



Lilian Silva Carvalho

**A NATUREZA JURÍDICA DA NÃO PUNIBILIDADE DO
ABORTO SENTIMENTAL**

**IPATINGA
2020**

LILIAN SILVA CARVALHO LANDIN

**A NATUREZA JURÍDICA DA NÃO PUNIBILIDADE DO
ABORTO SENTIMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ipatinga, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa.. Joélida Jullyene Rocha
Ferreira

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA
IPATINGA
2020**

Aos meus filhos, minha inspiração diária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as minhas conquistas e por me lembrar sempre que sou mais forte do que penso. À minha família, que não mediu esforços para a realização desse sonho. À minha orientadora Joélida, pela paciência e carinho durante esse processo. E a FADIPA por abrir as portas para que eu trilhasse o caminho do Direito.

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo verificar qual é a natureza jurídica da não punibilidade do aborto sentimental, positivada no artigo 128, II, do Código Penal. Para alcançar esse fim, a pesquisa, em princípio, procurou apresentar a tutela constitucional e infraconstitucional à vida intrauterina, apresentando, inclusive, as hipóteses de incriminação do abortamento. Depois, por razões lógicas, demonstrou-se as hipóteses de aborto legal e permitido, os quais são o aborto de anencéfalos, o aborto necessário e o aborto sentimental, todos fundados nos direitos da mulher e gestante. Para analisar a natureza jurídica do aborto sentimental, a pesquisa pretendeu apresentar os principais institutos discriminantes do direito penal, seja de natureza justificante, seja de natureza exculpante, para confrontá-los com o causídico do aborto sentimental à fim de se descobrir sua natureza jurídica. A pesquisa teve por método, quanto a natureza, a classificação básica, pois seu fim são interesses universais. A pesquisa foi qualitativa, pois se pretendeu aferir subjetivamente objetos teóricos consagrados na doutrina. E, por fim, foi exploratória e bibliográfica, pois se buscou explorar obras dos melhores juristas. A técnica foi a documental, ora direta, ora indireta. Concluiu-se na pesquisa que, segundo os doutrinadores, a depender do caso, a aplicabilidade da não punibilidade do aborto sentimental tem por natureza jurídica a excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa; todavia, não se poder dizer que esta será a natureza jurídica em todos os casos. Mas, sempre, em todos os casos, a natureza jurídica será questão de política criminal, pois o estado, independente de polêmicas de ordem moral, decidiu, por estratégia política criminal, não punir o aborto sentimental.

Palavras-chave: Inviolabilidade da vida. Direitos da mulher. Aborto. Aborto sentimental. Natureza jurídica. Exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Questão de política criminal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
2.1 Conceito e classificações	8
2.2 Início da tutela penal e o aborto até o terceiro mês de gestação.	9
2.3 Espécies de aborto previstas no Código Penal.....	11
2.3.1 Aborto provado pela gestante ou com seu consentimento.....	11
2.3.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.	13
2.3.3 Aborto provado por terceiro, com o consentimento da vítima	14
2.3.4 Aborto majorado pelo resultado	14
2.4 Hipóteses legais de aborto.....	15
2.4.1 Aborto do feto anencefálico.....	15
2.4.2 Aborto necessário	17
2.4.3 Aborto sentimental	17
3 ABORTO SENTIMENTAL E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE.....	19
3.1 Aborto sentimental e as excludentes de ilicitude.	19
3.1.1 Estado de Necessidade.....	20
3.1.2 Legítima Defesa	22
3.1.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.	24
3.2 Aborto sentimental e excludentes de culpabilidade.	26
3.2.1 Imputabilidade	26
3.2.2 Potencial consciência da ilicitude	28
3.2.3 Exigibilidade de conduta diversa	29
4 POLÍTICA CRIMINAL E O ABORTO SENTIMENTAL.	34
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O aborto é sempre um assunto muito polêmico por se tratar de um conflito de interesses entre os direitos da mulher e o direito à vida. No Brasil, há a criminalização do aborto. Todavia, há hipóteses legais e jurisprudenciais, nas quais o aborto não é punido.

Não se pune o aborto no Brasil, quando a gestação coloca em risco a vida da gestante (aborto necessário); quando o produto da concepção padece de anencefalia (aborto eugenésico por anencefalia); e, por fim, quando a gravidez decorreu do horrendo crime de estupro (aborto sentimental).

Em relação ao aborto sentimental, debate-se bastante na doutrina a natureza jurídica de sua não punibilidade, conquanto prevista em lei. Pretende-se nesta pesquisa estudar minuciosamente alguns importantes institutos do Direito Penal, para concluir qual a natureza jurídica do causídico previsto no artigo 128, II, do Código Penal brasileiro. Portanto, a motivação da realização deste trabalho é exclusivamente técnico-jurídica.

Seria a natureza jurídica da não punibilidade do aborto sentimental uma hipótese legal de excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do Direito)? Seria uma excludente de culpabilidade, decorrente do requisito inexigibilidade de conduta diversa? Ou seria a natureza jurídica uma opção do estado de política criminal? Eis os problemas a serem resolvidos no decorrer do trabalho.

Justifica-se a pesquisa, pois, conquanto os operadores do Direito saibam que o ordenamento jurídico pátrio não pune o aborto sentimental, falta a muitos confrontá-lo com os principais institutos do Direito Penal à fim de se descobrir a sua real natureza jurídica.

A pesquisa terá por método, quanto a natureza, a classificação básica, pois seu fim são interesses universais. Será qualitativa, pois se pretende aferir subjetivamente objetos teóricos consagrados na doutrina. E, por fim, será exploratória e bibliográfica, pois buscará explorar obras dos melhores juristas.

Em princípio, no primeiro capítulo, a tese abordará as hipóteses de criminalização do aborto no Brasil, tendo por base os casos do Código Penal. Depois, ainda na primeira parte, exporá as hipóteses legais de aborto e duas

decisões jurisprudências que permitem o aborto até o terceiro mês de gestação (1º Turma do STF) e o aborto de anencéfalos (Pleno do STF).

Logo depois, no segundo capítulo, o trabalho explicará cada uma das excludentes de ilicitude e excludentes de culpabilidade, confrontando seus requisitos como o caso do aborto sentimental, a fim de se aferir se nos institutos se encontra a natureza jurídica da permissiva em análise.

Por fim, no terceiro capítulo se demonstrará o que é política criminal, com algumas de suas manifestações no ordenamento jurídico pátrio, pretendo, no fim, analisar se a razão de ser da não punibilidade do aborto sentimental é fruto de deliberação estatal, com fulcro em política criminal.

Com base no todo estudado, buscar-se-á uma resposta para a natureza jurídica da permissiva do artigo 128, II, do Código Penal, a fim de se contribuir academicamente com o debate sobre o assunto.

2 ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceito e classificações

Nas palavras de Mirabete (2006, p. 62), “aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”. Tutela-se com a criminalização do aborto o bem jurídico vida intrauterina, conforme determina o caput do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que preza pela inviolabilidade da vida.

O ordenamento jurídico pátrio incrimina o aborto, seja fruto de gravidez natural, seja fruto de gravidez decorrente de inseminação artificial. Não obstante, não se criminaliza os abortos de gravidez anormais. Entenda-se como gravidez anormal àquelas que se desenvolvem fora do útero materno, isto é, a gravidez extrauterina ou molar.

Se extrauterina ou molar, a sua interrupção não caracteriza crime. Na primeira (extrauterina), o embrião não se desenvolve na cavidade uterina, mas, por exemplo, na trompa (gravidez tubária), no ovário (gravidez ovárica) ou no tubo que atravessa a parede uterina (intersticial). A evolução dessa gravidez pode gerar a morte da gestante. (CUNHA, 2019, p. 100).

A doutrina classifica o aborto de várias maneiras. Conforme o ensino de Rogério Sanches Cunha (2019, P.100), o aborto é classificado como natural ou acidental; natural, quando decorre de problemas de saúde da gestante (um indiferente penal) e acidental, na hipótese de o resultado abortamento decorrer de um trauma sofrido pela mãe (em regra, um indiferente penal).

