

O ABORTO SENTIMENTAL

---

(Notas sobre o artigo 128, II, do Código Penal)

**José Roberto Baraúna** — *Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo.*

**SUMÁRIO:**

1. Conceito de aborto sentimental; 2. Pequena notícia histórica; 3. Fundamento da impunidade; 4. Conteúdo do art. 128 do C. Penal; 5. Aborto sentimental, atentado violento ao pudor e outros crimes.

**1. Conceito de aborto sentimental.** — Aborto sentimental, ou “honoris causa”, ou humanitário, é o provocado em mulher violentada, desde que o provocador seja médico e a intervenção precedida de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

JOSE FREDERICO MARQUES conceitua-o como “aquele permitido em lei para interromper a gravidez de mulher estuprada”.

Em seguida, pesquisando a natureza jurídica da concessão, à luz das palavras empregadas pelo artigo 128, II, do Código Penal, conclui que se trata de fato atípico.

“**Não se pune o aborto**, é o que reza a norma legal. Ora, fato não punível é, por definição, fato que não constitui crime” (cf. “Tratado de Direito Penal”, vol. IV, 1961, pág. 174).

**2. Pequena notícia histórica** — A questão da impunidade do aborto sentimental suscitou viva controvérsia por ocasião da primeira Grande Guerra (1914 — 1918).

As constantes violações de mulheres (belgas e francesas), pelos invasores alemães, deram origem a agitado debate de juristas, médicos e sociólogos.

Dominou a opinião no sentido do direito ao aborto.

No Brasil, segundo o informe do prof. JOÃO LUIZ DUBOC PINAUD, em sua tese “DO ABORTAMENTO” (Prêmio “COSTA E SILVA” de 1960, patrocinado pela Associação Paulista do Ministério Público), após o ano de 1.914, LEONÍDIO RIBEIRO promoveu inquérito sobre o tópico.

Páginas admiráveis foram escritas sobre a questão, sobressaindo-se as teses contrárias à intervenção (AFRÂNIO PEIXOTO, ALCÂNTARA MACHADO, CARVALHO MOURÃO e ARNALDO QUINTELA).

Em 1931, entretanto, o Sindicato Médico do Rio de Janeiro, por influência de PORTO CARRERO, admitiu o aborto na espécie, apesar da opinião em contrário de LEONÍDIO RIBEIRO.

Informa NELSON HUNGRIA que o Código argentino foi dos primeiros a legitimar o princípio da não incriminação do aborto sentimental e o fez nos seguintes termos:

*“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible... si el embarazo proviene de una violación”* (art. 86, 2º).

O nosso Código seguiu-lhe o exemplo.

3. *Fundamento da impunidade* — O aborto sentimental já foi encarado como caso de estado de necessidade (MANZINI).

Em oposição, sustentou-se que a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, a sua eliminação, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher.

Difícilmente, com efeito, se poderia reduzir a hipótese a um estado de necessidade (ALTAVILLA).

No fundo, é medida de exceção, fundada em razões de ordem emocional, explicadas por episódios graves que realmente reclamavam solução.

“Nada justifica” — escreve HUNGRIA — “que se obrigue a mulher esturpada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida” (“Comentários”, ao art. 128).

Parece, em verdade, que o fundamento da impunidade da intervenção abortiva, em hipóteses que tais, é o sentimento de piedade que desperta a mulher violada e grávida.

4. *O artigo 128, II, do Código Penal* — Exige o Código Penal (art. 128, II), além da qualidade de médico do provocador, mais duas condições: a) gravidez resultante de estupro e b) prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal.

O artigo 213 do Código Penal assim define o estupro:

“Constranger mulher a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”.

A violência (emprego da força física para vencer uma resistência) é **presumida**, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância; e

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224 do C. Penal)

Parece claro que, tanto no caso de **violência real**, quanto no de **violência ficta**, o aborto é permitido (HUNGRIA, NORONHA).

Posição contrária, não suficientemente justificada, é a de JOSÉ FREDERICO: “Não nos parece que a violência ficta autorize a extirpação do feto e a interrupção da gravidez” (op. cit. pág. 179).

Jurisprudência sobre esse ponto não conhecemos.

A grande pergunta, todavia, que se faz em tema de aborto sentimental é esta: como deve ser demonstrado o estupro, para autorizar a intervenção do médico?

NELSON HUNGRIA responde que, na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo notoriedade do fato ou existência de sentença judicial condenatória do esturpador.

O assunto foi debatido em São Paulo, durante o 1º Congresso Nacional do Ministério Público, em 1.942. Ficou estabelecido que o médico julgaria a violência. FLAMÍNIO FÁVERO argumentou contrariamente a mais esta “possibilidade homicida dos médicos” (ANAIS, vol. 4º, pág. 30).

Todavia, em face da lei, o médico necessita tão-somente do consentimento da gestante ou de seu representante legal, não lhe sendo exigível, sequer, a demonstração dos fatos que o convenceram da realidade do estupro.

Certo que poderão ocorrer abusos à sombra do dispositivo legal.

Tudo é confiado, entretanto, “ao inteiro arbítrio do profissional, *simpliciter et de plano*” — como se expressa CUSTÓDIO DA SILVEIRA, para concluir: ao médico, “atribui-lhe o Código *vitae necisque potestas* — o direito de vida e de morte” (DIREITO PENAL, 1959, pág. 142).

De quando em quando, é verdade, os jornais noticiam que juízes e promotores são consultados sobre a possibilidade da realização de abortos em mulheres estupradas.

Observe-se, porém, que nenhum dispositivo legal exige autorização judicial para interrupção da gravidez nesses casos.

O alvará, talvez, possa servir para justificar pedido de ressarcimento de despesas junto ao sistema da previdência e da assistência social, mas não para o aborto.

Se se verifica, posteriormente à intervenção médica, que nenhum estupro existiu, somente a gestante, ou quem autorizou o aborto, é que responderá criminalmente.

Isso, é claro, se a credulidade do médico estava justificada por alguma circunstância razoável.

HUNGRIA recomenda que, para sua própria segurança, deve o profissional da medicina obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, por escrito ou perante testemunhas idôneas. Se existe, em andamento, processo criminal, seria prudente a consulta ao juiz e ao órgão do Ministério Público, os quais não deveriam negar a autorização, “desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado” (op. cit., n. 73).

**5. Aborto sentimental e atentado violento ao pudor** — A analogia “in bonam partem” é aceita em Direito Penal. Tem ela lugar quando uma norma não-incriminadora, sem razão explícita, deixa fora de sua proteção situações em tudo assimiláveis à que foi contemplada.

MAGALHÃES NORONHA, enfrentando o tema deste tópico, isto é, a possibilidade de se interromper gravidez resultante de atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal), conclui pela afirmativa, com base exatamente na analogia “in bonam partem”.

“Ninguém duvida”, escreve ele, “que o coito vulvar engravida”.

Pois tem também, a mulher vítima de um atentado desses, o direito de abortar: “é iníquo que se apliquem soluções diversas a casos idênticos” (DIREITO PENAL, vol. 2, n. 287).

Pensamos que a mesma solução devem receber outras hipóteses, em que a gravidez interrompida é resultante de crimes sexuais.

Condição indispensável para isso, todavia, é que a mulher seja maior de catorze anos. Isso porque, se sua idade não excede aquele limite, o caso será tratado como estupro ou atentado violento ao pudor, por força do instituto da violência presumida, examinado linhas acima.