. 20 §1º do Código Penal.⁸⁸

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

No caso do aborto necessário, apesar de haver a previsão no art. 128 de que deve ser o médico a praticar o aborto em caso de necessidade, a indicação de tal categoria de profissionais na prática, não surte grandes efeitos, visto que mesmo uma enfermeira – ou mesmo qualquer outra pessoa – em caso de extrema necessidade em função de sério risco de morte da gestante, pode também realizar a interrupção da gravidez. Contudo, tal prerrogativa não decorre do art. 128, I, mas do artigo 24 do Código Penal, o qual afirma que todas as condutas proibidas eventualmente podem ser autorizadas, desde que presente o “estado de necessidade” do agente. Por fim, vale observar que, ainda que semelhantes a previsões, o estado de necessidade do art. 24 não se confunde com o art. 128, já que há uma grande diferença de requisitos.⁸⁹

A grande discussão no que diz respeito ao art. 128 se dá, contudo, em relação a seu inciso II, o qual prevê a modalidade do aborto sentimental ou humanitário, e, para tanto, reservaremos um capítulo para tratarmos especificamente desses caso.

ABORTO EM CASO DE ESTUPRO.

O denominado aborto humanitário ou ético, também conhecido como “sentimental”, enquadra as situações em que a mulher fora vítima de estupro. Desse modo, nossa legislação autoriza que o aborto seja feito nesses casos, todavia a

88 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.143.

89 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 420.

gestante deve consentir o procedimento. Caso a gestante seja incapaz, é seu representante legal que deve fazê-lo⁹⁰. Segundo Bitencourt, a prova da ocorrência do estupro, bem como do consentimento da gestante deve ser cabal, envolvendo o depoimento da gestante por escrito na presença de testemunhas idôneas como forma de garantia ao próprio médico.⁹¹

Para que o médico realize a interrupção da gravidez nessa hipótese não há a necessidade de autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor que cometeu o estupro. Desse modo, compete o médico decidir se irá ou não intervir. Segundo Capez, para a atuação do médico, basta a existência de prova idônea quanto ao crime de estupro, como boletim de ocorrência, atestado pericial quanto as lesões sofridas em decorrência do crime sexual, e depoimentos testemunhais colhidos diante de autoridade policial.⁹²

Segundo entrevista dada ao portal de notícias G1 neste ano, a coordenadora do Núcleo de Estudos e Programas na Atenção e Vigilância em Violência, Fernanda Falcomer, afirmou que no caso de dúvida da mulher ou da equipe médica quanto à paternidade ou a veracidade do relato de violência sexual, o aborto não é efeito. Contudo, admite que entre 80% a 90% dos casos que chegam na rede pública o aborto é permitido.

Ainda na mesma reportagem, segundo entrevista da presidente e pesquisadora do Instituto de Bioética Anís, Vanessa Dios, mesmo em caso de dúvida no que diz respeito a ocorrência do crime, ainda assim o correto seria que a equipe médica realizasse o procedimento, visto que a gestante assina um termo se responsabilizando criminalmente pelo relato de estupro. Segundo Jolúzia Batista, assessora parlamentar e socióloga do Centro de Estudos Feministas (Cfemea), o serviço de saúde está tomado por concepções morais e religiosas e, caso as datas do suposto caso de violência sexual e do início da gravidez não coincidam, a equipe médica pode negar o procedimento abortivo se quiser.

90 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

91 BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 416.

92 CAPEZ. Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143.

Segundo um artigo científico publicado no site da Scientific Electronic Library Online (SciELO) Brasil, neste tipo de demanda pelo procedimento abortivo, o que principalmente se é levado em consideração é o nexos causal. Em outras palavras, é a verossimilhança da relação causa/efeito da narrativa exposta pela vítima que vai influenciar os testes de verificação que avaliam se o aborto deve ou não ser realizado. Nesse sentido, os métodos são variados: a história tem que ser coerente com o tempo da gravidez, deve-se haver certeza que a gravidez resulta do estupro e não de outra atividade sexual que eventualmente tenha ocorrido no período.