Classifica-se, também, como criminoso e legal; sendo criminoso nas hipóteses dos artigos 124 a 127 do Código Penal e legal; já o legal dá-se quando enquadrado nos causídicos do artigo 128 do mesmo diploma.

Ainda segundo Rogério Sanches, o aborto pode ser classificado como eugenésico, isto é, quando ocorre por razões de graves anomalias psíquicas ou físicas do produto da concepção. Em regra, o ordenamento jurídico não permite esse tipo de aborto, salvo no caso de anencefalia, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, em julgado a ser analisado neste trabalho.

Por fim, há a classificação do aborto *honoris causa*, que é o realizado pelo fato da gravidez ser fruto de uma relação fora do matrimônio. Trata-se de crime no Brasil.

2.2 Início da tutela penal e o aborto até o terceiro mês de gestação

O aborto pode ser ovular, embrionário o fetal. Será ovular quando ocorre até a oitava semana de gestação; será embrionário, quando se dá até a décima quinta semana de gravidez, e, por fim, será fetal, quando praticado após a décima quinta semana.

Incrimina-se a conduta aborto a partir do fenômeno da nidação, que nada mais é do que a implantação do óvulo fecundado na cavidade uterina. Frente isso, convém fazer uma importante diferenciação: em que pese parte da medicina considerar que a vida humana começa no ato da fecundação, “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.” (GRECO, 2017, p. 172). A diferenciação importa, pois, segundo a ciência, alguns métodos contraceptivos e dispositivos uterinos (DIU) têm o condão de inviabilizar que o embrião concebido se consolide no útero, expulsando-o antes disso:

Outras pílulas, no entanto, atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intrauterinos, cuja ação, para muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto, que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou o seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da segunda espécie e os DIU, que não impedem a concepção, seriam abortivas (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e esta se inicia com a concepção. (FRAGOSO¹ *apud* GRECCO, 2017, p. 172).

Com efeito, frente ao exposto, em razão do entendimento doutrinário sobre o início da tutela penal, não se criminaliza possíveis abortamentos ovulares provocados antes da nidação, seja por contraceptivos, seja por dispositivos uterinos, seja por qualquer outro meio.

Em princípio, no Brasil, pune-se o abortamento em qualquer fase da gestação após a nidação. Todavia, recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mitigou esse entendimento. A Corte Maior, no Habeas Corpus 124.306, por meio de sua 1^o Turma, revogou prisão cautelar decretada por aborto consentido, com fulcro

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**, p. 115-116.

no fundamento de que não se pode criminalizar o aborto até o terceiro mês de gestação.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (BRASIL, 2016).

Portanto, declarou o Supremo que o artigo 124 do Código Penal não foi recepcionado na sua integridade pela Constituição Federal. Com efeito, ele pode ser lido à luz da interpretação conforme a Constituição dada pelo julgado ². Segundo a interpretação, não se aplica o dispositivo penal, quando o aborto ocorreu nos três primeiros meses de gestação.

² O Habeas Corpus não é Controle Concentrado de Constitucionalização, motivo pelo qual, em regra, não é vinculante.

2.3 Espécies de aborto previstas no Código Penal

2.3.1 Aborto provado pela gestante ou com seu consentimento

O artigo 124 de Código Penal prevê as duas primeiras condutas abortivas de natureza criminal. O texto da lei delibera nos seguintes termos: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.” (BRASIL, 1940). Trata-se do auto aborto ou do aborto com consentimento da gestante.

Debata-se na doutrina se é crime próprio ou crime de mão própria. Segundo Bitencourt, citado por Cunha (2019, p. 101), trata-se de crime de mão própria. Assim, explica o douto jurista:

Trata-se, nas duas modalidades, de crime de mão própria, isto é, que somente a gestante pode realizar. Mas, como qualquer crime de mão própria, admite participação, como atividade acessória, quando o partícipe se limita a instigar, induzir ou auxiliar a gestante tanto a praticar o autoaborto, como a consentir que terceiro lho provoque. Contudo, se o terceiro for além dessa mera atividade acessória, intervindo na realização propriamente dos atos executórios, responderá não como coautor, que a natureza do crime não permite, mas como autor do crime do artigo 126.

Já Rogério Sanches entende se tratar de crime próprio, exercido pela mãe, mas com possibilidade de coautoria do terceiro que provoca o aborto com o seu consentimento. Sanches entende que “o crime é próprio, admitindo o concurso de agentes, inclusive na forma de coautoria (por exemplo, gestante e marido, juntos, realizam manobras abortivas).” (CUNHA, 2019, p. 101).

De acordo com esse último entendimento, há, então, exceção da teoria monista. Segundo essa teoria, fundada no artigo 29 do Código Penal (BRASIL, 1940), no concurso de pessoas, autores, coautores e partícipes respondem por um único crime. Prevalecendo a tese do crime próprio, aquele que coopera com o aborto com o consentimento da mãe sofre as penas do artigo 126, apesar de ser coautor com a mãe na conduta prevista no artigo 124.

No crime de aborto também existe exceção à regra adotada pela teoria monista. Mediante o confronto dos arts. 124 e 126 do Código Penal, percebemos que se a gestante procura alguém para que nela possa realizar o aborto, o médico que levou a efeito as manobras abortivas responderá por uma infração penal (art. 126 do CP), e a gestante por outra (art. 124 do CP), quando, de acordo com a teoria monista, deveríamos ter uma única infração

penal distribuída entre a gestante e o médico, razão pela qual não podemos considerar pura a teoria monista adotada pelo Código Penal, mas sim moderada, temperada ou matizada, dadas as exceções existentes. (GRECO, 2017, p. 196).

Para imputação criminosa, é indispensável o dolo, que nada mais é do que desejar ou assumir o risco do resultado interrupção da gravidez. Não há previsão legal para o aborto na modalidade culposa, sendo assim, caso um terceiro, com inobservância de dever de cuidar, lesione a mãe e ocorra o resultado morte, a imputação criminal será de lesão corporal gravíssima, culminada no art. 129, §2º, V do Código Penal. (BRASIL, 1940).

É importante observar que a consumação independe de o resultado morte ocorrer dentro ou fora do ventre materno. Havendo a conduta visando a morte do produto da concepção, caso o resultado aconteça fora da barriga da mãe, haverá o aborto. Todavia, se após a saída do ventre materno, ocorrer nova ação ou omissão corroborando para o resultado, o crime passa a ser de homicídio (art. 121 do Código Penal) ou infanticídio (art. 123 do Código Penal). Isso, porque, o aborto tutela a vida intrauterina; já o homicídio e o infanticídio a vida extrauterina. Posto isso, reitera-se, sendo a conduta contra a vida intrauterina, pouco importa se o resultado morte deu-se dentro ou fora da barriga da mãe, desde que não haja conduta posterior corroborando com o resultado. Neste sentido, ensina parte da doutrina:

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. (NORONHA, 1985, p. 103³)

Sobre a hipótese de atos posteriores a saída do produto da concepção da barriga da mãe corroborando para o resultado morte, há, inclusive, autores defendendo concurso material de crimes de homicídio mais tentativa de aborto.

Falando em tentativa, a conduta é plurissubsistente, ou seja, pode ser fracionada em vários atos, razão pela qual cabe tentativa, desde que o agente não consuma o crime, por razões alheias a sua vontade, nos termos do artigo 14, II, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

³ Comentado por Rogério de Sanches Cunha em Manual de Direito Penal.

Por fim, como o tipo penal estabelece pena mínima de um ano, há cabimento para a suspensão condicional do processo, desde que se preencham os demais requisitos do artigo 89 da Lei 9.099/95. (BRASIL, 1995)

2.3.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante

Diz o artigo 125 *ipsi literis*: Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Trata-se do abortamento sofrido. Percebe-se que a pena culminada é superior, razão pela qual não há cabimento da suspensão condicional do processo.

Neste tipo penal, há um crime de dupla subjetividade passiva, ou seja, há dois sujeitos vítimas do delito, que são a mãe e a vida intrauterina.

As mesmas regras de dolo, consumação e tentativa do crime do artigo 124, já estudadas, se aplicam no artigo 125.

