

I – INTRODUÇÃO

No conceito médico-obstétrico, aborto é a expulsão natural ou provocada, até ao final do sexto mês de gravidez, do produto não viável da concepção; a partir do sexto mês, face à viabilidade do feto, a expulsão passa a denominar-se parto prematuro. A obstetria, para efeito de denominação, não faz diferença entre a expulsão espontânea ou provocada.

A medicina legal, por sua vez, limita a noção de aborto àquele provocado ou que resulta da conduta intencional ou imprudente do homem. Ao mesmo tempo, não considera a idade cronológica do feto, nem sua viabilidade: qualquer que seja o estágio da gravidez, a ação que aniquila ou destrói o fruto concebido é considerada abortiva. (1)

O critério médico-legal, portanto, ao invés de considerar o aborto a partir da expulsão do feto, estabelece como fator *necessário* e *suficiente* para a configuração do delito, a interrupção da gravidez. (2) A este critério médico-legal, ensina Nelson Hungria, (2) deve afeição-se a noção jurídico-penal. E apre-

senta as definições de Morisani — “aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época da maturidade”; de Garimaud — “é a cessação prematura e dolosa da gravidez ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem aparecimento dos fenômenos expulsivos”; para, em seguida, produzir seu próprio pensamento contido num resumo das definições anteriores — “é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina”. (2)

O ponto de vista do mestre apoia-se em que (2)

“O requisito da *expulsão do feto* poderia conduzir, na prática, à perplexidade. Pode acontecer, notadamente nos primeiros períodos da gravidez, que o embrião, ao invés de ser eliminado para o exterior, é objeto de um processo de autólise e acaba por dissolver-se e ser reabsorvido. Outras vezes, pode sofrer um processo de mumificação ou maceração, permanecendo dentro do útero como um corpo estranho. E outras vezes, ainda, é sujeito a um processo de calcificação (*litopédio*). Ora, em tais casos, adotado o velho conceito de CARMIGNANI e TARDIEU, ter-se-ia de reconhecer a inexistência do crime, pois não há expulsão do produto da concepção. Por outro lado, pode ocorrer que, não obstante a provocada expulsão prematura, o feto nasça *vivo e vital*, deixando, portanto, de configurar-se o crime de aborto, cujo momento consumativo é a *morte* do feto. Ainda mais: pode acontecer que o feto já estivesse morto antes da provocação do aborto, e, assim, apesar da sua expulsão, não se apresenta o crime, mas uma *tentativa inadequada*, que escapa à punição.

O aborto, em face do Código, é crime de dano (ou *material*): é necessário, para sua consumação, que se opere, efetivamente, a occisão do feto *intra uterum* ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto. O verbo *provocar*, empregado nos arts. 124, 125 e 126, não pode ter outro sentido senão o de *dar causa a, originar, promover*.”

Segundo o conceito de Tardieu, acima citado por Nelson Hungria, a configuração do crime independe da morte do feto, exigindo, tão-somente, a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, sem que se levem em conta as circunstâncias de idade, viabilidade, e, ainda de formação regular. (3) Sejam quais forem estas circunstâncias, não atenuam e nem agravam as condições intencionais e morais do aborto provocado. O entendimento do médico-legista francês não abrange o desaparecimento do feto na madre, observa Olavo Oliveira, (4) modalidade de aborto vulgar hoje em dia.

As legislações modernas apoiadas no primeiro ou no segundo conceitos — estes por sua vez e de *per si*, defendidos por criminologistas de envergadura — consignam e incriminam, na sua maioria, as práticas abortivas.

Evidentemente, essa incriminação exclui o aborto *espontâneo*, fenômeno natural decorrente de estados patológicos, para dirigir-se ao aborto *provocado* — ação consciente e voluntária da criatura humana, que se concretiza através do emprego de meios químicos ou medicamentosos, físicos (mecânicos, térmi-

cos ou elétricos) e psíquicos ou biodinâmicos (terror, susto, sugestão etc.) capazes de interromper o processo fisiológico da vida intra-uterina; ou se efetiva por via de manobra ou operação praticada em si própria pela gestante ou por outrem com a mesma finalidade. É verdade que, nem sempre, o aborto provocado é criminoso, eis que, em determinadas circunstâncias, a lei o acoberta. Tem-se, então, o aborto *lícito* cujo conceito varia, realmente, de país para país, segundo teremos oportunidade de observar.

Nem sempre o aborto provocado, objeto do presente estudo, foi alvo de repulsa por parte das leis dos diferentes povos nos diferentes estágios da história da humanidade. Numa curva crescente, caminhou da impunibilidade à punibilidade máxima, para, atualmente, manifestar sensível inclinação no sentido do ponto de partida — ou seja da impunibilidade — que se situa em tempos remotos.

II — HISTÓRICO

A Antiguidade não considerou a face criminosa do aborto. Não o incriminavam os Hebreus, a não ser que resultasse de violência:

“Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, serão obrigados a indenizar segundo o que lhes exigir o marido da mulher; e pagarão como os juizes lhes determinarem. Mas se resultar a morte da mulher, então darás vida por vida.” (5)

Posteriormente à legislação mosaica, é que se verificou a incriminação da mãe culpada de aborto voluntário. Só se permitia matar o feto se o parto fosse laborioso e houvesse risco para a vida da mãe. (6)

A Índia o via como tacitamente consentido sob o silêncio da lei que se omitia a respeito. Mandava o Código de Manu, quando mulher de casta muito elevada concebida de homem de baixa casta, se desse morte ao filho, seja provocando o aborto, seja levando a mãe ao suicídio. Propósito da lei: manter a pureza do sangue, através do severo castigo infligido à mulher por sua infidelidade à casta. (7)

Na Grécia, praticava-se o aborto em larga escala, não se cogitando de coibi-lo, senão em função de determinado interesse coletivo. Na Lacedemônia ou Esparta, os juristas o proibiam tendo em vista o anseio no sentido de que ali houvesse o maior número possível de atletas e guerreiros. (8) Do contrário, chegava-se a aconselhar-lhe a prática, como o fizeram Platão e Aristóteles. O primeiro, apesar de ter se mostrado, em princípio, contrário a que o aborto fosse autorizado, “en el libro séptimo de su *Política* señala que, cuando es excesivo el número de ciudadanos puede autorizarse el aborto, antes de la animación del feto, en la mujer que hubiese concebido en contravención a las órdenes del magistrado.”; o segundo “aconsejó el aborto en Grecia para contener el excesivo aumento de la población.” (8)

A legislação romana, inicialmente, não cogitou da matéria. Ignorou-a a Lei das XII Tábuas. É compreensível. A “Tábua Quarta — Do pátrio poder e do casamento” permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos e lhe concedia direito de vida e de morte sobre os filhos nascidos de casamento legítimo, além do poder de vendê-los. (9)

Assistia ao pai o direito de vida e morte mesmo sobre os filhos adotivos. (9) Dentro dessa concepção, estranha se tornaria a incriminação do aborto. De forma que, quando se veio a tomar posição ante o problema, o feto foi considerado *portio viscerum matris*. A mulher que provocava a interrupção da gravidez dispunha do seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*; (10) sendo casada, cometia, tão-somente, um delito contra o marido, lesando-lhe o direito à prole. A essa fase de franca liberalidade sucedeu um período de graves punições: com Septímio Severo, castigou-se o aborto com pena extraordinária invocándose para ello la ley contra el envenenamiento, entonces se penó con la confiscación y el destierro, pero si hubiese ocasionado la muerte de la mujer podía imponerse la pena capital." (11)

Sobre essa transformação, comenta Giuseppe Zuccala: (12)

"dall'epoca di Settimio Severo, l'embrione cessa di valere come *portio mulieris*, oggetto di esclusiva tutela civilistica: l'aborto entra così a far parte della categoria dei fatti penalmente sanzionati, ma, prima di evolvere nella figura dell'omicidio e di essere annoverato, per la sempre più larga penetrazione della dottrina della Chiesa, tra i delitti contro la vita, viene concepito alle origini come frustrazione della legittima speranza del marito ad avere un figlio, lesione dell'interesse del padre a non essere defraudato della prole (diritto di famiglia).

No direito germânico — lê-se no "Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro" (13) — foi que mais nitidamente se fixou o conceito da punição do aborto procurado, tendo, para isso, exercido influência decisiva o predomínio das idéias cristãs. Citando Pessina, o Repertório informa ainda: "A *Lex romana Wisigotorum* punia o aborto e condenava quem propinasse beberagens abortivas, assim como punia o uso dos meios mecânicos abortivos. Algumas leis como a do Bajuvari, consideravam até o aborto como mais grave que o infanticídio, pela consideração de que o feto não tinha sido batizado."

III — A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO

A tomada de posição face ao problema, verificou-se, de fato, com o Cristianismo sob cujo influxo, ensina Nelson Hungria, (14), os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*. (15)

O Direito Canônico, entretanto, nem sempre incriminava o aborto. Informado pelas teorias anímicas estabeleceu distinção entre a morte do feto vivificado pela alma e a do feto inanimado. Realmente, grandes doutores da Igreja pontificaram nesse sentido. Para Santo Agostinho, o embrião humano permanecia inanimado por um período indeterminado de tempo, a partir da concepção. Enquanto Santo Thomaz de Aquino — igualmente adepto da existência desse período de hibernação espiritual — já teorizava no sentido de que a alma penetraria o feto a contar dos primeiros movimentos deste no útero materno. (16) O reflexo de tal entendimento se fez sentir nos textos legais.

Pio Ciprotti, (17) na "Enciclopedia del Diritto", comenta que no "Corpus Iuris Canonici" um texto de Inocêncio III de 1211, "distingue secondo che l'aborto sia stato cagionato quando il feto era già animato, ou quando non lo era ancora." Acrescenta o comentarista que "Questo... testo é basato su una

erronea interpretazione di un passo dell'Esodo (21, 22-23) interpretazione derivante dalla traduzione greca dei Settanta e da quelle latine, e seguita anche da Sant'Agostino in due passi pure riportati nel *Corpus* (c. 8-9, C. 32, q. 2)". De qualquer forma, o Direito Canônico adotou a distinção considerando o feto, até certo período da gravidez, como destituído de alma. No quadragésimo dia, a contar da concepção, dava-se a animação se se tratasse de homem; sendo mulher o fruto concebido, a alma teria que aguardar, pacientemente, mais quarenta dias, ou seja, só no octogésimo, a chama espiritual a animaria para assegurar-lhe o direito à vida. A partir dessa diferenciação, bem se pode imaginar quão diversas eram as penas, conforme se destruísse o feto com ou sem alma. No primeiro caso, condenava-se ao limbo uma alma não redimida pelas águas do batismo e pagava-se a transgressão com a morte; no segundo, aplicavam-se penas inferiores, geralmente, penas pecuniárias. ⁽¹⁸⁾

A Igreja não foi unânime na aceitação da tese supra. Alguns doutores a repeliram. São Basílio, por exemplo, não admitia a distinção entre o feto provido e o desprovido de alma, considerando criminoso o aborto provocado, qualquer que fosse a fase da gestação. ⁽¹⁹⁾ Mas, unânimes, foram as autoridades eclesiásticas em tratar o problema com extrema severidade.

Relata Guillermo Cabanellas que ⁽²⁰⁾

"El Concilio de Elvira negó, en su cánon 63, la comunión, aun al fin de su vida, a las adúlteras que hubiesen matado a sus hijos. Y Sixto V, en su bula *Ad Effraenatam*, de 1588, estableció las siguientes penas contra los que procuran el aborto o cooperan a él:

1. — Incurren en todos los castigos que las leyes civiles o eclesiásticas establecen para los homicidios voluntarios;
2. — Contraen irregularidad;
3. — Se les priva de todo privilegio clerical;
4. — Se hacen inhábiles para toda clase de oficios o beneficios, lo mismo simples que curados;
5. — Los que tienen oficio o beneficio quedan *ipso facto* privado de él;
6. — Si son clérigos deben ser depuestos y degradados, entregándolos al brazo secular.

En otro orden en el Concilio de Worms, en el Sínodo de Bamberg y en el de Wyrzburg, fueron dictadas penas severas contra quienes realizaran maniobras tendientes a prevenir la fecundación. En el Concilio de Worms se estableció que es culpable de homicidio el que procura la esterilidad, tanto respecto del hombre como de la mujer. En los Sínodos citados se dictó la pena de confinamiento, seguida de la excomunión, contra los que adoptasen prácticas cuyo objeto fuera impedir la fecundación.

Acrescenta-se que, na bula *Effrenatum*, de 29 de outubro de 1958, aludida pelo autor supracitado, Sixto V "abolì quella distinzione, stabilì pene severissime contro i colpevoli di aborto, e dispose che questi, dopo la condanna ecclesiastica, fossero consegnati al braccio secolare per esser puniti come omicidi; estese poi le stesse sanzioni anche per coloro che usassero mezzi diretti ad

impedire il concepimento.” (21) A distinção, por outro lado voltou a prevalecer, uma vez que, menos de três anos depois, Gregório XIV, de acordo com a constituição *Sedes Apostolica*, de 31 de maio de 1591, “atenuò alquanto le sanzioni ecclesiastiche, e le restrinse al solo caso di aborto su feto animato.” (21) Somente em 1869, o problema foi posto em termos definitivos. O Papa Pio IX, por força da constituição *Apostolicae Sedis*, de 12 de outubro daquele ano, (22) registrou a repulsa da Igreja pelo aborto, independentemente da fase da gestação em que fosse praticado, abandonando, por conseguinte, a teoria do retardamento da infusão da alma racional no embrião humano.

Abeberaram-se as legislações na doutrina da Igreja e puniram com veemência e rigor as práticas abortivas. Muitas assimilaram e integraram em suas codificações as concepções anímicas do Direito Canônico.