Contudo, segundo entrevista feita pelo estudo com diversos profissionais da saúde atuantes na área, o que principalmente se leva em consideração são as datas: quando foi a data da violência e qual a data da última menstruação da vítima. Desse modo, não há enfoque em se questionar se houve ou não violência, mas tão somente a compatibilidade entre os diversos dados da história apresentada pela vítima.⁹³

Ademais, neste ponto se inicia um assunto bastante controverso e, aparentemente, sem solução: em que momento a vontade do paciente deve se sobrepor a vontade do médico? Como bem

explicou Frederico Ferri de Resende, advogado, procurador do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais (CRM-MG), em texto publicado pelo portal oficial do Conselho Federal de Medicina, é sim, prerrogativa do médico se recusar a realizar determinados procedimentos, fundamentando-se para tanto em sua própria objeção de consciência, desde que o faça de forma a indicar meios para que o enfermo não fique completamente desassistido⁹⁴. Conforme o Código de Ética Médica:

“VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro

93 DINIZ, Debora; DIOS, Vanessa Canabarro; MASTRELLA, Miryam; MADEIRO, Alberto Pereira. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. Rev. bioét. (Impr.). 2014. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/11.pdf>>.

94 RESENDE, Frederico Ferri. Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente. 2016. Disponível em: <<http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46>>

médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.”⁹⁵

Segundo Ferri, tais objeções de consciência podem ocorrer em casos diversos, como transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, , anticoncepção de emergência, ortotanásia, es esterilização humana voluntária e revelação e uso de dados genéticos⁹⁶.

De qualquer modo, o fato é que como já apontado anteriormente e, de acordo com o manual de normas técnicas de assistência ao abortamento, divulgado pelo Ministério da Saúde, não existe a necessidade de maiores provas quando ao crime, senão a palavra da vítima. Mesmo o Boletim de Ocorrência de dispensado:

Considerando que a norma técnica sobre Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da Violência sexual contra mulheres e adolescentes não obriga as vítimas de estupro da apresentação do Boletim de ocorrência para sua submissão ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do SUS,[...]

Ainda segundo a mesma cartilha, a vítima terá que participar de um procedimento de quatro partes. Na primeira a gestante terá que assinar um termo circunstanciado – ou por seu representante legal, quando incapaz – junto com dois profissionais de saúde e, neste termo, devem constar informações como qual foi o tipo de violência sofrida, quando ocorreu, descrição de agentes (se possível) e testemunhas (se houver).

Na segunda fase, o médico efetua uma série de exames como físico e ginecológico e o que mais julgar necessário naquele caso específico. Na terceira fase, a gestante (ou seu representante legal) assinarão um termo de responsabilidade no qual conterà advertência expressa sobre a previsão dos crimes de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) e de aborto (art. 124 do Código Penal), caso não tenha sido vítima de violência sexual.

95 Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº1.931/09. Brasília. 2010. P 30. Disponível em: <<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>>

96 RESENDE, Frederico Ferri. Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente. 2016. Disponível em: <<http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46>>

Por fim, na quarta fase, haverá os esclarecimentos finais, em linguagem didática e acessível à mulher, sobre todos os riscos que ela irá correr, os procedimentos médicos que serão adotados, quais serão os acompanhemos/assistência e profissionais responsáveis, e a garantia de sigilo quanto ao procedimento e seus envolvidos.

Lembrando que, como bem leciona Vitor Eduardo Rios Gonçalves, em caso de comprovação de que a gestante mentiu sobre o ocorrido, esta responderá criminalmente, enquanto que o médico estará isento da responsabilidade sobre o ocorrido, uma vez que agiu de boa fé:

Se a gestante, ao saber que está grávida, vai até uma delegacia de polícia e mente que foi estuprada um mês atrás, mas que teve vergonha de se expor na época dos fatos, e, depois disso, faz uso do boletim de ocorrência para enganar o médico, fazendo-o crer na ocorrência do crime sexual e o convencendo a realizar o aborto, temos as seguintes consequências: a) para o médico, não há crime porque ele supôs estar agindo acobertado pela excludente de ilicitude do aborto sentimental. Trata-se de hipótese de discriminante putativa (art. 20, § 1o, do CP); b) a gestante responde por crime de consentimento para o aborto e por comunicação falsa de crime (art. 340), em concurso material.⁹⁷