Há, contudo, uma peculiaridade: o agente que mata mulher grávida comete homicídio e aborto, em concurso formal, nos termos do artigo 70 do Código Penal. (BRASIL, 1940), Destaque que se o agente tem o dolo contra os dois bens jurídicos (vida da mulher e vida intrauterina), haverá concurso formal impróprio, com aplicação das regras mais pesadas do concurso material. Cezar Roberto Bitencourt preleciona sobre o tema:

Matar mulher que sabe estar grávida configura também o crime aborto, verificando-se, no mínimo, dolo eventual; nesta hipótese o agente responder, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e aborto. Se houver desígnios autônomos, isto é, a intenção de praticar dois crimes, o concurso formal será impróprio. Aplicando-se cumulativamente a pena dos dois crimes; caso contrário, será próprio e o sistema de aplicação será o da exasperação. (BITENCOURT, 2011, p. 165).

Ainda sobre o caso de homicídio de mulher grávida, pondera-se com a seguinte regra positivada no artigo 19 do Código Penal: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. (BRASIL, 1940). Com fulcro no dispositivo, entende-se que para haver imputação pelo crime de aborto, o sujeito que matou a mulher deve necessariamente saber, seja por evidente barriga grande, seja por que alguém falou, que a mulher estava grávida. Se não sabia, o agente responde apenas por homicídio, já que não se admite no Brasil a imputação objetiva.

2.3.3 Aborto provado por terceiro, com o consentimento da vítima

Nestes termos, dispõe o artigo 126 do Código Penal: “Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de um a quatro anos”.

Sendo a pena mínima de um ano, cabe a suspensão condicional do processo, da mesma forma que é cabível na hipótese do artigo 124 do Código Penal.

As mesmas regras de conduta, dolo e tentativa dos artigos precedentes são aplicáveis neste dispositivo em análise. Importa, contudo, salientar um detalhe: Se durante o ato de abortamento a mãe desistir e o terceiro continuar, não se aplicará este artigo, mas o artigo 125 do Código Penal, pois no causídico se afasta a vontade da mãe. Tendo o resultado morte, a mãe não gozará do benefício do arrependimento eficaz (artigo 15 do Código Penal), mas certamente terá a atenuação da pena, como manda o artigo 65, III, *b*, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

O parágrafo único do artigo em análise diz o seguinte: “Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.” (BRASIL, 1988). Como visto, se mãe é menor de 14 anos, padece de problemas mentais ou foi coagida mediante fraude, ameaça ou violência a consentir com o aborto, presumir-se-á ausência de vontade, o que justifica o afastamento da imputação do artigo 126 para aplicabilidade do artigo 125.

2.3.4. Aborto majorado pelo resultado

O artigo 127 do Código Penal (BRASIL, 1940) apresenta duas causas de aumento de pena. Segundo o dispositivo, aumenta-se de 1/3 a pena do terceiro que provocar o aborto com o resultado de lesão corporal grave na mulher. Caso o resultado resulte em morte, aumenta-se da metade.

Convém salientar que a referida majorante só se aplica nos casos do artigo 125 e 126 do Código Penal. Não aplicará no caso do artigo 124, pois, em razão do princípio da lesividade, “o direito penal não pune a autolesão, nem o ato de matar-se.” (CUNHA, 2019, p. 107).

A majorante se dará, ainda que não ocorra o pretendido resultado aborto. Basta que no ato de tentativa de abortamento ocorra o resultado lesão grave ou

morte. Trata-se do mesmo entendimento do latrocínio, firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante 610. (BRASIL, 1984). Com esse entendimento, ensina a doutrina majoritária:

Nessa hipótese, deve o sujeito responder por aborto qualificado consumado, pouco importando que o abortamento não se tenha efetivado, aliás, como acontece no latrocínio, o qual se reputa consumado com a morte a vítima, independentemente de o roubo consumir-se. Não cabe mesmo falar em tentativa de crime preterdoloso, pois neste o resultado agravador não é querido, sendo impossível tentar produzir algo que não quis: ou crime é preterdoloso consumado ou não é preterdoloso. (CAPEZ, 2004, p. 122).

2.4 Hipóteses legais de aborto

2.4.1 Aborto do feto anencefálico

O aborto do feto anencefálico é uma hipótese de aborto eugenésico, em regra, criminalizado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Entende-se por anencéfalos o embrião, feto ou recém-nascido que, por mal formação congênita, não possui parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem só uma parcela do tronco encefálico. Em uma leitura mais científica, conceitua-se anencefalia da seguinte forma:

Em linguagem científica, define-se anencefalia como uma malformação decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais. Esta malformação ocorre no 26º dia de gestação, momento no qual ocorre o fechamento do tubo neural: o período crítico varia do 21º ao 26º dia. (ENTENDA..., 2010).

Luiz Flávio Gomes considera a interrupção da gravidez em razão de anencefalia um indiferente penal. Para ele, não há tipicidade material, pois os tipos penais não cobriram tal possibilidade. Para ele, o aborto dá-se em produtos da concepção com viabilidade de vida. Não sendo, portanto, viáveis, a conduta em análise seria atípica. Nestas palavras, aponta o doutrinador:

Pode-se afirmar tudo em relação ao aborto de anencéfalo, menos que seja um caso de morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, está cientificamente inviabilizada), mesmo isso é feito em respeito a outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, liberdade etc). Não se trata, portanto, de uma morte

arbitrária. O fato é atípico justamente porque o resultado jurídico (lesão) na é desarrazoado. Basta compreender que “provocar o aborto” do artigo 124 significa “provocar arbitrariamente o aborto” para se concluir pela atipicidade (material) da conduta. Esse, em suma, é o fundamento da atipicidade do aborto anencefálico. (GOMES, 2010, p. 557).

Em razão de muitos juízes não adotarem tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), julgou decidindo pela não punibilidade do aborto de produtos da concepção com anencefalia.

Em relação à anencefalia, muitos debates de ordem filosóficas e jurídico-constitucionais surgiram. A inviabilidade da vida, segundo Thomaz Gollop, citado por Guasque e Ferraz (2012), é calculada da seguinte forma: 75% dos anencéfalos morrem no útero materno e 25% morre logo após que nascem. Seria constitucionalmente correto julgar a validade da vida pela quantidade de tempo que ela vive? Para os autores supracitados, não. Para fortalecer seus argumentos, eles trouxeram a tona dois casos de brasileiros nascidos com anencefalia, que sobreviveram mais do que o imaginado:

A menina Marcela de Jesus, é exemplo do citado[9]. Nascida em 20 de Novembro de 2006, no Município de Patrocínio Paulista, sem o córtex cerebral, apenas o tronco cerebral, responsável pela respiração e batimentos cardíacos. O caso gerou divergências, pois alguns especialistas levantaram a hipótese de que a menina sofria na realidade de uma má formação do crânio (encefalocete) associado a um desenvolvimento reduzido do cérebro (microcefalia). Outros acharam que o que ocorreu foi uma forma ‘não clássica’ de anencefalia. Marcela faleceu em 31 de Julho de 2008, em consequência de uma pneumonia aspirativa. E segundo os médicos a sobrevivência surpreendente de Marcela mostra que o diagnóstico não é nada definitivo. Em entrevista feita quando Marcela ainda estava viva, a pediatra Marcia Beani Barcelos, profissional que mais acompanhou o caso, afirmou que a discrepância não era só em relação ao diagnóstico intrauterino, mas aos prognósticos geralmente feitos. Ela não pode ser comparada com uma criança com morte cerebral que não tem sentimentos. A Marcela não vive em estado vegetativo. Agora como ela processa isso, é um Mistério. Vitória de Cristo, é outro caso raro diagnosticada com anencefalia que sobreviveu além dos prognósticos médicos. Nascida em 13 de Fevereiro de 2010 em uma cidade de São Paulo, tendo completado dois anos agora em 2012. Com 12^o semanas de gestação, ela foi diagnosticada com Acrania, situação que evolui para anencefalia, e seus pais foram contra a interrupção da gravidez, e ao nascer Vitória foi diagnosticada como anencéfala e aos quatro meses de vida, um exame de Ressonância Magnética relatou Anencefalia Incompleta. Aos dois anos de idade, Vitória faz fisioterapia, alimentasse normalmente, responde à estímulos, engatinha e até manifesta sorrisos. Os seus pais acreditam que isso só vem demonstrar que como o diagnóstico de anencefalia é complexo⁴. (GUASQUEZ; FERRAZ, 2012).