Na Inglaterra, por exemplo, até 1803, a “common law” não considerava criminoso o aborto praticado dentro do período compreendido entre a concepção e as primeiras 16 ou 20 semanas a ela subseqüentes: “An induced abortion before quickening was not a crime.” (23) A expressão “quickening” designa, justamente, aquele estágio da gestação, quando a mulher sente os primeiros movimentos fetais, o que ocorre, em regra, da 16ª para 20ª semana após a concepção. (“Quickening is that stage of gestation, usually sixteen to twenty weeks after conception, when the woman feels the first fetal movement”) (24) Isto posto, a lei não proibia o aborto senão quando realizado “after quickening”. É interessante notar que, a contar daquela época, dentro do ponto de vista supra exposto, logo se abriu um parêntese para estabelecer uma exceção à regra proibitiva: se a intervenção visava a salvar a vida da mulher, a lei a acobertava, qualquer que fosse o período da gestação, visto que, a *common law*, nessa hipótese, não a incriminava. Transcrevemos a observação: (25)

“An exception to the rule forbidding abortion after quickening developed rapidly in the common law; if the abortion was done in order to save the life of the woman, it could be done at any period of the gestation, it was not deemed criminal and therefore it was punishable at common law.”

Data de 1803 o primeiro estatuto inglês regulador da matéria — “The Miscarriage of Woman Act” —. Abolia-se, então, da “common law”, a discriminação do aborto praticado no período anterior ao “quickening”. O Ato condenava o uso intencional, malicioso e ilegal de qualquer substância para fins abortivos, sem atentar para o sucesso da tentativa ou a sobrevivência da mulher. Configurava-se o delito em qualquer hipótese, mas a pena capital só seria aplicada se a substância administrada o fosse posteriormente ao “quickening”. Como consequência, para o efeito da aplicação da pena mais severa, prevalecia a distinção no tratamento dispensado ao feto, antes e depois da animação. (26)

O ato de 1803, emendado em 1828, já limitava a três anos de prisão, a pena atribuída ao autor de aborto ilegalmente provocado por meio de instrumentos, caso a mulher sobrevivesse, o que vem denunciar uma tendência no sentido da mitigação do castigo. Quanto à diferença estabelecida, para efeito de incriminação, entre o aborto anterior e o posterior ao “quickening”, veio a desaparecer após 1837 — quando subiu ao trono a Rainha Victória — mediante

nova emenda ao "Miscarriage of Woman Act". (27) Esta definição da lei inglesa, antecedeu à da Igreja, que, segundo vimos, só em 1869, (22) abandonou a teoria da infusão da alma racional no feto.

Essa mudança de posição perante o problema do aborto, especialmente no que concerne à atenuação das penas, tem suas raízes no século XVIII, quando se registrou enérgica reação contra os rigores do tratamento penal dispensado ao crime. Beccaria, verberando contra a inútil prodigalidade dos suplicios "que no ha hecho nunca mejores a los hombres", (28) protestando contra as penas do infanticídio, introduziu, também, quanto ao aborto, a atenuação. O comentário é de Francisco Gonzalez de la Vega (29) que apresenta ao leitor o impasse contido na substanciosa interrogação do mestre italiano:

"Quien se encuentra entre la infamia o la muerte de un ser incapaz de sentir sus males, cómo no ha de preferir esta a la miseria infalible a que serian expuestos ella y el infeliz fruto? La mejor manera de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la debilidad contra la tiranía, la cual exagera los vicios que no pueden cubrirse con el manto de la virtud."

A influência poderosa do pensamento renovador fez-se sentir naquele mesmo século. "Nei secolo XVIII — lê-se no "Novissimo Digesto Italiano" — la pena fu mitigata e si riconobbero anche i motivi de onori o di povertà che avessero spinto la madre al reato. Il padre e la madre rei del delitto erano puniti con pene più gravi che non i terzi." (30)

IV — A IGREJA E AS LEGISLAÇÕES MODERNAS

A Igreja, coerentemente, permaneceu e permanece invulnerável na posição contrária ao aborto. Não o trata, é certo, com a severidade de que se revestiram os Concílios de Elvira e de Worms, os Sínodos de Bamberg e Wurtzburg. (20) Mas, no Código de Direito Canônico vigente "l'aborto diretto è previsto come delitto contro la vita nel can. 2350 § I, che lo punisce con la scomunica *latae sententiae*, riservata all'Ordinario..." (31) Sujeitos ativos do delito, podem ser igualmente punidos, quer a mulher que procura abortar por si mesma, quer o terceiro que pratique o aborto, tenha ou não consentido a gestante. Afastada está da lei vigente, a distinção entre feto animado e feto inanimado, considerando-se a alma como infusa no feto no momento mesmo da concepção. O elemento subjetivo do crime é o dolo. Conseqüentemente, o aborto indireto não se classifica no âmbito dos crimes previstos no can. 2350 supracitado, enquanto, mesmo o aborto terapêutico, em se tratando de aborto direto, é punível, se bem que "com pena menor. Razão: o aborto direto é um ato *intrinsece malus*, segundo a terminologia teológica. Aplica-se-lhe a disposição do can. 2205, § 3, que classifica tanto o estado de necessidade quanto o grande temor e a doença grave como circunstância atenuante mas não excludente. (31) Vigoram as normas gerais relativas à punibilidade da tentativa e do delito frustrado, assim como aquelas que dizem respeito à punibilidade dos con-
correntes.

Dentro destes princípios a Igreja não abre exceções para o aborto provocado, direto. Esta posição é exposta no Brasil, através da palavra de D. Cirilo Folch Gomes, O S B: (32)

“Nos pronunciamentos do magistério são excluídas quaisquer indicações, admitindo-se apenas o aborto feito indiretamente e não intencionado como tal, mediante intervenções necessárias e inadiáveis para a saúde da gestante, às quais se siga a interrupção da gravidez. Assim, por exemplo, na palavra de Pio XII (alocução de 26-11-1951): “Todo ser humano, mesmo o feto no ventre materno, tem o direito de viver recebido imediatamente de Deus, não dos pais ou de qualquer sociedade ou autoridade humana. Disso resulta que ninguém, nenhuma autoridade humana, nenhuma ciência, nenhuma indicação médica, eugênica, social, econômica, moral existe que possa exibir ou conferir título jurídico capaz de dispor direta e deliberadamente de uma vida humana inocente (...) seja como fim seja como meio em vista de um fim.”

Também Paulo VI na *Humanae Vitae* (nº 14): “É absolutamente de se excluir o aborto querido e provocado diretamente mesmo por motivos terapêuticos.”

Nas alegadas implicações sociais e econômicas não aparece efetivamente a necessidade de serem elas resolvidas com o sacrifício de uma vida. Também no caso da violência carnal não podem recair sobre o nascituro inocente as conseqüências de crime praticado por outrem.

Mais dramática e delicada é a situação de uma embriopatia incurável, prevista como fator de graves anomalias físicas ou mentais para a criança. Há aqui, para se considerar, além do peso que os excepcionais geralmente acarretam para a sociedade, o sofrimento dos pais e, muitas vezes, deles mesmos. Mas o sofrimento pode ser também o quinhão de outras vidas, sendo algo que está afinal inscrito na possibilidade humana. Como disse recentemente o Episcopado da Holanda (cfr. SEDOC. 1971, col. 1341s): “Situações angustiosas surgem também em outros casos... Em todos esses casos o homem deve a si mesmo aprender a viver na situação dada... e deve poder contar com o auxílio de seu próximo... Não se trata de glorificar desumanamente o sofrimento, mas de evitar a tendência para absolutizar uma determinada concepção de integridade humana de tal maneira que se siga a inclinação para fazer desaparecer todo sofrimento a qualquer preço.”

Realmente, é difícil distinguir o intolerável do tolerável e, em função desse discernimento, sacrificar o direito de viver de alguém.

No caso da chamada *indicação terapêutica*, isto é, quando resulta perigo de vida para a gestante, a dificuldade talvez seja ainda maior, por se tratar do conflito entre duas vidas, conflito esse porém que vai sendo cada vez mais reduzido pelo progresso da Medicina. Ainda assim, não seria moralmente lícita a supressão direta da vida, quer do feto, quer da mãe. Ambas são vidas invioláveis e não se pode dizer que a do feto seja *sem valor*. Pio XI e Pio XII deram grande ênfase a este princípio.

Tal é a doutrina *oficial* da Igreja, expressa pela voz do magistério.”

D. Cirilo, apenas em termos de recenseamento, alude a pareceres de moralistas católicos “que se distanciam parcialmente dessa doutrina”: (32)

“...Assim, Springer, Snoek, Troisfontaines e outros autores recentes achom possível o aborto terapêutico em condições excepcionais. Diz, por exemplo, o último (*Nouv. Rev. Théol.* 1971, maio, pp. 489-512):

“O médico se encontra diante da alternativa: se não intervenho, haverá duas mortes; se intervenho, apenas uma, a saber, de um ser fadado a morrer; de qualquer maneira, antes da sua maturação pessoal.”

Tais autores apelam não mais para o critério do aborto direto ou indireto, mas para o princípio da escolha obrigatória de um valor (preferencial) entre dois que se excluem.

Começam a aparecer também defensores católicos do aborto eugênico, em casos de gravíssimas anomalias fetais, que impedissem uma futura vida autenticamente humana. Outros ainda aceitariam o aborto efetuado na fase anterior à nidação, por simples indicações razoáveis de planejamento familiar, como recurso semelhante, portanto, ao dos anticoncepcionais.”

Mas considera o Prelado que não nos devemos admirar face a tais opiniões. E declara não constar que aquela doutrina, por ele exposta, “em todos os seus pontos deva considerar-se irreformável, e que empenhe de modo decisivo o pensamento da Igreja.” (32)

As legislações modernas, em esmagadora maioria, seguiram, em tese, essas pegadas: “Dois terços da humanidade, segundo um levantamento feito pela Organização Mundial da Saúde (Nações Unidas), vivem em países em que a prática do aborto é totalmente proibida ou, em alguns casos, permitida excepcionalmente.” (33)

Reportemo-nos a algumas delas:

a) a italiana:

Na Itália, o Código Penal vigente classifica o aborto entre os delitos contra a integridade e a sanidade da estirpe (Título X), ao invés de fazê-lo figurar entre os crimes contra a pessoa (Título XII) e, em particular contra a vida (Capítulo I do Título XII). O novo sistema foi influenciado, em grande parte, pela ideologia política do momento da elaboração da lei que data de 1930. (34) “Sembra dunque che il Codice dubiti che quella (vita) del prodotto di concepimento sia, oggettivamente, “vita” — observa o Professor Doutor Francesco Introna. (35) Mas, o escopo da incriminação, segundo análise de Giuseppe Santaniello, “non è tanto, come potrebbe far pensare la rubrica del titolo, la tutela della stirpe (concetto questo, privo di vera proprietà giuridica), quando la tutela della vita umana...” (34)

A lei italiana, portanto, repele terminantemente o aborto, disciplinando as seguintes figuras delituosas: aborto da mulher consenciente; aborto da mulher não consenciente; aborto procurado pela própria mulher (auto-aborto); instigação ao aborto. (36) E leva em conta, para efeito de diminuição da pena, o aborto *honoris causa* ou aquele que “è commesso per salvare l'onore proprio o quello di un prossimo congiunto...” (Art. 551). Note-se que a codificação não dedica à liceidade do aborto qualquer disposição específica.

b) *a francesa:*

A legislação francesa não admite as práticas abortivas. Condena-as o art. 317 do Código Penal ⁽³⁷⁾ sujeitando a prisão e multa a quem, por via de alimentos, bebidas, medicamentos, manobras ou de outros quaisquer meios, ocasiona ou tenta ocasionar aborto em mulher grávida ou supostamente grávida, quer o consinta ou não a gestante.

A condenação correcional prevista para os delitos configurados no artigo supra referido, na conformidade da Lei de 29 de julho de 1939, implica, inclusive, na interdição do condenado para o exercício de função ou emprego, a qualquer título, em clínicas, maternidades ou hospitais ou quaisquer estabelecimentos privados que recebem, habitualmente, seja a título oneroso ou gratuito, mulheres em estado real, aparente ou presumido de gravidez. ⁽³⁸⁾

Na hipótese da necessidade de resguardar a vida da paciente, através de intervenção cirúrgica ou de meios terapêuticos suscetíveis de conduzir à interrupção da prenhez, dispõe o Código da Saúde Pública (Decreto de 5 de outubro de 1953) ⁽³⁹⁾ que o clínico ou o cirurgião estarão obrigados a ouvir o pronunciamento de dois outros médicos — um deles “expert” acreditado junto ao tribunal de superior instância — os quais, após exame e discussão do caso, expedirão atestado sobre a imprescindibilidade da intervenção.

c) *a alemã:*

A legislação da República Federal da Alemanha trata com severidade a interrupção da gravidez por via do aborto provocado, incriminando, não só a mulher que procura abortar por si própria, como o terceiro que pratica o delito, bem como, quem oferece, publica ou anuncia meios práticos e serviços de finalidade abortiva. A matéria é regulamentada nos termos dos parágrafos 218 a 220 da Décima Sexta Seção — “Crimes e Delitos contra a Vida” — do Código Penal vigente. ⁽⁴⁰⁾

Em nota ao art. 218 da codificação traduzida para o italiano, o Dr. Vicenzo Pagano refere-se ao permissivo contido nos termos da lei de 14 de julho de 1933, que exclui a antijuridicidade do abortamento levado a efeito para a preservação da vida e da saúde da mãe. A mesma anotação dá conta de que a Corte Suprema Federal rejeita os motivos éticos, eugenéticos ou sociais como causas justificativas da interrupção da prenhez: ⁽⁴¹⁾

“Secondo il § 14 leggere per la prevenzione della prole affetta da malattie ereditarie del 14 luglio 1933, vigente nella maggior parte dei Länder tedeschi (essa è stata soppressa in Baviera, nell'Essen e nella Repubblica democratica tedesca o “DDR”) la interruzione della gravidanza, al fine di scongiurare un serio pericolo per la vita e la salute della donna, esclude l'antigiuridicità dell'azione (cd. “medizinische Indikation”).

