

ASPECTOS CASUÍSTICOS E JURÍDICOS DO “ABORTO NECESSÁRIO”

INGRID FAGUNDES ZIEBELL¹; BLEND A MARIANO GHELER, BRUNA FERREIRA PETER, MARIANA BICCA BERTOLINI²; DANIEL BROD SOUZA³

¹Universidade Federal de Pelotas – ingridziebell@hotmail.com

²Universidade Federal de Pelotas – blenda_gheler@hotmail.com

³Univerdade Federal de Pelotas – brodsousa@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tem como objetivo a ampliação do conhecimento sobre a forma de construção social e o alcance do sentido da norma, em específico do artigo 128 I do Código Penal, o qual traz hipótese do chamado aborto necessário ou terapêutico.

O Direito pode ser entendido sob uma égide tridimensional, a qual prevê aspectos intrínsecos, tais como normativo, fático e axiológico. A partir disso pode-se aferir que um fato social na maioria das vezes terá seu recepcionamento normativo baseado em valores sociais, os quais são condicionados pelas concepções do período histórico vivido.

O aborto pode ser concebido como um fato social, presente em diversas culturas e em diferentes momentos da história, porém a esfera de princípios e a conceituação a respeito desta prática foram se alterando baseados em aspectos fáticos e axiológicos que condicionaram o modo de seu recepcionamento jurídico. Sobre tal oscilação valorativa, pondera Maria Helena Diniz que a prática do aborto, em certo período, era “assunto estritamente familiar, que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com pena capital, não faltando ainda eras em que foi punido brandamente” (DINIZ, 2007). Dessa forma, afere-se que ora o aborto foi recepcionado como pertencente ao direito privado e ora ao direito público.

Além do aspecto social é de grande relevância o aspecto biológico do aborto, sendo importante a menção da sua conceituação de acordo conforme parâmetros médicos. Assim, “de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o abortamento é a interrupção da gravidez antes de 20 semanas de gestação ou com peso fetal inferior a 500g” (SAVARIS, 2011).

O ordenamento jurídico-penal brasileiro classifica o aborto (art. 124-127, do Código Penal) como crime contra a vida, localizado na Parte Especial do Código Penal, em seu Título I, Capítulo I, os quais dispõem respectivamente dos “crimes contra a pessoa”, e dos “crimes contra a vida”, sendo um delito doloso, da competência do Tribunal do Júri, conforme estipulam o art. 5º, XXXVII, “d”, da Constituição Federal e o art. 74, §1º, do Código de Processo Penal. A doutrina considera a prática como “morte dada ao nascituro *intra uterum* ou pela sua provocação de sua expulsão” (PRADO, 2005), ou seja, há necessidade de presença de elementos que tipifiquem a conduta criminosa, tais como a comprovação de gravidez, o dolo, o emprego de técnicas abortivas diretas ou indiretas e a morte do conceito.

O Código Penal brasileiro dispõe sobre as espécies de aborto criminoso nos seus dispositivos 124 a 127, os quais referem, respectivamente, à situações de autoaborto, de aborto provocado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, e, ainda, a forma majorada preterdolosa, a qual prevê a incidência de lesão corporal grave ou morte, por decorrência do aborto provocado ou consentido.

No entanto há casos de aborto que são tolerados pelo ordenamento penal, de tal forma que há a presença de norma penal permissiva estampada no art. 128, do Código Penal, consistente no aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do CP) e no aborto sentimental ou humanitário (art. 128, II, do CP), *in verbis*:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

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.

Atualmente como é mister da tarefa do juiz, ao enquadramento da norma geral nos casos específicos, tal como dispõe o artigo 126, do CPC, determina que o juiz não pode se eximir de despachar ou sentenciar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, de modo que a questão tem que ser enfrentada e decidida segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, sendo que no Direito Penal existem uma série de restrições de hermenêutica ampliativa dos tipos penais incriminadores.

Dessa forma, em relação à norma permissiva do art. 128, do CP, se faz presente, no entender das autoras do presente trabalho, a extensão interpretativa do referido dispositivo legal, o qual faz alusão ao aborto terapêutico, pois sobre este também recai a questão da segurança da saúde psicológica da mãe, uma vez provada a impossibilidade de vida extrauterina pelo feto, mediante segura perícia médica. Nesta esfera se dispõe os chamados abortos terapêuticos, os quais ainda não são previstos pela legislação brasileira

2. METODOLOGIA

A pesquisa foi realizada a partir da análise de jurisprudências selecionadas com o termo “aborto necessário”, além de doutrinas nacionais.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Para fins de compreensão cabe a exposição dos resultados obtidos a partir da pesquisa jurisprudencial com o termo “aborto necessário”, os quais demonstram os casos atualmente aceitos, ou não, a partir da extensão interpretativa do artigo 128.