⁴ Vitória morreu no dia 17 de julho de 2012.

Conquanto sejam razoável os argumentos, prevalece o entendimento da ADPF 54, isto é, não se pune o aborto de produtos da concepção que padeçam de anencefalia.

2.4.2 Aborto necessário

Diz o artigo 128, I, do Código Penal: “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante.” (BRASIL, 1940).

Segundo Rogério Sanches Cunha (2019, p. 109), para a não imputação penal é necessário três requisitos: a- aborto praticado por um médico; b- haver perigo de vida para gestante; c- Impossibilidade de outro meio de vida para salvá-la.

Em relação a necessidade médico, o doutrinador aponta que, em casos de atual perigo, o não médico poderia fazer o aborto, desde que esteja coberto pelos requisitos do estado de necessidade.

Insta observar que, no causídico deste artigo, pouco importa a aquiescência da mãe para a realização do aborto. “Basta que o profissional entenda ser indispensável fazê-lo”. Desnecessário, ainda, autorização judicial. (CUNHA, 2019, p. 109).

2.4.3 Aborto sentimental

O inciso II do artigo 13 diz que não se pune o aborto “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. (BRASIL, 1940).

São três também as condições para a não imputação penal: a- realização por um médico; b- gravidez decorrente de estupro; c- com prévio consentimento da gestante ou ser representante.

Para caracterização da não imputabilidade, a gravidez pode ser fruto de qualquer forma de estupro, inclusive de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal). Ademais, destaque-se que o antigo atentado violento ao pudor, mediante ato libidinoso, virou, com a Lei 12.015/2009 (BRASIL, 2009), hipótese e estupro do artigo 213 do Código penal. Sendo assim, o estupro de vulnerável e o estupro decorrente de ato libidinoso são também causas justificadoras do aborto sentimental.

Saliente-se que não se faz necessária a condenação criminal por crime sexual ou qualquer tipo de autorização judicial. Basta uma formal alegação da gestante ou seu representante. Nesse sentido, ensina Pierangeli, citado por Cunha (2019, p. 111):

É momento de lembrar que o médico, para realizar o aborto sentimental, não necessita da comprovação de uma sentença condenatória contra o autor do crime de estupro, nem mesmo se exige autorização judicial. Submete-se o facultativo apenas e tão somente ao Código de Ética Médica.

A permissão do aborto sentimental, com visto, tem previsão legal. Todavia, discute-se na doutrina o que levou o Legislador a conceder a permissão. O debate gira em torno da natureza jurídica da permissiva. Seria sua natureza jurídica uma excludente de ilicitude, como legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular do Direito? Seria exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa? Ou somente questão de política criminal? Eis o problema que este trabalho ousa responder, com fundamento na doutrina e na jurisprudência brasileira.

3 ABORTO SENTIMENTAL E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE

3.1 Aborto sentimental e as excludentes de ilicitude

Segundo o conceito analítico de crime, haverá crime quando houver fato típico, ilícito e culpável. “A ilicitude, então, é o segundo substrato do conceito analítico de crime”. (CUNHA, 2019, p. 296).

“Illicitude, ou antijuridicidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico”. (GRECO, 2017, p. 451).

Às vezes, porém, mesmo havendo ilicitude típica, isto é, uma conduta que viola a norma penal, pode-se não haver crime, em razão da existência de normas permissivas de natureza justificativas. Trata-se, nesse caso, das excludentes de ilicitude, como preleciona Anibal Bruno⁵, citado por Rogério Greco (2017, p. 454):

Pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do direito como lícito. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes.

Os três incisos do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) apresentam quatro excludentes de ilicitude, as quais são as seguintes: I- estado de necessidade; II – legítima defesa; III- estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. “Ademais, é possível sustentar a existência de causas de justificação que não se encontram em lei. Entre nós, o consentimento do ofendido é a causa supralegal excludente de ilicitude pacificamente reconhecida”. (CUNHA, 2019, p. 301)

Estudar-se-á as justificantes legais com a intenção de concluir se a natureza jurídica da permissão do aborto sentimental, tipificada na lei, se encaixa em algumas delas.

⁵ BRUNO, Anibal. Direito penal – Parte geral, t. I, p. 365.

3.1.1 Estado de Necessidade

O artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940), define o estado de necessidade com as seguintes palavras: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. A doutrina, por sua vez, traz a seguinte definição:

O fundamento jurídico do estado de necessidade reside, portanto, no conflito de interesses que tal adversidade faz nascer, compelindo o sujeito ativo, em vista da situação de perigo que se descortina, a atuar movido pelo instituto de conservação, para preservar e proteger seu próprio bem jurídico, ainda que à custa da violação de direito de outrem. (PEDROSO, 2008, p. 391).

Com visto, o sacrifício do bem de terceiro se justifica frente a um perigo atual de um bem pessoal ou de terceiro. Segundo Rogério Sanches Cunha (2019, p. 303), perigo atual “cuida-se de risco presente, real, gerado por fato humano, comportamento de animal (não provado pelo dono) ou fato da natureza, sem destinatário certo”.

Embora seja discutido na doutrina, o entendimento majoritário diz que a atualidade do perigo engloba não só a ocorrência do perigo, mas também a sua iminência de acontecer. O dano, então, não precisa necessariamente acontecer. Assim dispõe Flávio Monteiro de Barros (2003, p. 314): “Cumpre, porém, não confundi o perigo atual ou iminente com a iminente realização de dano. Para configuração do estado de necessidade, basta um perigo atual ou iminente”.

Esse perigo atual ou iminente, por sua vez, não pode ter sido causado voluntariamente pelo agente. A expressão “por sua vontade” no texto legal legitima a arguição de estado de necessidade, quando o agente provoca o perigo de forma culposa. Esse é o entendimento de Rogério Sanches Cunha⁶, Rogério Greco⁷ e Fragoso⁸. Todavia, Noronha⁹ e Hungria discordam, dispondo que basta a conduta culposa criando o perigo para se afastar a aplicabilidade do Estado de Necessidade.

⁶ Manual de Direito Penal. Parte Geral, 2019, p. 304.

⁷ Curso de Direito Penal: parte geral, 2017, p. 462.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral, p. 190, citado por Rogério Greco, Ob.. Cit.p. 463

⁹ NORONHA, Magalhães. Direito penal, v.1, p. 183-184, citado por Rogério Greco, Ob. Cit. p. 463.

Outro requisito, como se afere no texto, é a inevitabilidade do comportamento lesivo, isto é, a não existência de outro meio de salvaguardar o bem jurídico próprio ou de terceiro. O uso do estado de necessidade deve ser a última *ratio*

E, por fim, para o uso do estado de necessidade, deve haver uma relação de ponderação entre o bem protegido e o bem sacrificado. Para resolução da proporcionalidade há as teorias diferenciadoras e unitárias.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2019, p. 306), para a teoria diferenciadora, se o bem sacrificado for de igual ou menor valor do que o bem protegido haverá a exclusão de ilicitude; caso o bem sacrificado seja de maior valor, haverá exclusão de culpabilidade. Ainda segundo o juriconsulto, as regras da teoria unitária não comportam exclusão de culpabilidade. Sendo o bem sacrificado de maior valor, há redução de pena; caso seja de igual ou menor valor do que o bem protegido, há excludente estado de necessidade.

Cunha afirma que o Código Penal adotou a teoria unitária, pois o §2º do artigo 24 do Código Penal diz o seguinte: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

Frente ao exposto, importa agora, para fins de solução do problema deste trabalho, analisar se a natureza jurídica da permissiva do aborto sentimental é o estado de necessidade.

É de unânime entendimento que a gravidez decorrente de estupro coloca em perigo atual iminente os bens jurídicos honra, dignidade e saúde mental na mulher. É pacífico também que o perigo não foi provocado por ela, tendo sido provocado pelo esturador. Não há, também, forma de se livrar do problema¹⁰, senão pelo aborto, já que a continuidade da gestação lhe causará os transtornos supracitados. Com efeito, até aqui, poder-se-ia afirmar tranquilamente que a natureza jurídica da tipificada permissão do aborto sentimental é o estado de necessidade. Neste sentido, defende Frederico Marques¹¹ citado por Rogério Greco (2017, p. 550):

Nos termos em que o situou o Código Penal, no art. 128, nº II, trata-se de fato típico penalmente lícito. Afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a *ratio essendi* da impunidade do fato típico.