La Corte suprema federale non considera come causa di giustificazione dell'interuzione della maternità motivi etici, eugenetici o sociali (BGH vol. 2º, pág. 381).’

d) *a mexicana*

Na legislação penal mexicana, o aborto é definido como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (art. 329 do

Código Penal). A manobra abortiva quer levada a efeito pela gestante em si mesma, quer por iniciativa de terceiro, com ou sem o consentimento daquela, é considerada crime nos termos da lei penal do País. Incriminado também é o aborto *honoris causa*, na conformidade do art. 332 da mesma lei: (42)

“e) Aborto *honoris causa*. Se impondrá de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I. — Que no tenga mala fama; II. — Que haya logrado ocultar su embarazo; y III. — Que éste sea fruto de una unión ilegítima (art. 332 del Código penal)”.

As formas não incriminadas são aquelas que têm por objeto a interrupção da gravidez decorrente de estupro ou que se praticam em função do estado de necessidade ou terapêutico, isto é,

“cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora (art. 334 del Código penal).” (42).

e) a espanhola

Sob a rubrica “Del Aborto” o Código Penal espanhol — art. 411 a 417 — (Cap. III, Tít. VIII. Iivr. II) (43) castiga, além dos delitos de aborto em sentido estrito, certas condutas como a expedição de abortivos ou a difusão de práticas anticoncepcionais. O aborto provocado é punido em todas as suas modalidades: o de indicação terapêutica — que visa à proteção da saúde da gestante contra grave risco de vida; o de indicação eugênica — acobertado pela legislação de diversos países com o fito de impedir o nascimento de portadores de taras; o de indicação ética — destinado a remediar as conseqüências de um delito contra o pudor; o de indicação social — levado a efeito em função de determinados motivos de ordem social e econômica. Dentre essas modalidades, apenas a do aborto *honoris causa* recebe tratamento especial do direito espanhol: (44)

“La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor, e igual pena se aplicará a los *padres* que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o cooperen a la realización del aborto, imponiéndoseles, si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, la pena de prisión menor a los *padres*...”

Revela-se o privilégio na atenuação da pena, uma vez que a lei sujeita a prisão maior (6 anos e um dia a 12 anos) àquele que causa o aborto sem o consentimento da mulher; com prisão menor (6 meses e 1 dia a 6 anos), ao causador do aborto com o consentimento da gestante; com esta mesma pena de prisão menor, a própria mulher que produz em si mesma aborto ou consente em que outrem o produza. Enquanto isso, o castigo na hipótese de aborto *honoris causa* é de “arresto mayor” (1 mes e 1 dia a 6 meses). Ainda, em caso de morte da abortante, os pais destas, se com o assentimento da filha, realizaram ou participaram na realização do aborto, cumprirão prisão menor (6 meses e 1 dia a 6 anos). (45)

f) *a dominicana*

O Código Penal da República Dominicana, modificado seu art. 317, (46) nos termos da Lei nº 1.690, de 19 de abril de 1948, apena o réu de aborto quer se trate de auto-aborto, quer se trate de intervenção praticada por terceiro, com o consentimento da gestante ou sem ele. A lei pune também o intermediário entre a mulher e o agente ativo do crime, desde que o crime chegue a se consumar e o intermediário tenha agido em função dessa finalidade. Punidos também são aqueles que, por quaisquer meios: alimentos, beberagens, medicamentos, tratamentos ou de outro qualquer modo, causarem ou cooperarem na efetivação de aborto, mesmo que a mulher o consinta.

Sobressai no art. 317, citado, a pena em que incorrem os médicos, os cirurgiões, as parteiras, enfermeiras, farmacêuticos e outros profissionais de carreira médica, que, abusando da respectiva profissão, venham a efetivar a medida abortiva. A estes, o dispositivo prescreve cinco a vinte anos de trabalhos públicos.

g) *a somali*

O Código Penal somali trata do problema nos termos dos arts. 418 a 424 (Título X — “Crimes against the Health of the Human Race”). (47) A exemplo da codificação italiana, que classifica o delito entre aqueles que se dirigem à sanidade da estirpe, a lei da Somália o inclui entre os crimes contra a saúde da raça humana. Igualmente, como a lei da Itália, a somali tem em vista, não especificamente “the Health of the Human Race”, mas a tutela da vida humana. E tanto assim é, que apenas o sujeito ativo do delito nos mesmos termos em que o faz a totalidade das leis contrárias ao aborto: isto é, quer seja o autor do crime a mulher mesma em si própria, quer seja outrem com o consentimento da gestante ou sem ele.

O aborto não consentido é equiparado àquele provocado em mulher incapaz para consentir, assim como àquele para o qual o consentimento é extorquido mediante violência, ameaça, ou por força da influência exercida sobre a gestante ou, ainda, obtido através de fraude. O delito é submetido à qualificação, em caso de morte ou de danos para a saúde da paciente, salvo em se tratando de auto-aborto, quando a lei somali, como o faz a nossa, não considera os prejuízos físicos decorrentes do ato. A instigação ao aborto, inclusive, é sujeita, no País, à pena de prisão. Enquanto isso, o legislador leva em consideração os motivos de honra, para o efeito de redução da pena.

h) *a uruguaia*

O Código Penal uruguaio, vigorante a partir de 1934, não incriminava o aborto senão quando praticado sem o consentimento da mulher grávida. O dispositivo que, segundo expressão de Anibal Bruno, (48) aberrava das tradições jurídicas daquele País, ficou sem efeito face a lei de 23 de janeiro de 1938, pela qual o crime passou a ser punido independentemente do consentimento da gestante.

Finalmente, façamos constar o Brasil entre os inúmeros países que repelem o aborto nos termos de suas leis penais.

i) *O Brasil*

O Código Criminal do Império, mandado executar pela Lei de 16 de dezembro de 1830, regulamentava a matéria sob o Título II — “Dos crimes contra a segurança individual” — Capítulo I — “Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida” — Secção III — “aborto” — artigos 199 a 200. ⁽⁴⁹⁾

A sanção penal consignada nessas disposições pressupunha a prática de aborto por terceiro, com ou sem o consentimento da mulher pejada (art. 199), ⁽⁴⁹⁾ assim como o fornecimento, com conhecimento de causa, de drogas ou quaisquer meios para fins abortivos ainda que a intenção não se realizasse (art. 200). ⁽⁴⁹⁾

Lícito se afigurava, portanto, perante a lei, o auto-aborto, ficando a mulher, neste caso, isenta da repressão legal que visava, exclusivamente, ao terceiro responsável pela intervenção. Facultava-se, desse modo, à gestante conservar ou destruir, ela própria, o fruto da concepção, sem que se atentasse para a unidade biológica integrada no embrião humano.

Na hipótese de morte da mulher, em se tratando de aborto realizado por terceiro, o Código de 1830 remetia o fato às disposições gerais sobre o homicídio, atribuindo ao autor do delito pena diversa, conforme fosse a abortante consenciente ou não. ⁽⁵⁰⁾

O diploma legal subsequente, Código Penal do Brasil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 — (Título X — “Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida” — Capítulo IV — “Do Aborto” — arts. 300, 301, 302) — ⁽⁵¹⁾ informado nos princípios orientadores do legislador italiano, alterou, completamente, quanto ao aborto, o sistema da codificação anterior:

— estabeleceu distinção entre o aborto com expulsão e o aborto sem a expulsão do feto, atribuindo, no primeiro caso, pena mais grave (art. 300) ⁽⁵¹⁾

— introduziu a agravante constituída pela morte da mulher em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo (art. 300, § 1º) ⁽⁵¹⁾ e prescreveu, neste caso, pena correspondente à do homicídio simples estipulada nos termos do art. 294, 2º (6 a 24 anos); ⁽⁵²⁾

— adicionou à pena imposta ao agente provocador do aborto, quando munido de título científico (médico ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina), a privação do exercício profissional, por tempo igual ao da condenação (art. 300, § 2º); ⁽⁵¹⁾

— incriminou o aborto praticado pela própria gestante, ou seja, o auto-aborto, atenuando a pena, quando a prática do delito visava à ocultação da própria desonra (art. 301, parágrafo único); ⁽⁵¹⁾

— acolheu o aborto necessário praticado com o fito de preservar a vida da mulher, face a perigo irremovível por outros meios, para punir a imperícia ou negligência manifestada pelo médico ou parteira, ao realizar a operação, se, em consequência dessa imperícia ou negligência, ocorresse a morte da paciente (art. 302). ⁽⁵¹⁾

É interessante observar que a codificação de 1890 não previu a provocação do aborto sem a anuência da mulher. Se o fez, fê-lo implicitamente, no enunciado do “caput” do art. 300 ⁽⁵¹⁾ — “Provocar o aborto, haja ou não a expulsão

do fruto da concepção." E, conseqüentemente, em termos de proporcionalidade, considerou delito mais grave a intervenção praticada com a anuência da mulher (que pune com prisão celular de um a cinco anos — art. 301) do que a provocação levada a efeito sem o consentimento da gestante, em caso de aborto com a expulsão do fruto concebido (punida com prisão celular de dois a seis anos — (art. 300, primeiro caso). (51)

O Código vigente — Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — classifica o aborto entre os delitos contra a vida (arts. 124 a 129), (52) considerando, no feto, a esperança de pessoa "spes personae" cujos direitos a lei civil patrocina.

"O Código Civil Brasileiro — comenta Nelson Hungria — não obstante declarar que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com a vida", põe a salvo os direitos do nascituro e destaca situações em que, como observa Clóvis Bevilacqua, o *infans conceptus* se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 357, parág. único, reconhecimento do filho anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.718, capacidade do nascituro para adquirir por testamento." (53) O penalista pátrio reporta-se, ainda, a Clóvis quando este, para explicar o exercício dos direitos do nascituro, refere-se à "construção forçada das *personas jurídicas implícitas* (stillschweigende juristische Personen)" de Kohler e à teoria do direito sem sujeito de Windscheid, decidindo-se, terminantemente, ele próprio, Bevilacqua, pela personalidade do ser humano em formação. (54)

Orientada, por conseguinte, no sentido de proteger a vida humana em processo evolutivo no seio materno, a lei brasileira — seja o código em vigor, seja o código ainda por vigor (Decreto-lei nº 1.004/69 — arts. 124 a 130) (55) — incrimina o aborto, quer se trate de auto-aborto, quer se trate de aborto praticado por terceiro, quer o consinta ou não a mulher grávida.

No auto-aborto, quando a gestante, por sua conta e risco, leva a cabo a execução material do delito, a disposição legal vigente registra a pena de detenção de um a três anos (art. 124). O Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, (cuja vigência está prevista para 1º-1-1973, conforme estabelece a Lei nº 5.749/71), no art. do mesmo nº (124) consigna, para a gestante que provoca o próprio aborto, a mesma pena de detenção, porém mais extensa: um a quatro anos. (56)

Na prática de aborto por terceiro, verificado o consentimento da mulher, o código vigente prescreve, para o autor do crime, reclusão de um a quatro anos (art. 126); (57) enquanto isto, a pena a que está sujeita a pejada consenciente é a prevista para o auto-aborto: detenção de um a três anos (art. 124). (58)

Tem-se, como conseqüência, para ambos os réus do mesmo crime (o autor do aborto e a mulher que nele consente) pena diferente, em desacordo com a teoria monística adotada pela codificação, na conformidade do art. 25: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas". A discrepância desaparece no código promulgado em 1969, Decreto-lei nº 1.004/69. A nova lei penal sujeita, tanto o autor do delito, em se tratando de terceiro, quanto a mulher consenciente à mesma pena de detenção de um a quatro anos (art. 125). (59)

O aborto feito por terceiro, em gestante não consenciente, é tratado com maior severidade. A pena em tal hipótese, é a de reclusão de três a dez anos (art. 125). ⁽⁵³⁾

Para o efeito da aplicação da pena, a codificação equipara à ausência de consentimento, o consentimento obtido mediante fraude, ou seja, por via de ardil ou artifício e, conseqüentemente, inválido; ou por força de coação física ou moral determinante, também, da anulação da vontade. Pressupõe a lei, igualmente, a falta do consentimento por parte da gestante, no caso de aborto praticado em mulher menor de quatorze anos ou em alienada ou débil mental. Quanto à menor, o legislador atendeu à impossibilidade de um consentir perfeito, em decorrência da imaturidade intelectual e incompleto desenvolvimento físico; quanto à alienada ou débil mental, leva em consideração a incapacidade civil de tais pessoas cujo consentimento é viciado, ineficaz e inoperante para gerar certeza. Por isso mesmo, o parágrafo único do art. 126 ⁽⁵³⁾ do Código vigente, aplica a mesma pena que prevê para o aborto provocado sem o consentimento da gestante (reclusão de três a dez anos) ao sujeito ativo do mesmo crime quando a gestante “não é maior de 14 anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. À gestante, nas hipóteses supra focalizadas, a lei, coerentemente, não impõe qualquer pena.

O Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 — ainda por vigor, repetimos — apoiada no mesmo princípio da ausência ou invalidade do consentimento, põe a matéria nos mesmos termos, mas diminui a pena de reclusão de três a dez, para dois a oito anos. Do ponto de vista da técnica legislativa, o novo código, acertadamente, trata em um só dispositivo (art. 126), ⁽⁵³⁾ do aborto provocado sem o consentimento da mulher e do aborto levado a efeito mediante consentimento viciado.

O art. 127 do Código Penal vigente submete à qualificação o aborto provocado por terceiro, seja a gestante consenciente ou não: se da provocação ou em decorrência do próprio aborto resulta, para a mulher, lesão corporal de natureza grave, a pena é exacerbada de um terço; se resulta a morte, a pena é duplicada. Figurada, por exemplo, a morte da paciente que não emprestou sua aquiescência à intervenção, tem-se duplicada a pena de reclusão de três a dez, para seis a vinte anos — a mesma prescrita no caso de homicídio simples, nos termos do art. 121.

A lei de 1969 ao dispor sobre o aborto qualificado, aumenta de um terço até a metade as penas consignadas nos arts. 125 (aborto com o consentimento da gestante) e 126 (ausência ou invalidade do consentimento da gestante) ⁽⁵³⁾ se, em conseqüência da operação, ou dos meios empregados, ou do modo de empregá-los, a mulher vem a morrer ou sofrer lesão grave (art. 127). ⁽⁵³⁾ Mais amena, por conseguinte, neste particular, a última lei penal promulgada.