97 GONGALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado : parte especial. São Paulo : Saraiva, 2011, P 164.

ABORTO NO CASO DE FETOS ANENCÉFALOS

A anencefalia consiste numa anomalia congênita em que não há o correto fechamento do tubo neural e, desse modo, a formação da abóboda craniana e boa parte do encéfalo é comprometida, apesar de ainda seja encontrado um tronco encefálico rudimentar e ilhas cerebrais nas crianças que nascem vivas.⁹⁸

Em razão da presença do tronco encefálico, o anencéfalo consegue manter suas funções vitais como o sistema respiratório e cardíaco, além de poder reagir a estímulos, ainda que o faça de maneira automática, impensada, por meio de reflexos, de modo a assemelhar-se a um estado vegetativo.⁹⁹ De modo a trazer uma definição mais completa, Espinosa:

Anencéfalo é todo embrião, feto ou bebê que carece de uma parte do sistema nervoso central, mais concretamente dos hemisférios cerebrais e de uma parte, maior ou menor, do tronco encefálico (bulbo raquidiano, situado acima da medula, e os dois seguimentos seguintes: ponte e pendúculos cerebrais). Como no bulbo raquidiano estão situados os centros da respiração e da circulação sanguínea, o aneucefálico pode nascer com vida e viver algumas horas, mais raramente alguns dias ou poucas semanas. Existe ainda certa confusão feita por algumas pessoas ao considerar anencefalia como um tipo de deficiência do feto, a deficiência, de um modo geral, permite certa condição de vida, que é limitada de alguma forma, seja intra ou extra-uterina, no entanto na anencefalia não existe deficiência, o que existe é má-formação do encéfalo que gera total incompatibilidade com a vida extra-uterina. Não existe um motivo determinante ou causa específica na literatura médica para a anencefalia, pois a malformação está relacionada a vários fatores de natureza genética ou ambiental, destacando-se os seguintes:¹⁰⁰

Desse modo, uma vez que não se trata de mera deficiência, mas sim de uma total incompatibilidade com a vida, os próprios critérios de vida ou morte não são utilizados para caracterizar os nascituros que dispõem dessa condição. Nesse sentido se pronuncia o Conselho Federal de Medicina:

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000,

98 STEDMAN TL. Dicionário Médico. 25a ed. Baltimore: Williams & Wilkins; 1996. p. 71.

99 FERNANDES, Samuel Servinhani. SILVA, Bruna Fonseca. NETO, Landri Carvalho. BATIGÁLIA, Fernando. Liberação médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: implicações éticas. Rev. bioét. (Impr.). 2016. Disponível em <<www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0260.pdf>>. Acesso em 07/07/2017.

100 ESPINOSA, Jaime. Questões de Bioética. São Paulo: Quadrante.1998. P27.

de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelos Decretos nos 44.045, de 19 de julho de 1958, e 6.821, de 14 de abril de 2009, e CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;¹⁰¹

Por muito tempo se discutiu sobre a interrupção da gravidez em razão da constatação da anencefalia do feto e, as decisões judiciais não chegavam num consenso, trazendo uma grande insegurança jurídicas. Quando em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), propôs a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº54), questionando a aplicação dos arts. 124, 126, e 128, I e II , do Código Penal, no que diz respeito ao feto anencéfalo.

Após um longo período, de aproximadamente 8 anos, em 12 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o assunto e, por maioria de votos, o Ministro Marco Aurélio decidiu a fim de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, I e II do Código Penal.

Tal decisão pode facilmente ser encontrada na íntegra no site do Supremo Tribunal Federal¹⁰² e traz consigo a seguinte argumentação:

A princípio, no acórdão referido, o primeiro ponto a ser discutido foi a laicidade do estado. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou a laicidade, impediu a interferência religiosa nos atos e decisões estatais.

Posteriormente, o relator tratou dos anencéfalos como verdadeiros natimortos:

"O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos."

101 Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.949/2010. Revoga a Resolução CFM nº 1.752/04, que trata da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília. 2012. P 02. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htmf>>. Acesso em 07/07/2017

102 Supremo Tribunal Federal. ADPF nº54. Acórdão na íntegra. Disponível em:<<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>>. Acesso em 01/11/2017

Além disso, fora argumentado que, na hipótese de anencefalia, a tipificação do aborto como “eugênico” deve ser afastada, uma vez que o nascituro não dispõe de possibilidades de vir a se desenvolver.