¹⁰ Neste caso, presumindo que atendimento psicológico não resolva.

¹¹ MARQUES. José Frederico. Tratado de direito penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva: 1964, p. 2012.

A posição do doutrinador, com efeito, não se sustenta, pois falta o preenchimento do requisito essencial da razoabilidade entre o bem jurídico ameaçado e o bem jurídico sacrificado. No caso do aborto sentimental, há os bens jurídicos honra e dor da recordação (da mãe) sendo ameaçados e o bem jurídico vida (intrauterina) a ser sacrificado. Em que pese não haver hierarquização de bens jurídicos, por questões de ordem axiológicas, o bem jurídico vida concebida no ventre materno parece ter maior carga axiológica do que os bens jurídicos em perigo da mãe¹², razão pela qual, não se justifica a arguição do estado de necessidade, na hipótese do aborto sentimental.

Confirma esse entendimento, a doutrina de Rogério Greco (2017, p. 551):

Enfim, no inciso II do art. 128 do Código Penal existem dois bens em confronto: de um lado, a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro, como sugere Frederico Marques, a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos terríveis pelos quais passou nas mãos do estuprador. Adotando-se a teoria unitária ou diferenciadora, a solução para esse caso seria a mesma. Pela redação do art. 24 do Código Penal, somente se pode alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ora, existe uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concedida por Deus. Não entendemos razoável, no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada, optar-se por esse último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária, não poderíamos falar em estado de necessidade. Com relação à teoria diferenciadora, o tema fica mais evidente. Se o bem vida é de valor superior ao bem honra, para ela o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas, sim, no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto.

Frente ao exposto, acolhendo o último entendimento, conclui-se que a tipificada conduta do aborto sentimental não tem natureza jurídica de estado de necessidade.

3.1.2 *Legítima Defesa*

A definição de legítima defesa também é autêntica. Nos termos do artigo 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

¹² Infere-se isso na própria ordem de tipificação no Código Penal. Os crimes contra vida precedem todos os demais.

Zaffaroni e Pierangeli, citado por Greco, dissertando sobre o tema, prelecionam:

A defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo uma certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.(GRECO, 2017, p.477).

São requisitos, com efeito, da legítima defesa a agressão injusta; a agressão atual ou iminente; o uso moderado dos meios necessários e a proteção do direito próprio ou de outrem.

Agressão injusta “é a agressão contrária ao direito, não necessariamente típica”. (CUNHA, 2019, p.309). Ou seja, não precisa ser necessariamente uma retaliação a uma conduta criminosa.

Como se percebe pelos conceitos dos tratadistas tedescos, devemos observar que a legítima defesa é um instituto destinado à proteção de bens que estejam sendo lesados ou ameaçados de lesão por uma conduta proveniente do homem. Agressão, aqui, é entendida como um ato do homem. Daí ser impossível cogitar- -se em legítima defesa contra o ataque de animais. Somente o homem pode praticar uma agressão. Além do fato de somente o homem poder cometer essa agressão, ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode, de qualquer modo, ser amparada pelo nosso ordenamento jurídico. (GRECO, 2017, p. 479).

No que diz respeito à atual e iminente agressão, interessa o cuidado com a iminência. O critério a ser observado é se o lapso temporal da conduta defensiva não seria suficiente para chamar a polícia para intervir no caso. Sendo hipótese de possibilidade de atuação estatal, afasta-se a discriminante.

É preciso que consideremos, sempre, na agressão iminente, a sua certeza em acontecer quase que imediatamente, de modo que nos impeça, também, de buscar auxílio junto aos aparelhos repressores formalmente instituídos. (GRECO, 2017, p. 486).

O uso moderado e os meios necessários são diagnosticados caso a caso, não se resolvendo com fórmulas abstratas e matemáticas. Neste sentido, diz Nelson Hungria, conforme cita Rogério Sanches (2019, p. 312)

A apreciação deve ser feita objetivamente, mas sempre de caso em caso, segundo critério de relatividade, ou um cálculo aproximativo; não se trata de

pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso vertente; não se pode exigir uma perfeita equação entre o quantum da reação e a intensidade da agressão.

Tendo ciência dos requisitos básicos da legítima defesa, importa agora, para atender os fins deste trabalho, compará-la com o tipo penal que permite o aborto sentimental, à fim de se concluir se a natureza da norma não incriminadora é a excludente em estudo.

Resolve-se facilmente a questão, quando se constata a ausência de injusta agressão. Seria legítima defesa o ato de contra-ataque ao estuprador. Todavia, o atacado aqui é o produto da concepção, que nada tem a ver diretamente com o litígio entre vítima e estuprador. Considerando, então, que a vida intrauterina não cometeu nenhuma injusta agressão, não haveria hipótese de legítima defesa. Neste sentido, entende Rogério Greco (2017, p. 551), quando diz que “não se trata de legítima defesa, pois o feto não está agredindo injustamente a gestante”.

3.1.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito

O estrito cumprimento do dever legal é bem explicado por Mirabete, citado por Gomes (2013):

Não há crime quando o agente pratica o fato no “estrito cumprimento de dever legal” (art. 23, inciso III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quando a sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização.

Em regra, o estrito cumprimento do dever legal diz respeito a condutas de quem está a serviço da Administração Pública, que tem Poder de Polícia. Um exemplo é o caso do Oficial de Justiça que penhora um bem. Em regra, a constrição é ilegal, mas no causídico se torna legítima, em razão da previsão legal sucedida de autorização jurisdicional.

Em relação à excludente exercício regular do Direito, trata-se da exclusão da ilicitude, nos casos em que a conduta, em regra criminosa, por disposições legais, aceitas pelo Direito Pátrio. “No dizer de Damásio de Jesus, a expressão direito é empregada em sentido amplo subjetivo (penal ou extrapenal). Desde que a conduta

se enquadre no exercício de um direito, embora típica, não apresenta o caráter de antijuridicidade”. (OLIN, 2008).

Exemplifica-se com os esportes violentos. Em regra, a lesão corporal é crime. Todavia, como se permite esportes violentos, seja por direito legal, seja por direito consuetudinário, não se criminaliza lesões corporais na prática destes esportes, em razão da excludente em análise.

Por fim, analisam-se as duas últimas excludentes como possível natureza jurídica da permissiva legal do aborto sentimental.

Afasta-se de plano a excludente estrito cumprimento do dever legal, pois não há o dever de matar no ordenamento jurídico, salvo nos casos de guerra declarada. Confirma o entendimento Rogério Greco (2017, p. 551)

Não é o caso de estrito cumprimento de dever legal, haja vista a inexistência do dever legal de matar, a não ser nos casos excepcionais, previstos no art. 84, XIX, da Constituição Federal, cuja sinistra função caberá àquele que exercer o papel de carrasco.

Discute-se, contudo, a possibilidade de excludente com fulcro no exercício regular do Direito, tendo por base ser a mulher possuidora dos direitos sobre o seu próprio corpo. Não raro se vê em manifestações feministas a favor da discriminação do aborto o slogan “meu corpo, minhas regras”¹³. O argumento, não obstante, não tem fundamento realístico, pois, no caso do aborto, a agressão é a um indivíduo distinto em formação no ventre da mãe, com direitos próprios, segundo o ordenamento jurídico¹⁴. Sendo assim, não seria cabível tal argumento.

Ademais, o direito pátrio não concede o direito de matar. Assim, delibera Rogério Greco (2017, p. 552): “e muito menos se pode argumentar com o exercício regular de direito, uma vez que o ordenamento jurídico quer, na verdade, é a preservação da vida, e não a sua destruição”.

Com base no estudado, conclui-se que o aborto sentimental, tipificado no artigo 128, II, do Código Penal não tem natureza jurídica de nenhuma das causas excludentes de ilicitude.

¹³ Vide manifestações de atrizes e atores em: <https://www.youtube.com/watch?v=--bCUh57H24>.