O Código de 1940 exclui da antijuridicidade o aborto praticado por médico, como único meio para salvar a vida da gestante, ou na hipótese de a gravidez resultar de estupro, caso em que a operação obstétrica deverá ser precedida do consentimento da paciente. Se esta é incapaz, faz-se necessário o consentimento de seu representante legal (art. 128, I e II). ⁽⁵³⁾ Tem-se, desta forma, que a lei nacional, entre as três causas de impunidade do aborto enumeradas por Assúa — aborto justificado pela necessidade, aborto justifi-

cado por fins eugenésicos, aborto impune por motivos sentimentais — reconheceu a primeira e a última, ou seja, o aborto necessário ou terapêutico e o aborto sentimental ou da estuprada.

O Código de 1969 consagra as mesmas causas da exclusão do ilícito no aborto: perigo incontestado de vida para a mulher, irremovível por outro meio que não a intervenção abortiva; gravidez decorrente de estupro, quando, então, o legislador acrescenta: "Seja real ou presumida a violência". A lei citada, de 1969, em termos de precaução, exige para a efetivação do aborto terapêutico, a confirmação ou a concordância de outro médico, além do operador, sobre a necessidade da medida; no caso de estupro, além das exigências consignadas no Código vigente, obriga à comprovação do crime. Realmente, lê-se da Exposição de Motivos do Ministro da Justiça: "Melhor redação foi dada aos casos de discriminação do aborto, quando é o único recurso para evitar a morte da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. Cuidados especiais foram tomados para a verificação da honestidade de ambas as alegações."

Além disso, nova modalidade do crime de aborto foi introduzida na codificação ainda não vigente: a do aborto cometido por motivo de honra. A matéria é regulada na conformidade do art. 128⁽⁵³⁾ em cujos termos a gestante que provocar o aborto em si mesma para ocultar a própria desonra, estará sujeita à pena de detenção de seis meses a dois anos, pena igualmente imposta àquele que efetuar a operação mediante consentimento da mulher e com a mesma finalidade de pô-la a salvo do opróbrio.

O grupo abomina a concepção fora do casamento. O menosprezo à mãe solteira, apesar de arrefecido face às novas concepções da vida social moderna, persiste ainda e marca, sem dúvida, quem quer que se arvore a ultrapassar os cânones do formalismo social. E o que é pior, a sociedade, numa patente demonstração, esta sim, de pobreza espiritual e carência absoluta de descortínio, estende esse menosprezo ao filho concebido de união ilícita. Face a este quadro e, pressupondo que a gestante tenha sido levada ao crime sob o medo à repressão do grupo, a lei abrandará a pena. Inúmeras codificações, haja vista a espanhola, a italiana, a portuguesa, a boliviana, a colombiana, a chilena, a equatoriana, a guatemalteca, a hondurense, a mexicana, a nicaraguense, a panamenha, a paraguaia, a venezuelana,⁽⁵⁵⁾ etc., além da nossa, seguem a mesma lireiz.

Note-se, ainda, que a lei penal de 1969 transportou, do capítulo das lesões (art. 129 do Código de 1940), para o capítulo dos crimes contra a vida, o aborto preterdoloso, punindo de acordo com o art. 128,⁽⁵³⁾ com detenção de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência, quem "empregar violência contra mulher, cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe involuntariamente o aborto".

Enfim, se nos propuséssemos a examinar as legislações dos povos civilizados contrárias ao aborto, teríamos que fazê-lo relativamente à maioria delas.

V — TENDÊNCIAS ATUAIS

Em contrapartida, é forçoso reconhecer que se constata, atualmente, dentro do sistema de numerosos países, inclusive de países contrários às práticas abortivas, acentuada flexibilidade manifesta nas sucessivas concessões intro-

duzidas no texto das leis, com vistas à descriminação dessas práticas, em casos “especiais” que dia a dia se multiplicam.

Ademais, lembre-se: depois da primeira Grande Guerra, evidenciou-se movimento — cujas idéias já eram defendidas por Jungmann em 1893, na Alemanha — encabeçado pelo médico francês Klotz Forest ⁽⁵⁶⁾ que procurou reanimar o princípio romanístico segundo o qual o feto era *portio viscerum matris*, à disposição da mãe como se fosse parte do seu próprio corpo. A campanha foi intensificada pelo *feminismo* exasperado que, nos termos da análise de Nelson Hungria, ⁽⁵⁷⁾ assumiu nos princípios deste século as proporções de um fenômeno de patologia social, sem contar os neomaltuseanos, também defensores entusiastas do abortamento livre.

A corrente reformista animada pelo aparecimento de novas correntes, tal a que se avoluma, atualmente, nos Estados Unidos, vem forçando a mudança de juízos, introduzindo senões, alargando a margem de tolerância, minando, enfim, a olhos vistos, a posição alicerçada nos princípios transmitidos pelo Cristianismo.

Na América do Norte, por exemplo, o aborto é considerado crime pela totalidade dos estados ⁽⁵⁸⁾ à exceção de New Jersey ⁽⁵⁹⁾ que o trata em termos de falta grave: “New Jersey, the lone exception, makes it a possible hight misdemeanor”. No entanto, todos eles, não contando Louisiana, abrem determinadas exceções, na conformidade dos respectivos estatutos, para descriminar certas intervenções abortivas: “All but Louisiana provide exceptions by statute or case law”. ⁽⁵⁸⁾

Tem-se, então, que a maioria dos estados americanos acoberta o aborto, quando praticado com a finalidade de preservar a vida da mulher, como o faz, aliás, a maioria das legislações; outros o permitem quando está em jogo a vida da mãe ou a vida do filho; alguns já regulamentam a matéria em termos mais liberais: é o caso de Alabama e do Distrito de Columbia, de Oregon e Washington, onde a lei autoriza a operação se ocorre risco não só para a vida, mas também para a saúde da gestante. ⁽⁶⁰⁾ New Mexico leva em conta a possibilidade de “serious or permanent bodily injury” — ⁽⁶¹⁾ dano físico grave ou permanente.

Algumas unidades da Federação introduziram, em 1967, modificações nos estatutos criminais pertinentes ao assunto. Haja vista os estados de Colorado, North Carolina, California e Maryland, cujas leis adotaram, em linhas gerais, a orientação do “Model Penal Code” elaborado pelo “American Law Institute”, em 1962. ⁽⁶²⁾

As disposições do citado projeto mantiveram a incriminação do aborto. Contudo, alargaram, um pouco mais, o âmbito das circunstâncias permissivas, uma vez que acorbetaram as intervenções praticadas por médico, devidamente credenciado, na hipótese de se encontrar o operador face a razões convincentes da existência dos seguintes riscos substanciais: ⁽⁶²⁾

a) de prejuízo físico ou mental para a saúde da mãe, na hipótese da continuação da gravidez (o grifo é nosso);

b) grande possibilidade de que a criança venha a nascer portadora de grave defeito físico ou mental.

Igualmente, o projeto acoberta o aborto na hipótese, comprovada, de que a gravidez tenha resultado de estupro ou de incesto, além do que exige, para a concretização do fato, a opinião coincidente de mais dois médicos, expressa em laudo passado, ou no hospital onde a paciente há de ser operada, ou em outro lugar, para tanto, designado em lei. ⁽⁶²⁾

Damos a seguir, os termos originais dessas informações: ⁽⁶²⁾

"The Model Penal Code provisions maintain the general state of the law in that termination of pregnancy continues to be unlawful, unless justified by particular circumstances. However, only a licensed physician may perform an abortion with justification. His reasons for terminating a pregnancy may be based upon any of four grounds — if he believes that there is a substantial risk that (1) continuance of the pregnancy would gravely impair the physical or mental health of the mother, (2) the child would be born with grave physical or mental defect, (3) the pregnancy resulted from rape, or (4) the pregnancy resulted from incest or other felonious intercourse. In addition, the written concurrence of two physicians on the designated grounds must be filed, either in the hospital where the operation is to be performed or in any other place designated by law."

Não foram diferentes as conclusões a que chegou, em 1967 a "American Medical Association". Os pontos fixados por esse convênio nos são transmitidos pelo Professor Doutor Francesco Introna, informação que transcrevemos em seguida, do original publicado pela "Rivista Penale": ⁽⁶³⁾

"L'American Medical Association, in un suo convegno del 1967, ha ammesso che l'aborto possa essere praticato quando: 1) la continuazione della gravidanza può minacciare la salute o la vita della madre; 2) v'è un elevato rischio che il bambino nasca con gravi minorazioni fisiche o deficienze mentali; 3) la continuazione di una gravidanza da stupro o da violenza su minore o da incesto può costituire una minaccia per la salute fisica o mentale della donna; 4) due altri medici, oltre il medico curante, scelti per la loro competenza professionale, hanno esaminato la donna e dichiarato per iscritto di essere d'accordo; 5) l'operazione sia eseguita in un ospedale designato dalla *Joint Commission on Accreditation of Hospital*."

Dentro das linhas gerais do "Model Penal Code", alguns estados entre aqueles que o seguiram, fizeram suas diversificações. A Califórnia ⁽⁶⁴⁾ não admitiu o aborto baseado nas deficiências potenciais da criança, como fator independente responsável pela intervenção. Ao mesmo tempo, o repeliu quando realizado após a vigésima semana de gravidez. O Colorado ⁽⁶⁴⁾ afastou-se das disposições daquele projeto quando exigiu "the unanimous approval of a "special hospital board of three physicians" who are staff members of the hospital where the operation is to take place." ⁽⁶⁴⁾ North Caroline seguiu as pegadas do "Model Penal Code", mas estabeleceu o pressuposto da residência da paciente no Estado por quatro meses e fez depender a autorização da aprovação de três doutores não participantes da mesma clínica privada ("... not engaged in joint private practice"). ⁽⁶⁴⁾

Curioso o comentário feito por Loren G. Stern, no trabalho já tantas vezes por nós citado, "Abortion: Reform and the Law", sobre os estatutos de Massachusetts, Pennsylvania e New Jersey. Massachusetts e Pennsylvania estatuíram que o aborto violará o respectivo estatuto quando praticado ilegalmente ("unlawfully"), enquanto New Jersey exige para incriminar o ato que ele se revista de malícia e não encontre justificação legal ("malicious or without lawful justification"). Dado que o texto se nos apresenta pouco claro, transcrevemo-lo, no original, para melhor compreensão das palavras posteriores do comentarista: ⁽⁵⁹⁾ "Massachusetts and Pennsylvania have enacted statutes declaring that an abortion will violate the statute if done unlawfully while New Jersey requires that the act of abortion be done maliciously or without lawful justification in order to violate the abortion statute".

Considera Loren G. Stern que, obviamente, os termos "unlawfully", "maliciously", e "without lawful justification" são imprecisos, cabendo às cortes do Estado emprestar-lhe o devido significado. Para exemplificar, reporta-se ao entendimento da Corte Suprema de Massachusetts, expresso no caso *Commonwealth v. Wheeler*, 315, Mass. 394, 53 N.E. 2d 4 (1944) segundo o qual o estatuto do Estado permite o aborto efetuado com a finalidade de obstar graves danos para a saúde da gestante, quer danos físicos quer mentais ("To prevent serious impairment of her health, mental or physical. . . ." ⁽⁶⁵⁾ *Id.*, at 395, 53 N.E. 2d at 5.) Esta interpretação, observa o autor, coincide com o ponto de vista da Corte Inglesa firmado no caso *Rex v Bourne*, quando dito Tribunal definiu a frase estatutária "for the purpose of preserving the life of the mother" como significando, não somente o propósito de preservar a vida física, mas, igualmente, a vida emocional da gestante. Segue-se o raciocínio: a mulher cuja saúde é ameaçada pela gravidez não deve se expor às garras da morte, quando um aborto pode ser legalmente praticado, eis que de qualquer maneira, a longevidade da paciente corre o risco de sofrer diminuição em decorrência dos danos resultantes da prenhez. ("A woman whose health is threatened by pregnancy should not have to be in the jaws of death before an abortion can be performed lawfully, for in any case, the woman's longevity will most likely be shortened by serious impairment of her health"). ⁽⁶⁵⁾

Revela-se ainda mais ampla a liberalidade da Corte de Massachusetts no processo *Commonwealth v. Brunelle* (341, Mass. 675, 171 N.E. 2d 850 (1961)), quando sustenta caber à "Commonwealth" o ônus da prova: "The court extended their liberal interpretation of the Massachusetts statute holding that the burden of proof was on the Commonwealth to prove the defendant used the instrument unlawfully, that he acted not to preserve the life or health of the woman, and that his judgment was in conflict with that of associated physicians in the community." ⁽⁶⁵⁾

A estas notas reveladoras das tendências liberais da nação americana com relação ao problema, somemos uma referência ao Estado de Nova Iorque que por via de emenda de 11 de abril de 1970, com vigência a partir de 1º de julho do mesmo ano descriminou o aborto quando praticado até 24 semanas a contar do início da gravidez. Transcrevemos o texto da emenda,

hoje lei em vigor, nos termos apresentados por Alexandre Gabriel Gedey na publicação brasileira "Revista de Direito Penal": (66)

"O povo do Estado de Nova Iorque representado no Senado e na Câmara, decide o seguinte:

A seção I, subdivisão III da seção 12.505 da lei penal é emendada neste ato para ter a seguinte redação:

III. Justificável ato de aborto: um ato de aborto é justificável quando efetivado em mulher com seu consentimento por um médico licenciado agindo: (a) — sob uma razoável crença de que tal é necessário para preservar sua vida, ou, (b) — dentro das 24 semanas iniciais de sua gravidez.

A vontade de uma mulher grávida em praticar em si mesma o aborto é justificável quando ela assim age sob conselho de um médico autorizado — 1 — se tal ato é necessário para salvar sua vida, ou — 2 — Dentro das vinte e quatro semanas do início da gravidez.

2º este ato terá sua vigência a partir de 1º de julho de 1970."

A influência da corrente reformista se tem feito também sentir naqueles países por nós citados cujas leis, segundo vimos, restringem o aborto a caso excepcionais.