Quanto ao direito à vida, o ministro deixou claro que não há como conciliar tal prerrogativa com fetos os quais não possuem potencialidade de vida. Uma vez que este não pode se tornar uma pessoa humana, não justificativa para que exista sua tutela jurídica, até porque isso violaria garantias fundamentais da mulher. Segundo ele:

"Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo."

Finalizando essa modalidade de aborto, agora legalizada, o Conselho Federal de Medicina emitiu uma resolução concordando com decisão do Ministro Marco Aurélio, delegando a gestante a autonomia de decidir se irá ou não abortar, cabendo ao médico não se impor sobre sua decisão e nem influenciá-la, mas sim, informá-la sobre as consequências e riscos de sua decisão.

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

[...]

Art. 2º [...] §2º Ante o diagnóstico de anencefalia, a gestante tem o direito de: I – manter a gravidez; II – interromper imediatamente a gravidez, independente do tempo de gestação, ou adiar essa decisão para outro momento.¹⁰³

103 Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.989/2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências Brasília. 2012. P 02. Disponível em: <<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>>. Acesso em 07/07/2017

CONCLUSÃO

Se, pelo que tratamos no capítulo 2, aparentemente a definição do “aborto” não encontra maiores dificuldades, o mesmo não podemos dizer à respeito da cadeia de procedimentos que compreendem sua existência enquanto um complexo processo de alteração do corpo da mulher e eliminação permanente de um corpo, que aos olhos do nosso ordenamento, pode, no direito civil ser encarado como sujeito de direitos a partir da concepção, enquanto que no direito, por uma derivação lógica é possível inferir que marco individualizador de uma novo sujeito de direitos passa a ser a nidação.

Se não bastasse essa aparente incoerência de nossa legislação que permite a utilização de métodos contraceptivos abortivos, justificando, segundo a doutrina, pelo já difundido uso de tais métodos incorporados pelo costume, pela usança, e pela cultura do brasileiro, possuímos também uma notável insuficiência técnica das ciências biológicas em se posicionar definitivamente sobre o assunto.

As teorias e classificações médicas acabam por se tornar tão arbitrárias quando as da ciências humanas. Os critérios para a definição do conceito de vida podem ser “escolhidos” sem que haja nenhuma base teórica que prove a superioridade de uma teoria sobre a outra. Se por um lado é possível apontar críticas á teoria concepcionista por não possuir rigor em individualizar as pessoas que se originarão daquela gravidez, por outro, se considerarmos o famoso conceito de atividade cerebral – já utilizado para determinar a morte – para determinar o início da vida, esbarraremos num processo extremamente complexo, que não possui início ou fim individualizados, não sendo possível determinar exatamente quais atividades cerebrais que irão determinar o início da vida, nem qual a sua intensidade ou momento de início, até porque tais variáveis parecem dependem também da individualidade biológica de cada feto.

Por outro lado, ainda que o tema permaneça recheado de incertezas quanto a esses aspectos, a disciplina do tema no nosso ordenamento possuiu inúmeros avanços nos últimos anos, contemplando uma infinidade de casos e possibilidades

de interrupção de gravidez foram encontradas, havendo pouquíssimas divergências doutrinárias na aplicação das atuais leis no caso concreto.

Ainda que, no decorrer deste trabalho problemas sociais tenham sido apresentados como resultado da proibição do aborto, isso não parece contar como argumentação manifestamente suficiente para uma possível liberação: ainda que seja provado um determinado avanço nas políticas de bem-estar social com a sua legalização, tal discussão só deve ter lugar *a posteriori*, já que, se de fato um embrião consistir em uma vida humana, seu assassinato não se justificaria em prol de um relativos sucesso de políticas assistenciais públicas. Ora, uma vez declarado vivo, ou ser humano, detentor de direitos, seu direito a vida evidentemente se sobrepõe ao mero conforto de uma mulher ou sucesso no combate a criminalidade.