¹⁴ Artigo 2º do Código Civil: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2002).

3.2 Aborto sentimental e excludentes de culpabilidade

A culpabilidade pode ser vista em três perspectivas: 1- Como terceiro elemento do conceito analítico de crime; 2- Como princípio que veda a imputação objetiva; 3- Como circunstância judicial agravante ou minorante da pena do agente criminoso. Em todos os casos, entende-se a culpabilidade como o juízo de reprovação que recai sobre a conduta criminosa do agente.

“A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito”. (BRANDÃO, 2003, p. 131).

Conforme a organização do conceito analítico de crime feito por Welzel, para se aferir a culpabilidade é indispensável três requisitos: a- imputabilidade; b- potencial consciência da ilicitude; c- exigibilidade de conduta diversa. Convém, então, analisar os três requisitos e confrontá-los com o causídico do aborto sentimental.

3.2.1 Imputabilidade

A imputabilidade é a capacidade de conhecer a ilicitude do fato e a capacidade de se ordenar voluntariamente ao ilícito cognoscível. Nestes termos, ensina a doutrina:

A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. (BRODT¹⁵ *apud* GRECCO, 2017, p. 530).

O Código Penal prevê duas hipóteses de inimputabilidade, isto é, dois casos em que não há consciência do caráter ilícito e voluntariedade de determinar-se ao ilícito.

O primeiro consta no artigo 27 que diz o seguinte: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. (BRASIL, 1940). O critério de verificação é

¹⁵ SANZO BRODT, Luís Augusto. Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro, p. 46.

biológico. Sendo o agente menos de 18 anos, presume sua incapacidade de consciência de ilicitude, independente do aspecto volitivo.

Há, em verdade, uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos possuiu desenvolvimento mental incompleto, motivo pelo qual deve ser submetido à disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Esta presunção, contudo, está fundada em orientações de política criminal – e não em postulados científicos. (CUNHA, 2019, p. 339).

Outro caso de inimputabilidade consta no artigo 26 do Código Penal, que diz o seguinte: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940).

O artigo supracitado analisa a inimputabilidade por meio de critério biopsicológico. Primeiro, verifica-se problemas de ordem biológica (doença mental, retardamento mental, desenvolvimento mental incompleto); e depois se analisa questões de ordem psicológica, ou seja, se a doença de ordem biológica faz com que o agente seja totalmente incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de se ordenar em relação a ela. Se for positiva a resposta, o sujeito será considerado inimputável e absolvido, com aplicação de medidas de segurança.

Merece ser ressaltado que, se comprovada a total inimputabilidade do agente, deverá ele ser absolvido, nos termos do inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, aplicando-se-lhe, por conseguinte, medida de segurança. Daí dizer-se que tal sentença é impropriamente absolutória, uma vez que, embora absolvendo o inimputável, aplica-se-lhe medida de segurança. (GRECO, 20017, p. 532).

Deve-se observar, todavia, se o sujeito é totalmente incapaz ou não totalmente capaz. Isso porque o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal diz o seguinte:

A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Trata-se de semi-imputáveis aqueles que por problemas de ordem biológica compreendem apenas parcialmente a ilicitude do fato. Este será normalmente condenado, mas com redução de pena¹⁶.

Diante do exposto, caso ocorra o aborto sentimental por um inimputável, seja pelo critério biológico, seja pelo critério biopsicológico, não haverá imputação criminal. Todavia, o objetivo desse trabalho é outro; trata-se de demonstrar a natureza jurídica da permissiva do aborto sentimental, em caso de imputabilidade.

3.2.2 *Potencial consciência da ilicitude*

A potencial consciência da ilicitude é possibilidade de o agente compreender que o seu ato contraria o direito.

Note-se que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico sobre o enquadramento jurídico do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que seu comportamento não encontra respaldo no direito, sendo por ele reprovado. (CUNHA, 2019, p. 347).

A doutrina tem entendido em razão do termo “potencial consciência”, que basta o sujeito ter capacidade cognitiva da ilicitude para ser a ele atribuído o juízo de reprovação. Assim diz Bitencourt:

Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, forma, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. (BITENCOURT, 2011, p. 463).

O erro de proibição, culminado no artigo 21 do Código Penal, é capaz de gerar a não potencial consciência de ilicitude. Diz o seguinte o artigo supracitado:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (BRASIL, 1940).

¹⁶ O artigo 98 do Código Penal permite que o juiz facultativamente substitua a pena culminada por medidas de segurança.

O erro de proibição¹⁷ classifica-se como direto e indireto. Será direto quando o sujeito não conhecia a ilicitude do fato; e indireto quando o erro recai sobre a existência ou os limites de uma excludente de ilicitude. Importa, porém, dizer que estes erros não podem ter por fundamento a falta de conhecimento da lei, pois se presume do conhecimento de todas as leis publicadas no Diário Oficial da União. Com efeito, o erro deve dar-se na ordem dos fatos, com equívoco escusável.

Se escusável o erro, haverá o perdão com base na falta de potencial consciência de ilicitude; se inescusável, não se presume a potencial consciência da ilicitude, cabendo tão somente uma diminuição de pena.

No caso do aborto sentimental, não se cogita erro de proibição, pois o ato é lícito, com fundamento no artigo 128, II, do Código Penal. Sendo lícito, não se cogita arguir inconsciência da ilicitude.

3.2.3 *Exigibilidade de conduta diversa*

Haverá juízo de reprovabilidade (culpabilidade) quando se podia exigir do agente uma conduta conforme o direito, ao invés da conduta criminosa.

O Código Penal trás algumas situações, cuja natureza jurídica é a ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Exemplifica-se com os casos que constam no artigo 22 do Código Penal, que diz o seguinte: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. (BRASIL, 1940) Trata-se da coação moral irresistível e da obediência hierarquia não manifestamente ilegal.

A coação, em análise, é moral, pois sendo coação física, afastar-se-á o fato típico, por ausência de conduta voluntária. Sendo coação moral irresistível, afasta-se a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Exemplifica-se com o exemplo de A forçar B a efetuar um homicídio contra C com uma arma apontada para sua cabeça. Observe-se que se a coação for resistível, o agente responderá pelo crime, sendo-lhe de direito apenas a atenuação da pena, conforme disposto no artigo 65, III, c, do Código Penal. (BRASIL, 1940)

¹⁷ É importante não confundir erro de proibição com erro de fato. O erro de fato ocorre quando o sujeito não sabe o que está fazendo; já no erro de proibição, o sujeito sabe o que faz, mas não tem sabe da sua ilicitude.

A obediência hierarquia deve ser não manifestamente ilegal. Se houver ilegalidade manifesta, haverá a imputação criminal, com atenuação de pena também, nos moldes do mesmo artigo 65, II, c, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Normalmente, não cabe ao inferior hierárquico, mormente na dinâmica diária, questionar todas as ordens recebidas, no exercício das funções públicas, de seu superior hierárquico, principalmente se a ordem não for manifestamente ilegal. Seria um caos e uma constante inversão da hierarquia administrativa, se o cumpridor da ordem fosse a todo tempo questioná-la, embora não sendo um cumpridor cego de todas as ordens emanadas. Entretanto, se o executor da ordem tiver conhecimento ou consciência de sua ilegalidade e cumprir a ordem consciente de sua proibição ou ilicitude, responde, juntamente com o superior hierárquico, em concurso de agente em fato típico doloso. (TANUS, 1999, p. 103).

Conquanto haja outras normas penais não incriminadoras com natureza jurídica de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa¹⁸, convém ater-se agora exclusivamente ao aborto sentimental, foco deste trabalho.

Como visto acima e como serão mostrados com outras referências, alguns doutrinadores entendem que a natureza jurídica do aborto sentimental não é excludente de culpabilidade (por meio de inexigibilidade de conduta diversa), mas sim excludente de ilicitude. Neste sentido Mirabete, citado Rogério Sanches (2019, p.108), quando diz que as hipóteses de aborto sentimental “são causas de excludentes de criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de excludentes de culpabilidade ou de punibilidade”.

No mesmo diapasão Bitencourt (2011, p. 68): “É uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que não há crime, como faz no artigo 23 do mesmo diploma legal”.