É o caso da França, onde as informações abaixo transcritas proporcionadas pelo Professor Doutor Francesco Introna, (67) prenunciam mudanças tendentes a dilatar o campo da tolerância com relação ao delito:

"Nel 1970 è stato presentato un progetto di legge all'Assemblea Nazionale francese per consentire l'aborto "quando, per il fatto della gravidanza, la vita della madre è minacciata in modo attuale ed immediato oppure per complicazioni più o meno lontane; quando è riconosciuta l'esistenza di una embriopatia incurabile che comporti la nascita di un bambino affetto da anomalie fisiche o mentali molto gravi; quando la gravidanza è conseguenza di un atto criminale ben definito".

Il Consiglio dell'Ordine dei Medici di Francia, interpellato sul progetto, ha escluso che questo possa essere esteso fino a comprendere motivi mal definiti ed elastici (psicologici, sociali ed economici) ma ha riconosciuto che esistono casi umani "angoscianti" di fronte ai quali un medico può ritenersi disposto, a sua discrezione, a praticare l'aborto.

È stato quindi proposto di modificare come segue l'art. 38 del vigente Codice deontologico: "La interruzione della gravidanza è proibita salvo le deroghe poste dalla legge dello Stato. Un medico non può essere obbligato a provocare l'aborto."

Dá notícia, ainda, o autor citado de que:

"Nel corrente anno (*) l'On. Banfi ed altri hanno presentato alla Camera dei Deputati un progetto di legge per autorizzare l'aborto: quando la salute della donna è gravemente minacciata; quando esistono ragionevoli motivi di prevedere la nascita di un bambino malformato o affetto da deficit mentale; quando la gravidanza consegue a violenza carnale

(*) O autor faz referências ao ano de 1971.

o ad incesto; quando la donna ha più di 45 anni o ha già partorito almeno 5 volte.

Segue-se o comentário:

“Questo progetto reca una novità rispetto alle norme emanate altrove: il caso della “gravida attempata” nel quale sono ormai ben note le elevate probabilità di danno fetale.”

Também na Alemanha, a luta pró-aborto foi deflagrada. Martina I. Kischke comenta sobre a rebelião que as mulheres ensaiaram em torno do discutido artigo 218 (4) “del que tanto se ha tratado en este cálido verano alemán de 1971”: (68)

“Las mujeres ensayaron la rebelión. Argumentaron con hechos que fueron confirmados por médicos: la ley que debía proteger la vida en camino logra lo contrario: lleva a la mujer a los oscuros antros de practicones clandestinos e irresponsables, donde no sólo se consume el aborto ilegal, sino que con frecuencia también se daña gravemente la salud de la embarazada. Pues la desesperación de una mujer que — por los motivos que sean — no quiere tener su hijo, es mayor que el miedo ante la ley y que el miedo por la propia salud. Por esta razón pidieron las mujeres una reforma del artículo.”

Acrescenta a comentarista que, em Bonn, o Ministro da Justiça (social democrata), Géhrhard Jahn,

“... presentó una propuesta de reforma. Para él es una obligación la defensa legal de la vida — también la de la vida en camino. Por esta razón no considera aceptable la propuesta del Partido Liberal-Democrata, que comparte en esta legislatura la responsabilidad gubernamental con los social-demócratas: los liberal-demócratas se habían decidido — de acuerdo con la petición de tantas mujeres — por una solución que concedía un plazo de tres meses, es decir, por la libertad legal del aborto durante los tres primeros meses del embarazo. El Ministro de Justicia, sin embargo, sólo quiere permitir la interrupción del embarazo en casos determinados legalmente. Como reforma ofrece un catálogo de indicaciones. Mientras que hasta ahora, la interrupción del embarazo solamente estaba tolerada en casos de peligro para la salud y vida de la madre, en el futuro, además de esta “indicación médica”, deberá ser permitido un aborto también en caso de indicaciones éticas y eugenésicas, es decir, también cuando el embarazo ha sido producido por una violación o cuando se espera un niño gravemente tarado.”

Na própria Itália, informa o “Jornal do Comércio” de 19 de junho de 1971, iniciou-se uma campanha para a legalização do aborto. Três senadores socialistas apresentaram, então, um projeto de lei visando à interrupção da gravidez sob determinadas circunstâncias.

Nos termos do projeto, a intervenção será autorizada nos seguintes casos:
— quando a gestação ameaçar a saúde física ou mental da mãe;

- na hipótese de se constatar ser o feto portador de mal incurável, possibilitando a constatação o diagnóstico de que a criança nascerá com deformidades físicas ou mentais;
- quando a gestação for produto de rapto ou de incesto;
- quando a mulher já tiver cinco filhos ou o estado de gravidez ocorra depois dos 45 anos.

Enfim, são as condições de que se têm valido as mulheres e os legisladores de outras nações para a reivindicação da "licença."

O projeto italiano prescreve ainda mais, que a operação deverá, necessariamente, ser realizada em hospital e que a abortante terá que obter autorização prévia de junta integrada por um ginecologista, um psiquiatra e um assistente social os quais decidirão se o caso se ajusta à lei. Além disso, a proposição proíbe o aborto quando o processo de gestação ultrapassa o período de cem dias.

Relativamente às tendências liberatórias da Inglaterra, é suficiente lembrar o "Abortion Act", de 1967, que nos precisos termos da informação do Professor Francisco Introna, (69)

"... ammette l'aborto se la prosecuzione dela gravidanza comporta un rischio per la vita della gestante o per la sua salute fisica o mentale o per gli altri bambini già esistenti nella famiglia o se v'è rischio sostanziale che il nascituro venga alla luce con anomalie fisiche o mentali tali da ostacolarlo gravemente. La norma comprende la "clausola di coscienza" per cui "nessun medico è obbligato a provocare l'aborto se la sua coscienza si oppone, anche se il caso rientra nelle condizioni previste dalla presente legge."

O Brasil não escapa ao movimento que mais se acentua entre nós, no sentido de se alargar o campo do aborto legal. É assim que "O Globo" de 10-9-1971, noticia sob a rubrica: "Médicos defendem o aborto legalizado em casos especiais":

"A legalização do aborto em casos de doenças maternas que possam prejudicar o feto em formação, e também como medida preventiva de doenças hereditárias, é a principal meta de obstetras e ginecologistas reunidos no Hotel Glória em sua XIX Jornada Brasileira."

As razões do ponto de vista vêm expressas na palavra do Prof. Paulo Belfort:

- A rubéola, contraída pela mãe nas quatro primeiras semanas de gravidez, tem 50% de probabilidades de causar defeitos na criança;
- A incidência de deformidades em crianças cujas mães foram expostas a radiações ionizantes, é bastante alta;
- A gestante que tenha câncer na mama, por exemplo, tem que fazer tratamento à base de irradiação e isso poderá prejudicar o desenvolvimento do feto. "Crianças nascidas de mães submetidas a essas irradiações têm altíssimas incidências de leucemia".

— Também os casos de fetos em gestação prejudicados por remédios — a *talidomida*, por exemplo, que está proibida —, estão classificados como passíveis *de aborto*;

— Por fim, as doenças comprovadamente hereditárias estão incluídas na lista.

— Existem técnicas de laboratório, desenvolvidas principalmente na Suécia e nos EUA, que possibilitam verificar, a partir de elementos do próprio feto, os cromossomas anômalos.”

A mesma “XIX Jornada Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia”, a essa altura, já havia aprovado a seguinte sugestão para o texto do art. 130 do Código Penal, sugestão que incluí, nos últimos três casos abaixo registrados, novas previsões para o aborto legal: (“O Estado de S. Paulo” — 8-9-1971)

“Não constitui crime o aborto praticado por médico:

- 1) Quando é o único recurso para evitar a morte da gestante;
- 2) Se a gravidez resultou de estupro, seja real ou presumida a violência;
- 3) Se a gravidez constitui grave ameaça à saúde da gestante;
- 4) Se a gravidez envolve elevado risco do concepto nascer física ou mentalmente lesado;
- 5) Se a gravidez resultou de incesto”.

Veza por outra, também a jurisprudência fala em favor de mais uma exceção. Conta “O Estado de São Paulo”, de 18-7-1971, sob o título “Quando o aborto não é crime”:

“A terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado decidiu, em acórdão relatado pelo desembargador Gonçalves Sobrinho, que moça solteira que pratica aborto, nos primeiros dias da gestação, beneficia-se pela excludente de estado de necessidade.

Se os meios anticoncepcionais já são admitidos — assevera o julgador — não se compreende que o aborto também não o seja pelo menos nos primeiros dias da concepção, antes que o feto manifeste vida.

A ré era moça solteira, engravidando-se em seu namoro. Sem ânimo para enfrentar a família, submeteu-se a práticas abortivas, pagando avultada soma à parteira que a atendeu.

Este o quadro constatado pelo julgador: “estavam, pois, todos interessados na atitude a ser tomada pela ré. Uma visando vantagem econômica e outros incentivando a ré a tomar essa atitude. Ela somente não poderia obter vantagem alguma, senão esconder da família sua desdita. E, nesse transe, ficou ela sozinha, na sua infelicidade, no seu sofrimento. O médico que a aconselhou sequer foi denunciado. A parteira faleceu. O namorado foi absolvido. Ela pronunciada”.

Ora, argumenta a decisão, bem poderadas as circunstâncias do caso, provado o indispensável conselho médico para abortar, embora o facultativo, por extremado apego a princípios éticos de sua profissão, se recusasse a fazê-lo, razoavelmente não se pode negar à gestante o reconhecimento da excludente de um estado de necessidade, na dolorosa conjuntura em que se achou, ao se socorrer da parteira indicada ao invés de médico, para o aborto que lhe fora incentivado.

Em conclusão, considerou a Câmara que levada a ré aos bancos do Tribunal do Juri aumentar-se-ia o seu triste sofrimento, dada a repercussão perante a sua família e a sociedade, de sorte que a melhor solução, para o caso, era a invocação da excludente mencionada, dada a dolorosa conjuntura em que se achava (recurso criminal nº 107.219, de São Paulo).”

Entre médicos e cientistas, multiplicam-se também os pareceres pelo alargamento das indicações legais. Citemos:

- o Professor José Pimentel Maia Bittencourt — que só admite o aborto mediante indicação médica, mas defende a ampliação dessas indicações, “especificamente nos casos em que a criança possa nascer com defeito grave que a torne incapacitada para a vida”;
- a antropóloga Carmem Junqueira de Barros Lima — que não se define pelo aumento das concessões, mas, simplesmente, advoga a legalização do aborto face aos problemas de saúde dele decorrentes;
- o geneticista Ladgen Cavalcanti — que combate o mal em tese, para admiti-lo em termos de planejamento familiar;
- o psiquiatra Heitor Perez — contrário ao aborto livre. Apologista da operação, ou seja, da interrupção da gestação, em casos de oligofrenia, psicoses, neuroses, aberrações cromossômiais (como a trissomia, responsável pelo mongolismo), além dos casos de estupro e de incesto.

Ao lado dessas e de outras opiniões apresentadas na íntegra pela “Realidade” de julho do corrente ano, figuram os pareceres — absolutamente contrários a qualquer liberalização da lei — do Professor pleno de Clínica Cirúrgica da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo — Caetano Zamiti Mammana, e do presidente da Associação Médica do Estado da Guanabara — dr. Gerson Rodrigues Lago.

As concessões se multiplicam, restringem-se, em certos casos, as formalidades para tais concessões nos países a seguir focalizados e, em especial, nos países socialistas.

A legislação dinamarquesa torna-se, dia a dia, mais acessível relativamente ao problema. Senão vejamos:

até 1970, favorecia o aborto desde que:

- a) a gravidez resultasse de estupro ou incesto;
- b) a criança, em decorrência de taras ou contusões ou doenças procedentes do estado fetal, estivesse sujeita a sofrer grave enfermidade física;

c) a gravidez, o parto ou os cuidados a serem dispensados à criança pusessem em risco a saúde da mãe;

d) a mãe, em consequência de enfermidade física ou psíquica, ou de deficiência intelectual, não fosse capaz de dar ao filho o tratamento devido.

Essa posição de franca liberdade, acentuou-se consideravelmente, a partir da Lei nº 120, de 24 de março de 1970, diploma legal responsável por importantes modificações operadas na legislação anterior. ⁽⁷⁰⁾ Observe-se que, ao lado das concessões acima registradas, a lei em apreço franqueou o aborto à mulher maior de 38 anos ou que tenha, no mínimo, quatro filhos menores de dezoito anos, vivendo sob sua dependência. Além disso, nessa hipótese, a mulher é dispensada da autorização especial prescrita para os demais casos (... now a pregnant woman can go directly to the appropriate hospital, if she is over the age of 38 years or has at least four children living at home under 18 years of age"). ⁽⁷¹⁾ Outra inovação de vulto é aquela estabelecida pela regra que faculta a intervenção à mulher muito jovem, momentaneamente incapaz de dispensar os necessários cuidados à criança, em razão da falta de maturidade. A finalidade do permissivo é exposta por Bernhard Gomard, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Copenhague: ⁽⁷⁰⁾

“L’objet de cette disposition est avant tout de permettre l’avortement des jeunes filles de 15 à 16 ans qui, sans être psychiquement anormales, ont seulement l’esprit trop enfantin ou trop peu mûr pour avoir la charge d’un enfant, même avec l’aide que leur famille et les pouvoirs publics peuvent lui octroyer. Sous l’empire de l’ancienne législation, ces femmes remplissaient très rarement les conditions nécessaires pour obtenir un avortement légal, parce qu’on ne pouvait normalement pas démontrer l’existence d’un risque grave pour leur santé dû à la grossesse ou à l’accouchement.”

Avança a lei dinamarquesa a ponto de prever o aborto de caráter social, isto é, considera a necessidade da interrupção da gravidez, desde que esta em si, o parto ou a manutenção da criança venham a constituir para a mulher um fardo pesado e irremediável, capaz de interferir na vida mesma da própria gestante e na manutenção da casa e dos demais filhos.