Por outro lado o não há nada que possa, com certeza, conferir ao feto esse status. É razoável atribuir a uma gástrula, que chega a ser menor que a cabeça de um alfinete¹⁰⁴, o status de ser humano, ou melhor, de pessoa humana dotada de direitos e deveres? A medicina, mesmo com todo seu avanço instrumental e tecnológico ainda não foi capaz de nos responder e não existem avanços significativos neste tipo de investigação que se demonstrem promissores em encontrar uma solução. Pelo contrário, os últimos estudos sobre a atividade cerebral do feto trouxeram ainda mais problemas.

No que diz respeito às ciências jurídicas, coube de modo arbitrário, sem maiores justificativas, escolher uma das teorias e aplicar em seu ordenamento, ainda que, como explicado, de modo não muito coerente. Em razão disso, o presente trabalho visa concluir que, não existe qualquer legitimidade técnica ou teórica para se propor uma teoria X ou Y, sendo, a princípio, mais sensato que qualquer mudança legislativa nesse sentido seja passada antes pelo crivo popular, cujos costumes e cultura também sopesarão em se optar por mudanças.

Quanto ao recente posicionamento do STF sobre a específica categoria da anencefalia, uma vez que o próprio Conselho Federal de Medicina não utilizava os tradicionais critérios de vivo e morto para os anencéfalos, bem como aparentemente clara a falta de potencialidade a vida, como bem explicou o Ministro Marco Aurélio,

104 Curso de Embriologia Ocular / 2003 - Profª Drª Márcia Reis Guimarães Hospital de Olhos de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG. Disponível em: <<http://ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Morfologia/Material_Didatico/Embriologia_Ocular.pdf>>, p. 04.

não há maiores razões para se opor a decisão, uma vez que o cerne da discussão, que ainda permanece sem solução, é o início da vida. Uma vez que seja consensual que aquele que irá nascer não possui vida – sendo um natimorto – não há que se falar em tutela de seus direitos, levando a discussão ao restrito aspecto da liberdade de escolha, não havendo motivo pelo qual cerceá-la

Por fim, conclui-se que, ainda que se trate de um problema sem solução em alguns aspectos, e com uma doutrina bastante completa na aplicação prática do ordenamento, é necessária uma melhor compreensão do funcionamento de alguns métodos contraceptivos para que estes não sejam enquadrados na definição do crime de aborto, bem como uma maior harmonia entre o direito civil e penal em relação ao início da vida, a fim de manter a ordem, coesão e harmonia de nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico de Direito. São Paulo: Ed. Jurídica. Brasileira. 1999.

BALABAN, Evan; DESCO, Manuel; VAQUERO, Juan-José. Waking-like brain function in embryos. Estados Unidos da América (EUA): Current Biology, maio de 2012, p. 852-861. Disponível em: [http:// ac.els- dn.com/S096098221200317X/1-s2.0-S096098221200317X-main.pdf?_tid=ac511262-3a24-11e2-9ebf-00000aab0f27&acdnat=1354194175_10003080b804d00e5_021c4e56581e063](http://ac.els-dn.com/S096098221200317X/1-s2.0-S096098221200317X-main.pdf?_tid=ac511262-3a24-11e2-9ebf-00000aab0f27&acdnat=1354194175_10003080b804d00e5_021c4e56581e063). Acesso em: 21 de out. de 2012, p. 858.

BELO, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos, p. 21.

BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa 12ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 394.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727-SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 4/9/2014. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS? b=INFJ&tipo=informativo&livre =@COD=%270547%27](http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270547%27)>. Acessado em: 01/07/2017.

_____. BRASIL. Código de Direito Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso: 05/07/2017.

_____. BRASIL. Código de Direito Penal. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 05/07/2017.

CAPEZ. Fernando. Curso de direito penal: volume 2, parte especial: dos Crimes contra a pessoa e dos Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.132.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos Direito penal : parte especial I. São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 6) 1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título. II. Série. 12-01432CDU-343(81). P. 46.

COLNAGO, Rodrigo Direito; CAPEZ, Fernando. Penal, 1 : parte especial I / Rodrigo Colnago. 3^a ed. — São Paulo : Saraiva, 2009.