Em que pese a posição dos doutos doutrinadores, este trabalho já enfrentou o tema dispondo que não se tratará de excludente de ilicitude.

Mas seria o aborto sentimental uma excludente de ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa? Poder-se-ia dizer categoricamente que não se pode exigir da gestante estuprada outra conduta, senão o aborto? Defende essa tese Rogério Greco (2017, p. 552):

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de

¹⁸ Exemplifica-se com a cláusula de consciência (art. 5º, VI, CF/88). Pode haver também causas supralegais de exculpantes por inexigibilidade de conduta diversa, a serem analisadas caso a caso.

inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Clipes e Lima (2014) entendem do mesmo modo, conquanto avertam a possibilidade de excludente de ilicitude:

Previsto no inciso II do art. 128, é também permitido o aborto, quando a gravidez é decorrente de Estupro. Nesta modalidade abortiva, conhecida como sentimental, o médico que a pratica estará acobertado pela excludente da ilicitude do Estado de necessidade (art. 23, inc. I) ou pela excludente da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Tal norma permissiva é justificada pela dor psíquica e moral que a gestante sofreu no estupro, não sendo possível exigir da mesma os cuidados de um filho resultante de algo tão indesejado e violento.

Rogério de Sanches Cunha (2019, p. 110) não é categórico ao afirmar, mas diz que — a depender do caso concreto — é possível que a natureza jurídica do aborto sentimental seja excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa: assim diz o doutrinador: “Quando praticada pela própria gestante (autoaborto), a depender das circunstâncias, pode caracterizar hipótese de inexigibilidade de conduta diversa”.

Rogério Sanches Cunha condiciona a hipótese a depender de circunstâncias do caso concreto por que a exigibilidade ou inexigibilidade da conduta diversa depende de cada pessoa e de cada caso, não se podendo deduzir abstratamente. Nisso concorda Rogério Greco (2017, p. 548):

Temos, portanto, como conceito de exigibilidade de conduta diversa a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Cury Urzúa define a exigibilidade como a “possibilidade, determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu.” Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

Por mais absurdo que possa parecer, há gestantes que se sujeitaram ao terrível, abominável e torpe ato de estupro que, mesmo assim, consideraram, nos

seus casos particulares, que a manutenção da gravidez era possível, pois a vida intrauterina (seu ou sua filho(a) não deveriam ser penalizado por causa da conduta indigna de quem a estuprou. Há exemplos, como o da goiana Fabiana, que foi notícia no site Pró-Vida Anápolis. (VITOR..., 2001). Na ocasião, ela escreveu as seguintes palavras para o médico:

Eu te agradeço por não ter feito o aborto em mim, sou muito grata ao senhor. Hoje, percebo a importância que essa criança tem, não só para mim, mas para o mundo todo que se move neste instante para recebê-la, pois estou no último mês de gestação e não vejo a hora de ver meu filho.

Outro exemplo de outra brasileira é Maria Luciene de Oliveira, também violentada, que respondeu perguntas de uma entrevista da seguinte forma:

— O que você teria sentido se tivesse feito aborto?

Luciene: "Estaria morrendo de remorsos"

— A mulher estuprada tem o direito de abortar?

Luciene: "Não tem esse direito. A criança não tem culpa"

— A criança nascida de um estupro merece ser menos amada pela mãe?

Luciene: "Não. Merece ser mais amada" (sic!). (DOIS..., 1997).

Por outro lado, há mulheres que não abrem mão do aborto, considerando insuportável a convivência com a criança, fruto de uma relação absurdamente traumática. Exemplifica-se com o caso revelado pela BBC BRASIL (TIVE..., 2018), em que uma mulher violentada teve o filho forçada pela família e hoje, traumatizada, opera virtualmente em um mercado clandestino de aborto de mulheres estupradas.

Dado os diferentes comportamentos de mulheres violentadas, frente a possibilidade de fazer ou não o aborto, não se pode cravar que a aplicabilidade do artigo 128, II, do Código Penal tem por natureza a excludente de ilicitude inexigibilidade de conduta diversa.

Um exemplo que deixa isso evidente: Imagine que as supracitadas Maria Luciene e Fabiana, ambas citadas acima como exemplos de quem não optaram voluntariamente pelo aborto, por razões do estupro, resolvam, posteriormente, abortar por que descobriram que as crianças têm síndrome de down. Bastará a comprovação formal do estupro para conseguirem o aborto, nos termos do artigo 128, II, do Código Penal, mesmo que para elas seja evitável o aborto em razão de estupro. Neste caso, obviamente, o aborto ocorreria, mas jamais a natureza jurídica seria excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Conclui-se, portanto, que não se pode estabelecer —como regra— que a natureza jurídica do aborto sentimental é a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

4 POLÍTICA CRIMINAL E O ABORTO SENTIMENTAL

Junto com o Direito Penal (conjunto de normas e princípios penais) e a Ciência do Direito Penal (dogmática construída por juristas) há as Ciências Penais. Estas se subdividem em duas espécies, a criminologia e a política criminal.

Interessa aqui o estudo da política criminal. Política criminal “é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”. (DOTTI *apud* NASCIMENTO, 2006)

“A Política Criminal tem no seu âmago a específica finalidade de trabalhar as estratégias e meios de controle social da criminalidade” (CUNHA, 2019, p. 35) Pode-se afirmar que é por meio da política criminal que o Estado conclui quais condutas incriminar, quais condutas merecem maior ou menor punição, quais delas merecem ser descriminalizadas ou quais as formas mais eficazes de cumprimento da pena. Política Criminal é a sabedoria do Estado em decidir como manusear a persecução penal à fim de que o Direito Penal atinja seus fins, sem violar seus princípios. Neste sentido, continua Dotti, citado por Nascimento (2006):

Em sentido amplo, compreende também os meios e métodos aplicados na execução das penas e das medidas de segurança, visando o interesse social e a reinserção do infrator. Quanto a estes dois últimos aspectos, pode-se falar em política de execução penal e política penitenciária. Compete à Política Criminal fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a aplicá-lo nos casos singulares em atenção a esses fins. Em síntese, pode-se afirmar que a Política Criminal é a sabedoria legislativa do Estado na luta contra as infrações penais. Ela deve ser concebida e executada dentro de uma realidade humana e social vigente, daí porque se fala na necessidade de se conjugar os seus objetivos, meios e métodos com uma dogmática realista. Esta deve ser considerada como um núcleo característico da ciência penal que deve partir de suas normas e de seus institutos, ajustando-os, porém, às exigências da coletividade e ao reconhecimento da condição humana de seus membros.

Há vários exemplos de deliberações legais com fundamento exclusivo em questão de política criminal.

Um exemplo é a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Segundo o artigo 16 do Código Penal, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois

terços.”(BRASIL, 1940). O item 15 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código diz categoricamente que se trata de política criminal. Vide:

Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. (BRASIL, 1940).

No caso em epígrafe, a política criminal se revela como hipótese de diminuição de pena.

Outros exemplos estão nas hipóteses de perdão judicial previstos na lei, sendo o mais conhecido o perdão judicial no homicídio. Diz assim o §5º do artigo 121 do Código Penal: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. (BRASIL, 1940). Com base neste artigo, por questão de política criminal, decidiu o Estado, por exemplo, não punir por homicídio o pai que mata o filho de um ano atropelado, por não o ver atrás do carro, ao guardá-lo na garagem.

Neste caso do homicídio culposo, a política criminal implica em extinção da punibilidade, como diz o artigo 107, IX, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Percebe-se que, seja no arrependimento posterior, seja no perdão judicial do homicídio culposo, em regra, deveria ter punição nos termos da lei, mas o Estado decidiu diminuir a pena em um caso e extinguir a punibilidade em outro, por motivos políticos criminais, em um caso vislumbrando a reparação do dano; noutra caso pretendendo não punir alguém pelo fato que em si já é uma punição.

Entrando agora no tema aborto sentimental, seria a previsão do artigo 128, II, do Código Penal, uma deliberação por questão de política criminal? A resposta só pode ser positiva, pois quando não se trata de excludente de ilicitude e de culpabilidade, o único fundamento possível é esse; uma deliberação do Estado por razões de ordem de política criminal.