Na hipótese configurada, o legislador apresenta um certo número de elementos de ordem pessoal, econômica e social a serem levados em consideração, sem contudo, enumerá-los taxativamente. Do contrário, preceitua-se estabelecida um balanço de tais elementos passíveis de serem tomados em apreço. Em suma, a lei faz depender a decisão desses casos, de que se constate ser o aborto a solução mais razoável. ⁽⁷⁰⁾

Apesar de todas essas facilidades proporcionadas nos termos da lei, inúmeras mulheres dinamarquesas procuram a Polônia para fins de interrupção da gravidez. ⁽⁷²⁾ Isto porque, neste último país, o aborto pode ser autorizado por um único médico, ante a declaração oral da mulher grávida de que está em difícil situação social. É a lei do menor esforço. Na Dinamarca, como vimos, faz-se mister uma justificativa mais convincente e na maioria dos casos é exigida, para o deferimento do pedido, uma autorização especial. Apesar de que “the usual cause for legal abortion in Denmark has been the “stress syndrome”,

found predominantly among housewives who are exhausted from maternal duties, or who do not wish to lower their standard of living." (1) (72)

Na Finlândia, a Lei nº 239, de 24 de março de 1970, além das condições anteriormente reconhecidas como justificativas do aborto — tais como perigo para a saúde da mãe, certos fatos delituosos e circunstâncias hereditário-biológicas — prevê novos pressupostos de caráter social. É assim que o aborto pode ser permitido se o parto e os cuidados a serem dispensados à criança se tornam aflitivos para a mulher, dadas suas condições de vida e de saúde. O fator idade e a prole são também levados em consideração: às mulheres menores de 17 anos e às maiores de 40 ou que tenham já quatro filhos, a lei facilita o aborto.

Em regra, a intervenção depende da decisão conjunta de dois médicos — a um dos quais cabe realizá-la — que devem redigir, de per si, um laudo detalhadamente motivado. Na hipótese de decisão negativa, a autorização pode ser requerida à Direção Geral da Saúde Pública, organismo que, em certos casos, é competente, em primeira instância. Ao mesmo órgão atribui-se, também, a capacidade de concordar ou discordar sobre o hospital onde se processará o aborto. (73)

O "Annuaire de Législation Française et Étrangère", de 1967, alude à liberalidade do Código Penal suíço, relativamente ao aborto terapêutico (art. 120). A propósito, comenta sobre o grande número de mulheres estrangeiras que procura a Suíça, fato determinante da exploração escandalosa por parte de médicos que se aproveitam da situação, para cobrar, pela realização do aborto, honorários exagerados. Tal a extensão desses abusos, que dois cantões — transmite a mesma publicação — decidiram reagir: (74)

"Deux cantons ont décidé de réagir: par arrêté du 23 mai 1967, le Conseil d'Etat vaudois a modifié l'art. 12 de son arrêté du 12 novembre 1954 sur l'interruption non punissable de la grossesse, disposition qui fixe les honoraires pour ces opérations; par arrêté du 4 juillet 1967, le Conseil d'Etat neuchâtelois a réglé à nouveau la procédure à suivre en matière d'avortement thérapeutique, précisant également que l'expertise et l'opération seront facturées selon les normes applicables aux assurés des caisses-maladie."

Relativamente ao Japão, conta-nos David C. Coyle: (75)

"Antes de 1948, a lei proibia o aborto exceto em casos médicos, de emergência. Mas em 1948 a Dieta aprovou a Lei de Proteção à Eugenia, que declarava ser seu objetivo a proteção das mulheres cuja vida corresse risco com a gravidez, e, também evitar progênie inferior que poderia ser esperada nos filhos nascidos de mães doentes. Não houve reconhecimento da necessidade de limitar o crescimento da população, embora alguns membros da Dieta considerassem que a lei serviria para esse propósito.

A Lei de Proteção à Eugenia permitiu, também, a extensão das facilidades do controle da natalidade, e permitiu a esterilização por motivos de saúde, em certos casos. Em 1949 foi a lei emendada, a fim de permitir ao médico levar em consideração fatores econômicos ao

diagnosticar que a saúde da mulher poderia ser posta em perigo por outra gravidez.

A lei de 1948 e suas modificações posteriores concentraram-se definitivamente na saúde, ao invés de no controle da natalidade. Os abortos deviam ser praticados por médico, e, no início, a maioria precisava da aprovação do Comitê de Proteção à Eugenia local. Revista em 1952, a lei permite que determinados médicos pratiquem o aborto sem consulta, precisando, para isso, unicamente do consentimento das duas pessoas diretamente interessadas. Nominalmente, deve a operação ser justificada em termos de saúde, mas a inclusão de considerações econômicas dá grande margem à discricão.

A esterilização foi permitida pela primeira lei (de 1948) somente por determinadas razões especificadas, tais como lepra infecciosa ou moléstia hereditária conhecida. Mais tarde as emendas relaxaram essas especificações, mas o padrão de saúde foi mantido pelo fato de exigir-se autorização de um médico registrado. A assistência no controle da natalidade foi, do mesmo modo, conservada nas mãos de pessoas tecnicamente treinadas: médicos e, depois, parteiras e enfermeiras licenciadas.”

Entre os países que legalizaram o aborto não podemos esquecer a Índia e a Suécia e os países socialistas. A lei sueca, promulgada em 1971, franqueia a intervenção a quem quer que a deseje. ⁽⁷⁶⁾ Quanto aos países socialistas, aludiremos à Rússia e à Iugoslávia, além da Polônia já lembrada juntamente com Dinamarca.

A Rússia liberou o aborto depois da Revolução, incriminando-o somente quando praticado em desobediência às regras sanitárias prescritas em lei (art. 140, do Código de 1926). O interesse demográfico do Estado, face à ameaça da Alemanha nazista determinou a rejeição do abortamento livre. (Lei de 27 de junho de 1936). Loren G. Stern, analisando o fato, cita Lader em cuja opinião a lei de 1936 constituiu uma queda do entusiasmo revolucionário dos velhos bolchevistas. ⁽⁷⁷⁾

Recentemente, voltou a legislação russa a admitir o aborto. Alega-se em favor da retomada da posição assumida na fase pós-revolucionária, transmite Anibal Bruno, ⁽⁷⁸⁾ que a educação do povo e as medidas administrativas de assistência e estímulo à maternidade, justificam se deixe à consciência de cada um a solução desse grave problema. A partir desse critério, a Lei de 5 de agosto de 1954 descriminava a mulher que consentia em fazer-se abortar e a lei de 23 de novembro de 1955, legalizava o aborto feito com o consentimento da gestante, quando praticado por médico e em estabelecimento apropriado.

Enquanto as leis da maioria dos países, contrárias ao aborto, haja vista a Itália, a França, a Espanha, a República Dominicana etc., escudadas no critério ético-deontológico, vêem uma agravante no fato de a intervenção ser praticada por profissional competente, as leis russas informadas em critério eminentemente pragmático, consideram a mesma circunstância como excludente da sanção penal. No primeiro caso, argumenta-se que o profissional coloca suas aptidões a serviço de um crime; no outro, a serviço da gestante cuja saúde correria maiores perigos se o aborto fosse praticado por mãos ineptas.

Na Iugoslávia — e é ainda o “*Annuaire de Législation Française et Étrangère*” (79) que transmite a informação — “*la loi générale du 26 avril 1969 sur l’interruption de la grossesse*” determinou as condições sob as quais é permitida a interrupção da gravidez com o consentimento da mulher e mediante pedido seu. A lei exige, especificamente, seja a intervenção realizada em estabelecimento que preencha as condições de higiene indispensáveis e assegure serviço médico apropriado; ao mesmo tempo, exige de médicos e enfermeiros a manutenção do segredo profissional enquanto os obriga a respeitar a pessoa sob seus cuidados.

Em face do exposto, podemos comentar, usando as palavras do Professor Doutor Francesco Introna (80)

“Allo stato dei fatti, l’aborto è legalizzato in tutti i paesi socialisti, nei paesi scandinavi, in Gran Bretagna, in Giappone, in India, in numerosi stati della confederazione nord-americana. I motivi che autorizzano alla provocazione dell’aborto sono, nelle legislazioni permissive, uno o più dei seguenti:

- 1) Motivi medici: A) pericolo per la vita della gestante; B) pericolo per la salute fisica o mentale della gestante.
- 2) Motivi eugenici (pericolo di nascita di infante deforme o comunque menomato gravemente).
- 3) Motivi cosiddetti umanitari (gravidanza da violenza carnale o da incesto; gravidanza in infrasedicenne o infraquindicenne).
- 4) Motivi socio-economici (misere condizioni di vita; famiglia molto numerosa; ecc.).”

VI — CONCLUSÃO

Aí está, a grosso modo, a situação internacional do aborto, nos dias atuais, de acordo com as diferentes legislações citadas. Esta não é, entretanto, a situação real do problema. A situação de fato, para a qual se dirigem as atenções tanto nos países de legislação repressiva quanto naqueles de leis mais acessíveis, é bem outra e bem mais grave. Basta que atentemos para as estatís-

ticas que acusam a avalanche de abortos clandestinos praticados em todo o mundo.

No Brasil, apesar da proibição, pode-se dizer, categórica da lei, o aborto assume proporções alarmantes. Tornou-se, na expressão do Professor Rodrigues Lima, doença endêmica, como o são a malária, a esquistossomose, e outras. As estatísticas revelam a chaga.

Aliás, fala-se da impossibilidade de se confiar nas estatísticas sobre o aborto. E a Organização Mundial de Saúde, em trabalho realizado em 1970, expõe as causas: ⁽⁸¹⁾

“1) a maioria dos abortos prematuros não são detectados ou não requerem a assistência técnica do médico; 2) o registro do número de abortos não oferece vantagens econômicas, sociais ou políticas; 3) os abortos feitos por abortadores primários ou pelas próprias gestantes podem ser controlados apenas parcialmente pelas autoridades, quando a mulher abortada precisa recorrer aos hospitais; 4) o mesmo não acontece quando são feitos por médico, que normalmente escapa ao controle.”

Se os dados estatísticos não satisfazem, a que recorrer? Ainda mais: os motivos que determinam a precariedade dos números obtíveis, denunciam justamente, que o número de abortos extrapola o dos dados obtidos. De forma que as pesquisas nos oferecem sempre uma estimativa aquém da realidade dos fatos.

Isto posto, aproximadamente, contam-nos os números, que, no Brasil, são feitos um milhão e quinhentos mil abortos por ano. Aí estão incluídos, informa o Professor Jorge Resende, ⁽⁸²⁾ os abortos provocados pela própria gestante. O Professor Otávio Rodrigues Lima ⁽⁸³⁾ apresenta um índice de 1 milhão e 488 mil abortos provocados, anualmente, número correspondente a 22 por cento dos partos e 25 por cento dos leitos existentes em toda a rede hospitalar. A pesquisa reuniu informações de 34 clínicas de todos os Estados e baseou-se no atendimento médico de 55 hospitais, não tendo sido consignados, senão, os casos que redundaram em complicações decorrentes, afastados, por conseguinte, aqueles que não se valeram da assistência hospitalar. A “Realidade” ⁽⁸¹⁾ proporciona estimativas oscilantes que vão de 250 mil a 1 milhão e 700 mil abortos provocados, criminosos, anualmente. Na última hipótese, comenta a publicação, o número nos oferece um quadro espantoso: mais de 4.600 intervenções por dia, 192 por hora, mais de três por minuto. O cálculo teve por base, segundo o Professor Rodrigues Lima, os dados de 1970. Tida como exagerada por muitos, a cifra é qualificada de modesta pelo Professor Caetano Zamitti Mannana que, em 1963, baseado em dados do Departamento Estatístico do Estado, calculou em 418.764, o número de abortos provocados, só em

São Paulo. ⁽⁸¹⁾ Em Salvador, é ainda a "Realidade" que transmite, na Maternidade Tisyra Balbino, da Fundação Hospitalar da Bahia, foram assistidas, durante o ano de 1971, 19.000 pacientes, das quais 5.241 com problemas de aborto, 60% desses casos — abortos provocados. Em 1969, na Maternidade Fernando Magalhães no Rio de Janeiro, foram atendidos 10.308 partos, dentre os quais, cerca de 2.500 abortos provocados. ⁽⁸¹⁾

Desnecessário continuar apresentando estatísticas para confirmar que o aborto campeia clandestinamente no país — contrabando da morte a enriquecer profissionais desonestos, a ceifar vidas indefesas, a danificar a saúde quando não a eliminar a vida mesma de milhares de mulheres.

Não cabe ao Brasil a primazia nessa corrida clandestina para o aborto.

Na Itália, a estimativa varia entre um a três milhões de abortos por ano. ⁽⁸⁴⁾ O índice, nos Estados Unidos, é de um milhão no mesmo período de tempo, de onde se conclui que, uma de cada cinco gestações naquele País, termina em aborto ilegal. ⁽⁸⁵⁾ E tenha-se em consideração que 10.000 intervenções são levadas a efeito, também, anualmente, em hospitais sob adequada supervisão cirúrgica e de certa forma, em concordância com adequadas razões médicas. ⁽⁸⁶⁾

Interessante é observar que, mesmo nos países de legislação aberta ao aborto, a clandestinidade persiste, se bem que, e, naturalmente, em menor proporção. Aproveitamos, a respeito, o comentário do Professor Francesco Introna, tantas vezes citado: ⁽⁸⁷⁾

"Inoltre, risulta che in alcuni paesi aborzionisti gli aborti illegali non sono diminuiti sia perché il clima permissivo fa aumentare i casi in cui la donna rifiuta la gravidanza in modo obiettivamente non giustificabile e sia perché molte donne non vogliono attendere l'iter della pratica burocratica o considerano la legge come una ingiusta intrusione nella propria vita privata".

Vêm, em seguida os fatos: ⁽⁸⁷⁾

"La liberalizzazione dell'aborto va intesa in modo molto relativo: nella Unione Sovietica, ad esempio la donna deve comunque presentare una regolare domanda ad un'apposita commissione la quale ha il compito di valutare il caso e di espletare un'opera di dissuasione e può anche respingere la domanda con adeguata motivazione; la domanda va sempre respinta se v'è già stato un aborto nei sei mesi precedenti o se la donna presenta condizioni cliniche (malattie infettive o altro) che rendono probabile l'insorgenza di complicanze dopo l'intervento abortivo. In Bulgaria, se la gravidanza ha superato il terzo mese, il permesso di abortire viene dato solo se la prosecuzione della gravidanza crea grave pericolo per la salute o per la vita; le spese per

l'aborto autorizzato per motivi non medici sono a carico della donna; i medici hanno l'obbligo di espletare un'opera di dissuasione sulla donna che chiede di abortire (salvo che, ovviamente, non sussistano motivi gravi). Le stesse norme vigono in Ungheria ed in altri paesi socialisti."