Acórdão	Utilizou doutrina?	Utilizou Jurisprudência?	Procedência do pedido.	Argumentos para decisão.	Preponderância de:
Apelação Criminal TJAC	Sim	Sim	Sim, decisão unânime.	Abalo à saúde psíquica da mãe.	Jurisprudência

Apelação Civil TJMG	Sim	Sim	Sim		Abalo à saúde psíquica da mãe.	Doutrina
Apelação Criminal TJAP	Sim	Sim	Sim, unânime.	decisão	Abalo à saúde psíquica da mãe.	Jurisprudência
Apelação Cível TJMG	Sim	Sim	Sim, unânime.	decisão	Abalo à saúde psíquica da mãe.	Jurisprudência
Apelação Cível TJMG	Sim	Sim	Sim, unânime.	decisão	Feto anencéfalo, ausência de vida extrauterina.	Jurisprudência
Apelação Criminal TJPR	Sim	Sim	Não, unânime.	decisão	Feto anencéfalo, ausência de vida extrauterina.	Jurisprudência
Apelação Criminal TJRS	Sim	Sim	Sim, unânime.	decisão	Feto acrânico, ausência de vida extrauterina.	Doutrina
Apelação Criminal TJRS	Sim	Sim	Sim, pela maioria.		Abalo à saúde psíquica da mãe.	Jurisprudência
Mandado de Segurança TJRS	Sim	Sim	Não, unanimidade.	por	Incompetência para deferir o pedido, súmula 267 do STF.	
Habeas Corpus TJRS	Não.	Sim.	Sim, unânime.	decisão	Risco à vida da gestante, artigo 128.	Jurisprudência.
Apelação Criminal TJRS	Não	Sim	Sim, unânime	decisão	Risco à vida da gestante, artigo 128.	Legislação, Artigo 128 I.
Mandado de Segurança TJSP	Não.	Sim.	Sim, unânime.	decisão	Feto portador de Síndrome de Edwards.	Jurisprudência
Mandado de Segurança TJSP	Não	Sim	Sim, unanime.	decisão	Risco à vida da gestante, artigo 128 I.	Jurisprudência
HABEAS CORPUS TJSP	Não.	Sim.	Não, unânime.	decisão	Aguardar conclusão da ADPF nº 54. Feto anencéfalo.	Jurisprudência
HABEAS CORPUS TJRR	Não	Sim	Não		Aguardar conclusão da ADPF nº 54, feto anencéfalo.	Jurisprudência

4. CONCLUSÕES

Após a análise das jurisprudências e doutrinas pode-se evidenciar que a prática social do aborto é muito mais ampla do que a abrangida pela sistema normativo, de modo que o seu enquadramento na esfera das políticas públicas é de extrema importância. Além disso há que se notar a recorrente extensão do artigo 128, I, para abranger situações de aborto terapêutico e eugênico, de modo a se tentar preservar a saúde psíquica da mãe, havendo uma exaltação da doutrina e jurisprudência sobre o dispositivo legal, um vez que este é fonte do recurso de extensão para tornar a norma aplicável às situações cotidianas.

Viu-se ainda a incitação a uma atualização do Código Penal em vários acórdãos, posto que este foi elaborado numa sociedade destoante da atual, na década de 1940. Muitas das situações encontradas nos tribunais, como anencefalia, Síndrome de Edwards e outros impedimentos de uma vida saudável não eram possíveis de ser detectadas em um período gestacional, como hoje o é com exames considerados simples pela nossa medicina.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DINIZ, M.H. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SAVARIS, R. Francalacci. Abortamento. In FREITAS, F. **Rotinas obstétricas**. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- PAULA, W. K. Aborto Tradições e Contradições. Florianópolis : Papa-Livro, 1996.
- Aborto e saúde pública no Brasil : 20 anos** / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência de Tecnologia – Brasília : Ministério da Saúde, 2009.
- PRADO, L.R. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: artigos 121 a 183. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.
- TJAC. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Acre, Rio Branco, 22 fev. 2007. Acessado em 06 out. 2013. Online. Acórdão 5048.
- TJMG. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 09 jun. 2009. Acessado em 06 out. 2013. Online. Apelação Cível n.º 1.0686.09.235524-3/001 (1).
- TJAP. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Amapá, Macapá, 05 set. 2000. Acessado em 06 out. 2013. Online. Acórdão 3706.
- TJMG. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 31 mai. 2007. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Cível n.º 1.0079.07.343179-7/001 (1).
- TJMG. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 04 ago. 2005. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Cível n.º 515.561-1.
- TJPR. **Jurisprudência**. JusBrasil, Curitiba, 04 mar. 2010. Acessado em 06 out. 2013. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Criminal n.º 628.358-1.
- TJRS. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 10 mai. 2012. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Criminal nº 70048297840.
- TJRS. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 27 nov. 2008. Acessado em 06 out. 2013. Mandado de Segurança nº 70025883562.
- TJRS. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 28 nov. 2007. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Criminal nº 70021944020.
- TJRS. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 02 abr. 2003. Acessado em 06 out. 2013. Apelação Criminal nº 70006088090.
- TJRS. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 17 fev. 2005. Acessado em 06 out. 2013. Habeas Corpus nº 70010543098.
- TJSP. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 15 dez. 2005. Acessado em 06 out. 2013. Online. Acórdão 0088097-7
- TJSP. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 30 out. 2003. Acessado em 06 out. 2013. Online. Acórdão 0063534-4.
- STJ. **Jurisprudência**. Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, 10 mar. 2013. Acessado em 06 out. 2013. Online. Acórdão 0071122-1.
- TJRR. **Jurisprudência**. JusBrasil, Boa Vista, Roraima, 12 ago. 2008. Acessado em 06 out. 2013. Habeas Corpus nº 010.08.010364-0.