_____. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº1.931/09. Brasília. 2010. P 30. Disponível em: <<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>>

Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.949/2010. Revoga a Resolução CFM nº 1.752/04, que trata da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília. 2012. P 02. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htmf >>. Acesso em 07/07/2017

Curso de Embriologia Ocular / 2003 - Prof^a Dr^a Márcia Reis Guimarães Hospital de Olhos de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG. Disponível em: <<http://ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Morfologia/MaterialDidatico/Embriologia_Ocular.pdf>>, p. 04.

DINIZ, Debora; DIOS, Vanessa Canabarro; MASTRELLA, Miryam; MADEIRO, Alberto Pereira. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. Rev. bioét. (Impr.). 2014. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v22n2/11.pdf>>

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 5a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 35.

Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em <<<https://dicionariodoaurelio.com/aborto>>>. Acesso em 01/07/2017.

EGRE, Marco. Aspectos éticos e filosóficos da clonagem. Ciência e Cultura, núcleo temático: clonagem, 2004. p. 42-44.

ESPINOSA, Jaime. Questões de Bioética. São Paulo: Quadrante.1998. p.27.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marquês. Dicionário Brasileiro Globo. 32^a ed. São Paulo: Globo, 1993.

FERNANDES, Samuel Servinhani. SILVA, Bruna Fonseca. NETO, Landri Carvalho. BATIGÁLIA, Fernando. Liberação médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: implicações éticas. Rev. bioét. (Impr.). 2016. Disponível em

<<www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0260.pdf>>. Acesso em 07/07/2017.

FORMENTI, Lídia. Diariamente, 4 mulheres morrem nos hospitais por complicações do aborto. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>>.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal; Parte Geral. 2. ed. São Paulo, Bushatsky, 1962. v. 1. p.82.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado. São Paulo: Saraiva: 2011.p 158 Acesso em 30/09/2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. 1 1 ed. Niterói, RJ : Impetus, 2015, p. 234.

HARTUN, Gabriel Chequer. Ensaio em Demografia e Criminalidade. Escola de Pós-Graduação em Economia – EPGE - Fundação Getulio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6616/Tese%20de%20Doutorado%20-%20Gabriel%20Hartung.pdf?sequence=1>. Acesso em 30/09/2017.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 293.

JESUS, Damásio E. Direito penal: parte especial. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. pg.107.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito pena I. Campinas: Millenium, 1999.V. 2. P 213.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2. pág. 262

MONIZ, Priscilla. Métodos Contraceptivos. Educação. Biologia. Globo. Disponível em <<<http://educacao.globo.com/biologia/assunto/fisiologia-humana/metodos-contraceptivos.html>>> Acesso em 25/06/2017.

MÚNERA, Alberto. Concepciones alternativas sobre sexualidade, reprodução, anticoncepción y aborto. Montevideo, [s.n.], 1993, p. 10-13.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. Revista Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005, disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>> Acesso em 01-07-2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 7ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 654.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 25ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991.vol. 1-2, p.52.

NUNES, Clarissa Barbosa; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. Uma reflexão sobre o problema do início da personalidade jurídica. Revista Direito e liberdade. Rio Grande do Norte, 2009. p. 28.

OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Publicado em 28/09/2017. Acesso em 30/09/2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 233.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 113.

RESENDE, Frederico Ferri. Objeção de consciência do médico e autonomia do paciente. 2016. Disponível em: <<http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46>>

SADLER, Thomas William. Langman: embriologia médica. Tradutor Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p.3.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004, p.89

SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B.; BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. [Revisão científica: Andréa Monte Alto Costa; Tradução: Adriana Paulino Nascimento et al] Larsen embriologia humana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 7.

SARRUBBO, Mário Luiz. Direito penal: parte especial. São Paulo: Manole, 2012, p.13.

STEDMAN TL. Dicionário Médico. 25a ed. Baltimore: Williams & Wilkins; 1996. p. 71.

_____.Supremo Tribunal Federal. ADPF nº54. Acórdão na íntegra. Disponível em:<<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>>. Acesso em 01/11/2017

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial, arts. 121 a 212. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.129.

_____.United States Supreme Court ROE v. WADE, (1973) No. 70-18 Argued: December 13, 1971 Decided: January 22, 1973. Disponível em<<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>>. Acesso em 15/07/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 1 v, p. 161.