Como tratar o aborto se as leis que o reprimem não lhe arrefecem a proliferação e se mesmo aquelas que lhe são favoráveis não o retiram da clandestinidade?

É que o aborto é consequência e não causa. E consequência de causas múltiplas e variadíssimas. Para alcançar essa diversificação, basta que consideremos os tipos de mulheres que procuram destruir o fruto gerado no próprio ventre:

- 1) as inconscientes levadas por motivos fúteis de vaidade feminina — mulheres bem casadas, saudáveis, de larga vida econômica e mente estreita;
- 2) as mulheres, financeiramente, bem situadas, mães de 2, 3 ou mais filhos, mas que se sentem, por motivos de saúde e de exaustão, desencorajadas para a nova gravidez e para os novos encargos dela decorrentes;
- 3) as mulheres que trabalham fora — funcionárias públicas, empregadas domésticas — e que se vêem a braços com dificuldades diversas, inclusive econômicas, para cuidar dos filhos;
- 4) as mulheres pobres, de fato, totalmente incapazes de ocorrer às necessidades essenciais da criança — uma boca a mais para a fome de cada dia;
- 5) as moças solteiras sem a necessária independência econômica e espiritual, impossibilitadas, portanto, de erguer a cabeça e enfrentar um processo de gestação, diante do desprezo dos pais e da repulsa do grupo a ela própria e ao filho "sem pai";
- 6) a mulher que não aceita o filho gerado da violência, do estupro;
- 7) a prostituta, para quem o filho é, apenas e simplesmente, uma carga pesada em todos os sentidos.

Que outra doença teria tão diferentes fontes?

— aqui, a formação moral deficiente ou mesmo nula, a falta de alcance relativamente ao valor da vida humana; ali, a precariedade de saúde; lá a pobreza, pobreza de fato, asfixiante e sem apelação; adiante, a ignorância, a mentalidade deplorável de pais que "amam" a filha a ponto de jogá-la à rua da miséria ou de selar-lhe a infelicidade com um aborto; finalmente, a mal-

dade humana encarnada nos violadores e na deprimente aquiescência do respeitável grupo à instituição do prostíbulo.

Para grandes males, grandes remédios. O problema necessita de maiores atenções das autoridades daqui e de além. Uma campanha intensa, direta e persistente, sobre os males físicos e morais do aborto; um programa, realizado em termos de fatos, de assistência sanitária às mães pobres; a melhoria do padrão econômico das classes desprotegidas; o amparo decisivo de caráter sócio-econômico à mãe solteira, seriam medidas muito mais eficazes de que todo um código, especificamente construído para condenar as práticas abortivas. Dentro desse sistema, os anticoncepcionais contariam, mas em casos particulares, a critério médico; o aborto, em hipóteses excepcionálísimas reguladas nos termos das leis penais.

As disposições legais, sem essa infra-estrutura preventiva, continuarão letra morta, lesadas, segundo vimos, à base de 4.600 intervenções por dia, 192 por hora e mais de 3 por minuto. E isto só no Brasil!

Na ausência de medidas de base dirigidas às causas do aborto, só os anticoncepcionais poderão reduzir, nesse campo, o índice da criminalidade.

NOTAS

- 1) Vega, Francisco Gonzalez de la — "Derecho Penal Mexicano" — Editorial Porrúa, S. A. — 1968 — págs. 124/5.
- 2) Hungria, Nelson — "Comentários ao Código Penal" — Vol. V — arts. 121 a 136 — Ed. Forense — Rio de Janeiro, 1942 — págs. 250/251.
- 3) "Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro", por J. M. de Carvalho Santos, com a colaboração de diversos juristas — Editor Borsol — R. de Janeiro — vol. 1, pág. 258.
- 4) Oliveira, Olavo — "O Direito de Matar" — Imprensa Universitária do Ceará — 1950 — pág. 332.
- 5) "Exodus", cap. 21, versículos 22 e 23.
- 6) Pessina, Enrico — *in* Enciclopedia Giuridica Italiana, vº "Aborto Procurato" — cit. pelo "Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro" — Editor Borsol — R. de Janeiro — vol. 1 — pág. 254.
- 7) Vega, Francisco Gonzalez de la — "Derecho Penal Mexicano" — Editorial Porrúa, S. A. — México, 1968 — pág. 119.
- 8) Cabanellas, Guillermo — "El Aborto — Su Problema Social, Medido y Jurídico" — Editorial Atalaya — Buenos Aires — 1945 — pág. 20/21.
- 9) Meira, Sílvio A. B. — "A Lei das XII Táboas" — 2a. Edição — Forense — Rio de Janeiro — págs. 170 e 175.
- 10) Hungria, Nelson, Ob. cit. pág. 234.
- 11) Calón, Eugenio Cuello — "Cuestiones Penales Relativas al Aborto" — 1931 — Librería Bosch — Barcelona — pág. 9/10.
- 12) "Aborto" — b) Diritto Penale — *in* "Enciclopedia del Diritto" — Giuffrè — 1968 — pág. 128.
- 13) "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" — por J. M. de Carvalho Santos, com a colaboração de diversos juristas — Editor Borsol — Rio de Janeiro — vol. 1 — pág. 255.

- 14) Ob. cit. págs. 235/236.
- 15) Culeum ou culleummi — sacco de couro em que se metiam os parricidas (Novo Dicionário Latino-Português de Francisco Antonio de Sousa — Lello & Irmãos Editores.
- 16) Stern, Loren G. — "Abortion: Reform and the Law" in "The Journal of Criminal Law Criminology and Police Science" — Vol. 59, N.º 1 — March 1968 — pág. 84.
- 17) Enciclopedia Del Diritto — Giuffrè — 1958 — "Aborto" — c) "Diritto Canonico" — pág. 140.
- 18) Vega, Francisco Gonzalez de la — ob. cit. pág. 119.
- 19) Hungria. Nelson. ob. cit. pág. 236.
- 20) Ob. cit. pág. 23.
- 21) Ciprotti, Pio — "Aborto" — c) "Diritto Canonico" in Enciclopedia Del Diritto Giuffrè — 1958 — pág. 140.
- 22) Novissimo Digesto Italiano — V T E T — Terza Edizione — 1957 — pág. 88.
- 23) Stern, Loren G. — Vide publicação e trabalho citados, pág. 84.
- 24) Idem, idem — pág. 84 (nota de rodapé).
- 25) Idem, idem, pág. 84.
- 26) Idem, idem, págs. 84/5.
- 27) Idem, idem, pág. 85.
- 28) Beccaria — "De Los Delitos y De Lsa Penas" — Agullar — 1969 — pág. 114.
- 29) Vega, Francisco Gonzalez De La — ob. cit. pág. 120.
- 30) Novissimo Digesto Italiano — V T E T — 1957 — Terza Edizione — I "Aborto — Diritto Penale", pág. 81.
- 31) Ciprotti, Pio — c) "Diritto Canonico — Diritto vigente" — in "Enciclopedia Del Diritto" — Giuffrè — 1958. — pág. 150.
- 32) "A Posição da Igreja" — in "Jornal do Brasil" — "Revista de Domingo" — 12 de junho de 1972 — pág. 4.
- 33) "Um quadro espantoso: mais de três abortos por minuto no Brasil" in "Realidade" — julho — 1972 — pág. 58.
- 34) Santaniello, Giuseppe — "Manuale di Diritto Penale" — Giuffrè Editore — Terza Edizione — 1967 — pág. 491.
- 35) "Aborto Terapeutico ed Aborto legalizzato: Considerazioni Medico-Legali e Medico-Sociali" — in "Rivista Penale" — Anno XCIV — Terza Serie — Novembre 1971 — N. 11 — pág. 571.
- 36) Santaniello, Giuseppe, ob. cit. pág. 492.

37) **TITRE DEUXIÈME**

Crimes et délits contre les particuliers

CHAPITRE PREMIER

Des crimes et délits contre les personnes

.....

SECTION II

Bressures et coups volontaires non qualifiés meurtre, et autres crimes et délits volontaires.

.....

Art. 317. (Décr.-L. 29 jull. 1939, art. 82.) "Quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manoeuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait

consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de 1.800 F à 36.000 F.

L'emprisonnement sera de cinq ans à dix ans et l'amende de 18.000 F à 72.000 F s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés ou paragraphe précédent.

Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 7.200 F la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effect.

Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens dentistes, pharmaciens, ainsi que les étudiants en médecine, les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands d'instruments de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseurs, masseuses qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement seront condamnés aux peines prévues aux paragraphes premier et second du présent article. La suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession seront, en outre, prononcées contre des coupables.

Quiconque contrevient à l'interdiction d'exercer sa profession prononcée en vertu du paragraphe précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois ou moins et de deux ans au plus et d'une amende de 3.600 F au moins et de 36.000 F ou plus, ou de l'une de ces deux peines seulement.

(Dalloz — Code Pénal — Paris — Librairie Dalloz — 1966/67)

38) **DECRET-LOI DU 29 JUILLET 1939**

Raetatif à la famille et à la natalité française (D. P. 1939, 4, 369).

TITRE II. — PROTECTION DE LA FAMILLE

CHAPITRE 1er. — PROTECTION DE LA MATERNITE

SECTION 1re. — De l'avortement.

Art. 82. V. *suprà*. C. pén. art. 317, § 1er. à 7.

84. Toute condamnation correctionnelle pour délits prévus par les articles 317 et 334 du Code Pénal et par la loi du 31 juillet 1920 comporte, de plein droit, l'interdiction d'exercer aucune fonction, et de remplir aucun emploi, à quelque titre que ce soit, dans des cliniques d'accouchement, maisons d'accouchement et tous établissements privés recevant habituellement, à titre onéreux ou gratuit, et en nombre quelconque, des femmes en état réel, apparent ou présumé de grossesse.

Toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions cidessus spécifiées entrainera la même incapacité.

(Obrá *suprà*, pág. 167)

39) **CODE DE LA SANTÉ PUBLIQUE** (Décr. 5 oct. 1953).

Établissements d'accouchement.

Art. L. 161-1. (Décr. 11 mai 1955). Lorsque la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée exige soit une intervention chirurgicale, soit l'emploi d'une thérapeutique susceptible d'entrainer l'interruption de la grossesse, le médecin traitant ou le chirurgien devront obligatoirement prendre l'avis de deux médecins consultants, dont l'un pris sur la liste des experts près le tribunal de grande instance qui, après examen et discussion, attesteront que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique. Un des exemplaires de la consultation sera remis à la malade, les deux autres conservés par le deux médecins consultants. — V. Décr. 28 nov. 1955 (Code de déontologie médicale), art. 38 (D. 1955. 510; B. L. D. 1955. 1111).

(Obrá *suprà*, pág. 167).

40) **SEZIONE SEDICESIMA**

Crimini e Delitti contro la vita

§ 218. *Aborto procurato.*

1) La donna che si procura l'aborto ovvero consente tale aborto da parte di altri (1). viene punita con il carcere; in casi particolarmente gravi si applica la reclusione.

2) Il tentativo è punibile.

3) Chi procura in altro modo l'aborto di una donna incinta (2). viene punito con la reclusione; in casi meno gravi col carcere.

4) Chi procura ad una donna incinta un mezzo o un oggetto idonei per l'aborto viene punito con il carcere; in casi particolarmente gravi con la reclusione.

§ 219. *Mezzi per l'aborto.*

1) Chi, pubblicamente, annuncia o decanta mezzi, oggetti o procedimenti a fini abortivi, ovvero espone in un luogo aperto al pubblico tali mezzi od oggetti, viene punito con il carcere fino a due anni o con pena pecuniaria.

2) La disposizione del comma primo non si applica qualora mezzi, oggetti o procedimenti diretti a interruzioni della gravidanza, clinicamente necessarie, vengano annunciati o decantati in riviste mediche o farmaceutiche specializzate ovvero a medici o a persone che con tali mezzi od oggetti esercitano lecitamente la professione.

§ 220. *Offerta all'aborto.*

Chi, pubblicamente, offre i propri o altrui servizi per l'esecuzione o il favoreggiamento di aborti, viene punito con il carcere fino a due anni o con la pena pecuniaria.

(“Codice Penale Tedesco — vigente nella Repubblica Federale Tedesca” — Tradotto e annotato dal Dr. Vincenzo Pagano — Milano — Dott. A. Giuffrè — Editore — 1967).

41) *Obra supra. pag. 131.*

42) Vega, Francisco Gonzalez de la — “Derecho Penal Mexicano” — Editorial Porrúa, Mexico, 1968 — págs. 130 e 132.

43)

TÍTULO VIII

Delito contra las personas

.....

CAPÍTULO III

Del Aborto

Art. 411. El que de propósito causare un aborto será castigado:

1.º Con la pena de prisión mayor si obrare sin consentimiento de la mujer.

2.º Con la de prisión menor si la mujer lo consintiera.

Si se hubiere empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño para realizar el aborto en el primer caso, o para obtener el consentimiento, en el segundo, se impondrá en su grado máximo la pena de prisión mayor.

Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 1.º del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor y si se le causare cualquiera otra lesión grave, la de prisión mayor.

Art. 412. El aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo, se castigará con la pena de prisión menor.

Art. 413. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de prisión menor.

Art. 414. Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor. Igual pena se aplicará a los padres que, con el mismo fin y con el consentimiento de la hija produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Si resultare muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a los padres la pena de prisión menor.

Art. 415. El facultativo que, con abuso de su art, causara el aborto o cooperase a él, incurrirá en el grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 25.000 a 250.000 pesetas (T. 48).

La misma agravación y multa de 5.000 a 50.000 pesetas (T. 39) se impondrá a los que, sin hallarse en posesión de título sanitario, se dedicaren habitualmente a esta actividad.

El farmacéutico que, sin la debida prescripción facultativa, expendiere un abortivo, incurrirá en las penas de arresto mayor (T. 18) y multa de 5.000 a 50.000 pesetas (tabla 39).