Maria Helena Diniz entende da seguinte forma: “Trata-se de insenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade”. (DINIZ, 2002, p. 55-56).

Diniz é enfática, inclusive, ao afirmar que a política criminal adotada de extintiva de punibilidade em análise não afasta a existência do crime. Segundo ela,

se houvesse o fenômeno da descriminalização ao invés da não punibilidade haveria manifesta inconstitucionalidade:

Suprimida está a pena, mas fica o crime. Sem embargo dessa *opinio*, há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil não há nem poderia haver aborto "legal", ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito. (DINIZ, 2002, p. 56).

Hungria fazendo apologia ao aborto sentimental diz o seguinte: “Costuma-se chamá-lo aborto sentimental: nada justifica que se obrigue a mulher a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida”. (HUNGRIA¹⁹ *apud* CUNHA, 2019, p.100).

Infere-se do texto de Hungria que se trata de questão de política criminal, pois, segundo ele, havendo ou não natureza jurídica para o caso, sempre se deve punir. Isso é caso típico de decisão motivada em política criminal, que quase sempre afasta a regra jurídica, para fazer com o que o Direito Penal atinja seus fins.

Com base no ensinamento por Maria Helena Diniz e Nelson Hungria, conclui-se que a natureza jurídica da não punibilidade do aborto sentimental é escolha do estado por questões de política criminal.

Estes tipos de decisões do Estado com fulcro em política criminal, isto é, sem natureza jurídica próprias do Direito Penal comumente são polêmicas, pois versam sobre temas com opiniões polarizadas. São quase inevitáveis os embates de ordem moral, principalmente quando o tema envolve questões de ordem religiosa. Entretanto, o objetivo desse trabalho não é dizer se o aborto sentimental é moral ou imoral. Pretende-se aqui simplesmente afirmar qual a sua natureza jurídica.

Segundo tudo que foi apresentado pelos doutrinadores, pode-se dizer categoricamente que a não punibilidade do aborto sentimental tem por natureza jurídica sempre a decisão do estado por questão de política criminal.

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v.5. Rio de Janeiro, 1958.

Circunstancialmente, haverá duas naturezas jurídicas: política criminal e excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

5 CONCLUSÃO

Tendo por base tudo o que fora elucidado no presente trabalho, conclui-se sem muita dificuldade que o direito brasileiro defende a vida. Aliás, qualquer civilização que preza pela sua perpetuidade tutela este direito fundamental. No Brasil, a Constituição é clara, no caput do artigo 5º, que a vida é inviolável. Não há na Carta Maior distinção entre vida intrauterina ou extrauterina.

A tutela a vida intrauterina também é evidente no sistema jurídico pátrio. Conforme disposto no artigo 2º do Código Civil, a lei põe a salvo, desde a concepção, o nascituro. Ademais, o Código Penal criminaliza a conduta do abortamento, como visto nos seus artigos 124, 125 e 126.

Entretanto, a tutela do nascituro não é absoluta, pois o direito local também dá às mulheres e gestantes direitos, como o da saúde, o da dignidade e o da honra. Em razão desta colisão de interesses, a jurisprudência da Suprema Corte Brasileira inclinou-se em decisão relativamente recente para não punibilidade do aborto até o terceiro mês de gestação, em um julgado de sua primeira turma haja vista um olhar preocupado para com os direitos das mulheres; bem como estabeleceu como não punível o aborto de produtos da concepção que padecem de anencefalia.

Ademais, o próprio Código Penal prevê situações de aborto legal. Trata-se da hipótese em que o aborto coloca em risco a vida da gestante (aborto necessário); e da hipótese em que a gravidez decorreu de um estupro (aborto sentimental).

Em relação ao aborto sentimental, permitido com base no artigo 128, II, do Código Penal, há o debate quanto a sua natureza jurídica. Este como visto, foi o ponto central do problema apresentado neste trabalho.

Concluiu-se que a natureza jurídica da não punibilidade do aborto sentimental não é a excludente de ilicitude ou estado de necessidade, pois não há razoabilidade em sacrificar o bem jurídico vida a fim de se resguardar o bem jurídico honra e dor da gestante terrivelmente estuprada. Do mesmo modo, entendeu-se que a natureza jurídica não poderia ser a justificante legítima defesa, já que a vida intrauterina não faz nenhuma injusta agressão contra a gestante. Ainda em sede de justificantes, por fim, percebeu-se que a natureza jurídica do aborto sentimental não poderia ser as excludentes do estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, pois não há fulcro normativo para isso.

No que diz respeito às excludentes de culpabilidade, sem muitas dificuldades afastou-se as possíveis natureza jurídica inimputabilidade e potencial consciência de ilicitude, pois o intuito do trabalho é analisar o aborto sentimental dentro de situações normais de sua aplicação.

Já na exculpante inexigibilidade de conduta diversa, os doutrinadores concluíram que, a depender do caso, a aplicação da não punibilidade do aborto sentimental pode ter por natureza jurídica a exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Porém, a natureza jurídica nem sempre será esta, pois, como demonstrado, a inexigibilidade de conduta diversa varia de caso a caso e de pessoa a pessoa. Com efeito, demonstrou-se, com exemplos, que a gestante pode valer-se do aborto sentimental, ainda que se pudesse exigir dela conduta diversa, razão pela qual, nem sempre, a natureza jurídica será a exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Frente à conclusão de que a natureza jurídica do aborto sentimental não é nenhuma excludente de ilicitude e que só será excludente de culpabilidade a depender do caso concreto, conclui-se nas obras analisadas que, frente a porfia dos argumentos, a não punibilidade do aborto sentimental tem sempre por natureza jurídica a deliberação estatal fundada no argumento política criminal.

Entenda-se por política criminal o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Por meio dela, o estado decide punir ou não punir, incriminar ou não incriminar etc. Às vezes, por política criminal, o estado cria regras, sem fundamento jurídico, buscando apenas que o Direito Penal atinja seus fins.

No caso do aborto sentimental, independente das polêmicas de ordem moral, o estado decidiu não punir, ainda que inexistente, no caso concreto, a natureza jurídica da excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Respondendo, então, o problema central da pesquisa: o aborto sentimental, segundo análise sistêmica das obras dos doutrinadores analisados, tem por natureza jurídica sempre a decisão do estado por política criminal. A depender do caso, a natureza jurídica poderá ser decisão do estado por política criminal e excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva: 2003,
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17637/material/Direito%20Penal%20I%20-%20Cesar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- BRASIL. Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Dispõe sobre alterações no Código Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**. 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc124306lrb.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- DOIS testemunhos. **Portal Pró-Vida Anápolis**. 1 abr. 1997. Disponível em: <<https://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/12-dois-testemunhos>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ENTENDA o que é anencefalia. **Senado.Leg.** 03 nov. 2010. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FLORES, Cody. Meu corpo, minhas regras. **Youtube.** 24 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-bCUh57H24>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11924&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 21 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Doutrinas essenciais de direito penal.** São Paulo: RT, 2010.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. Aplicação das causas de exclusão de ilicitude e culpabilidade previstas na parte geral do código penal ao direito administrativo disciplinar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=>. Acesso em: 21 mar. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, v.5.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LIMA, Jonatan Lappa de; CLIPES, Marcela Pereira. Elementos estruturais do crime de aborto e suas especificidades. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14497&revista_caderno=3>. Acesso em: 23 mar. 2019.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** 2.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial.** 21 ed. São Paulo: Atlas: 2006.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Política criminal e eleição de bens jurídicos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 27, mar. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1026>. Acesso em: 23 mar. 2019.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

OLIM, Ricardo Soares de. Natureza jurídica das lesões ocorridas por ocasião da prática de esportes violentos e das intervenções médico-cirúrgicas. In: **Âmbito**

Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5170>. Acesso em: 21 mar. 2019.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

TIVE filho de um estupro e hoje coordeno serviço de aborto por WhatsApp. **BBC Brasil**. 7 jun. 2018. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44337266>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

VITOR, o menino que venceu. **Portal Pró-Vida Anápolis**. 11 fev. 2001. Disponível em: <<https://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/4-vitor-o-menino-que-venceu-jose-serra>> Acesso em: 27 mar. 2019.