La sanción del facultativo comprende a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios, y la del farmacéutico a sus dependientes.

Art. 416. Serán castigados con arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas los que con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto o de evitar la procreación, realicen cualquiera de los actos siguientes:

- 1.º Los que en posesión de título facultativo o sanitario meramente los indicaren, así como los que, sin dicho título hicieren la misma indicación con ánimo de lucro.
- 2.º El fabricante o negociante que los vendiere a personas no pertenecientes al Cuerpo médico o a comerciante no autorizado para su venta.
- 3.º El que los ofreciere en venta, vendiere, expendiere, suministrare o anunciare en cualquier forma.
- 4.º La divulgación en cualquier forma que se realizare de los destinados a evitar la procreación, así como su exposición pública y ofrecimiento en venta.
- 5.º Cualquier género de propaganda anticonceptiva.

Art. 417. Los culpables de aborto, se hallen o no en posesión de título facultativo o sanitario, serán condenados a las penas señaladas en los artículos anteriores y, además, a la de inhabilitación especial, que comprende, aparte de los efectos propios de ella, el de prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados.

(Código Penal. — Texto revisado de 1963 — José Marquez Azcarate — Aguilar)

- 44) Devesa, Jose Maria Rodriguez — "Derecho Penal Español -- Parte Especial" — Madrid — 1969 — Ediciones Castilla — pág. 90
- 45) "Código Penal — Texto revisado de 1963" — Aguilar — Jose Marques Azcarate (ver arts. 30, 47, 85, 411 a 414)

46)

TITULO II

Crímenes y delitos contra los particulares

CAPITULO I

Crímenes y delitos contra las personas

SECCION 2.ª

De las heridas y golpes voluntarios no calificados homicidio, y de otros crímenes y delitos voluntarios.

Art. 317. (Modificado por la ley N.º 1690, del 19 de abril de 1948. — Gaceta Oficial N.º 6783).

El que por medio de alimentos, brevajes, medicamentos, sondeos, tratamientos o de otro modo cualquiera, causare o cooperare directamente a causar el aborto de una mujer embarazada, aún cuando ésta consienta en él, será castigado con la pena de reclusión. La misma pena se impondrá a la mujer que causare su aborto, o que consintiere en hacer uso de las sustancias que con ese objeto se le indiquen o administren o en someterse a los medios abortivos, siempre que el aborto se haya efectuado. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años a las personas que hayan puesto en relación o comunicación una mujer embarazada con otra

persona para que le produzca el aborto, siempre que el aborto se haya efectuado, aún cuando no hayan cooperado directamente al aborto. Los médicos, cirujanos, parteras, enfermeras, farmacéuticos y otros profesionales médicos, que, abusando de su profesión, causaren el aborto o cooperaren a él, incurrirán en la pena de cinco a veinte años de trabajos públicos, si el aborto se efectuare.

El que causare a otro una enfermedad o imposibilidad de trabajo personal, administrándole voluntariamente, o de cualquier otra manera, substancias nocivas a la salud, aún cuando por su naturaleza no sea de aquellas que ocasionan la muerte, será castigado con prisión de un mes a dos años, y multa de diez y seis a cien pesos. Si la enfermedad o imposibilidad de trabajar personalmente ha durado más de veinte días, la pena será la de reclusión. Si los delitos de que tratan los dos párrafos anteriores se han cometido en la persona de uno de los ascendientes del culpable, la pena en el primer caso será la de reclusión, y en el segundo, la de trabajos públicos.

En todos los casos de este artículo, los reos de los delitos podrán ser condenados, además de la pena principal, a la accesoria de sujeción a la vigilancia de la alta policía por cinco años, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan resultar en favor de los agraviados.

(Código Penal de la Republica Dominicana — Cuarta edición — Editora Del Caribe, C. por A — Santo Domingo, R.D. — 1962)

47)

THE PENAL CODE

BOOK II

Crimes

PART X

Crimes Against the Health of the Human Race

Art. 418. (*Abortion Without Consent*). — 1. - Whoever causes the abortion of a woman, without her consent, shall be punished with imprisonment [96 P.C.] from three to seven years.

2. - The same punishment shall be imposed on any person who causes the abortion of a woman who is incapable of giving consent [47 P.C.], where the consent is extorted by violence, threat or undue influence, or is induced by fraud.

Art. 419. (*Abortion with Consent*). — 1. - Whoever causes the abortion of a woman, with her consent, shall be punished with imprisonment [96 P.C.] from one to five years.

2. - The same punishment shall apply to a woman who consents to such abortion or by any means causes it herself.

Art. 420. (*Instigation to Abortion*). — Whoever, other than in the cases referred to in the preceding article, instigates a pregnant woman to commit abortion [420 P.C.] by administering to her appropriate means thereto, shall be punished with imprisonment [96 P.C.] from six months to two years.

Art. 421. (*Death or Injury of the Woman*). — 1. - Where the act referred to in article 418 results in the death [441 P.C.] of the woman, the punishment imposed shall be imprisonment [96 P.C.] from ten to fifteen years; where hurt [440 P.C.] results, the punishment imposed shall be imprisonment [96 P.C.] from three to eight years.

2. - Where the act referred to in paragraph 1. of article 419 results in the death of the woman, the punishment imposed shall be imprisonment [96 P.C.] from four to eight years; where hurt results, the punishment imposed shall be imprisonment [96 P.C.] from two to six years.

Art. 422. (*Abortion for Reasons of Honour*). -- Where any of the acts referred to in articles 418, 419, 420 and 421 is committed for the purpose of safeguarding

one's own honour or that of a near relative, the punishments prescribed therefor shall be reduced by one-half to two thirds.

Art. 423. (*Procuring the Impotence of a Person to Procreate*). — 1. - Whoever performs on a person of either sex, with the consent of the latter, acts directed to render that person impotent to procreate, shall be punished with imprisonment [96 P.C.] from six months to two years and with fine [97 P.C.] from Sh. So. 1,000 to 5,000.

2. - Whoever consents to such acts on his own person, shall be liable to the same punishment.

Art. 424. (*Aggravating Circumstances and Accessory Penalty*). — 1. - Where the person guilty of one of the crimes referred to in article 418, paragraph 1, of article 419, articles 420 and 421 and paragraph 1. of article 423, exercise a medical profession, the punishment shall be increased [118 P.C.].

2. - In the event of repetition [61 P.C.], interdiction from the medical profession [103 P.C.] shall be permanent.

(The Somali Penal Code — with comments and annotations based on preliminary studies — Milano — Giuffré Editore — 1967)

- 48) Bruno, Anibal — "Direito Penal" — vol. I — Tomo 4.º — Forense — 1966 — pág. 159

49)

TÍTULO II

Dos crimes contra a segurança individual

CAPÍTULO I

Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida

.....

SEÇÃO III

Aborto (609 a)

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas — de prisão com trabalho por un a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas — dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer melos para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas — de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por Medico, Boticario, Cirurgião ou Praticante de taes artes.

Penas — dobradas.

("Código Criminal do Império do Brasil" — anotado pelo Des. V. A. de Paula Pessoa — R. de Janeiro — 1877 — Livraria Popular)

- 50) Araujo, Dr. João Vieira de — "O Código Penal Interpretado" — Parte Especial — Vol. III — R. de Janeiro — Imprensa Nacional — 1902 — pág. 56

51)

TÍTULO X

Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida

.....

.....

CAPÍTULO IV

Do aborto

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: — pena de prisão cellular por dous a seis annos.

No segundo caso: — pena de prisão celllular por seis mezes a um anno.

§ 1. Si em consequencia do abôrto ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena — de prisão celllular de seis a 24 annos.

§ 2. Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena — a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accôrdo da gestante.

Pena — de prisão celllular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime fôr commetido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante da morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Penas — de prisão celllular por dois mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação."

(Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado por Oscar de Macedo Soares — 5ª Edição — Livraria Garnier — Rio de Janeiro — 1910)

52)

TÍTULO X

Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida

CAPÍTULO I

Do homicidio

Art. 294. Matar alguém.

.....
 § 2.º Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circumstancias:

Pena — de prisão celllular por 6 a 24 annos.

DECRETO-LEI N.º 2.848,
 de 7 de dezembro de 1940

Código Penal

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

Dos crimes contra a pessoa

CAPÍTULO I

Dos crimes contra a vida

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena — detenção, de um a três anos.

DECRETO-LEI N.º 1.004,
 de 21 de outubro de 1969

Código Penal

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

Dos crimes contra a pessoa

CAPÍTULO I

Dos crimes contra a vida

Auto-aborto

Art. 124. Provocar a gestante o próprio aborto:

Pena — detenção, de um a quatro anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. 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.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de três a dez anos.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Aborto com o consentimento da gestante

Art. 125. Provocar aborto, com o consentimento da gestante:

Pena — detenção, de um a quatro anos.

Parágrafo único — Na mesma pena incorre a gestante consentiente.

Ausência ou invalidade do consentimento da gestante

Art. 126. Provocar aborto sem o consentimento da gestante, ou se esta é menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude ou coação:

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

Aborto qualificado

Art. 127. As penas cominadas no caput do art. 125 e no art. 126 são aumentadas de um terço até a metade, se, em consequência do aborto, ou dos meios empregados ou do modo de empregá-los, a gestante vem a morrer ou sofrer lesão grave.

Aborto por motivo de honra

Art. 128. Provocar aborto em si mesma, para ocultar desonra própria:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem provoca o aborto, com o consentimento da gestante, para ocultar-lhe a desonra.

Aborto preterdeloso

Art. 129. Empregar violência contra mulher, cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe involuntariamente o aborto:

Pena — detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

<p>Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:</p> <p><i>Aborto necessário</i></p> <p>I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante;</p> <p><i>Aborto no caso de gravidez resultante de estupro</i></p> <p>II — se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz de seu representante legal.</p>	<p><i>Aborto terapêutico ou quando a gravidez resulta de estupro</i></p> <p>Art. 130. Não constitui crime o aborto praticado por médico:</p> <p>I — quando é o único recurso para evitar a morte da gestante;</p> <p>II — se a gravidez resultou de estupro, seja real ou presumida a violência.</p> <p>Parágrafo único. No caso do n.º I, deve preceder, sempre que possível, a confirmação ou concordância de outro médico, e, no caso do n.º II, deve anteceder o consentimento da vítima ou, quando esta é incapaz, de seu representante legal, desde que comprovada a existência do crime.</p>
--	---

- 54) Hungria, Nelson — ob. cit. pág. 248/249
- 55) Oliveira, Olavo — ob. cit. pág. 334 (nota de rodapé)
- 56) Oliveira, Olavo — ob. cit. pág. 316
- 57) Ob. cit. pág. 239
- 58) Ziff, Harvey L. — "recent Abortion Law Reforms (or much ado about nothing)" — in "The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science" — Vol. 60, n.º 1 — March 1969 — pág. 3
- 59) Stern, Loren G. — "Abortion Reform" — in publicação supra — vol. 59, n.º 1 — March 1968 — pág. 86
- 60) Vide os dois trabalhos supracitados, págs. 4 e 86, respectivamente
- 61) Stern, Loren G. — Trabalho citado, pág. 86
- 62) Ziff, Harvey L. — trabalho citado pág. 4
- 63) Introna, Prof. Dott. Francesco — "Aborto Terapeutico ed Aborto Legalizzato: Considerazioni Medico-Legali e Medico Sociali" in "Rivista Penali" — Anno XCIC — Terza Serie — Novembre 1971 — N.º 11 — pág. 573
- 64) Ziff, Harvey L. — Vide trabalho e publicação citados pág. 4
- 65) Stern, Loren G. — Trabalho e publicação citados 86 (nota de rodapé)

- 66) In "Revista de Direito Penal" — Editor Borsoi — Nº 1 Jan./Mar. 1971 — "resenha Bibliográfica" — pág. 101
- 67) Trabalho e publicação citados, pág. 574
- 68) In "Colaboración paritaria — Informaciones sociales de Alemania — La Educación en Alemania — Servicio de Artículos — Serviço especial — La situación legal de la mujer" (Informaciones socio-políticas) — S O 16/71 (sp) — pág. 9 a 12. (Material gentilmente remetido pela Embaixada Alemã)
- 69) Trabalho e publicação citados, pág. 573
- 70) Gomard, Bernhard — (III. Droit. Privé — A. Droit Civil) — in "Annuaire de Législation Française et Étrangère" — 1970 — "Centro National de la Recherche Scientifique" — pág. 181/2
- 71) Merete Carlsen — "Maternal aid, Children's allowances and pregnancy legislation" — in "Fact Sheet/Denmark" — material gentilmente cedido pela Embaixada da Dinamarca)
- 72) Ziff, Harvey L. — Trabalho e publicação citados, pág. 13
- 73) "Annuaire de Législation Française et Étrangère" — 1970 — pág. 181
- 74) Publicação supra, — 1967 — pág. 513
- 75) In Hardin, Garret — "População Evolução Controle da Natalidade" — Tradução de Leonidas Gontijo de Carvalho — Companhia Editora Nacional — S. Paulo — 1967 — pág. 267
- 76) Vide nota 68
- 77) Stern, Loren G. Trabalho e publicação citados, pág. 88
- 78) Ob. cit. pág. 158
- 79) "Annuaire de Législation Française et Étrangère" — 1969 pág. 752
- 80) Trabalho e publicação citados, pág. 573
- 81) "Reportagem Especial" — "Realidade" — julho/1972 — pág. 58/60
- 82) "Correio da Manhã" — 27-5-1970 — "Saúde — Médicos pedem legalização do aborto".
- 83) "O Estado de São Paulo" — 15-1-1972 — "Médico faz pesquisa de aborto no Brasil"
- 84) Introna, Francesco — trabalho e publicação citados, págs. 577
- 85) Ziff, Hervey, L. — trabalho e publicação citados, pág. 5
- 86) "Comment — The Hospital Abortion Committee as an Administrative Body of the State" — in "Journal of Family Law" — Volume Ten, Number One — 1970 — pág. 32
- 87) Trabalho e publicação citados, págs. 577/578