

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E  
PROCESSO PENAL

**ASPECTOS PENAIS DO PROJETO DE LEI Nº. 478/2007 – O  
ESTATUTO DO NASCITURO**

Mariana Leão Correa

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E  
PROCESSO PENAL

**ASPECTOS PENAIS DO PROJETO DE LEI Nº. 478/2007 – O  
ESTATUTO DO NASCITURO**

Mariana Leão Correa

Monografia apresentada como  
requisito parcial de Conclusão de  
Cursos para obtenção do grau de  
Especialista em Direito Penal e  
Processual Penal, sob orientação do  
Prof. Luis Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

2014

**ASPECTOS PENAIS DO PROJETO DE LEI Nº. 478/2007 – O  
ESTATUTO DO NASCITURO**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
Especialista em Direito Penal e  
Processual Penal.

Luis Roberto Gomes

Examinador 1

Examinador 2

Presidente Prudente, data da apresentação

“Existem coisas melhores adiante do que qualquer outra que deixamos para trás.”

C.S. Lewis

Dedico este trabalho a minha mãe, responsável pela pessoa que me tornei hoje.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pelo dom da vida, pelas bênçãos e pela força de vontade que me manteve durante o curso.

À minha mãe, responsável por me ajudar sempre e preparar cafezinho nas manhãs de Sábado antes de eu me dirigir à faculdade.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luis Roberto Gomes, pela atenção, disponibilidade e carinho com que tratou a mim e ao tema proposto pela minha monografia.

## RESUMO

O Projeto de Lei nº 478/2007 surgiu com o objetivo de ser mais um diploma legal em defesa da criança ainda não-nascida. Através da citação de normas internacionais, os autores do projeto estão certos de que o nascituro não é satisfatoriamente protegido pela legislação brasileira. Deste modo, foram criados novos tipos penais com suas respectivas sanções. Os crimes criados pelo Projeto de Lei são: o aborto culposo; anúncio de processo, substância ou objeto destinado ao aborto; congelamento, manipulação e utilização de nascituro como material de experimentação; injúria, comum e através dos meios de comunicação, contra o nascituro; apologia à prática do aborto ou quem o cometeu e induzimento ao aborto. Também faz parte do Estatuto do Nascituro a inclusão do crime de aborto no rol dos crimes hediondos e também houve a determinação do aumento de pena para os crimes de aborto já anteriormente previstos no Código Penal. Explicitados todos os crimes e, quando da análise dos Princípios Penais, chegou-se à conclusão de que a vida do nascituro é, sim, um bem jurídico idôneo de receber proteção do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, esta mesma proteção já existe. Salvo os crimes de congelamento, manipulação e utilização de nascituro como material de experimentação e instigação ao aborto, as outras condutas previstas como novos crimes contra o nascituro possuem carga subjetiva muito grande, além da difícil tipificação. Também há uma repetição de tipos penais já existentes, com a troca do sujeito passivo comum pelo nascituro, algo que seria desnecessário e perigoso quando se trata da temática penalista, que exige o maior grau de objetividade possível, pois qualquer aplicação de penalidades abstratas ferirá a própria dignidade humana, fato este inadmissível pelo Direito Penal.

**Palavras-chave:** Projeto de Lei nº 478/2007; vida intrauterina; nascituro; gravidez; criança; bem jurídico-penal; tipificação; princípios penais.

## ABSTRACT

The law bill nº 478/2007 has become with the goal of being another statute for the defense of the unborn child. Through quotes of international statutes, the writers of the law bill are certain that the unborn is unsatisfactorily protected by the Brazilian Law. Thus, new penal types were created, with their sanctions. The crimes created by the law bill are: the fault abortion; abortion destined procedure, substance or object advertisement; unborn freezing, manipulation and use as experiment material; injury, common and through media against the unborn; abortion practice apology or who committed and abortion inducement. It is also part of the unborn statute the inclusion of the abortion in the list of the hideous crimes and also the increase of penalty for the abortion crimes already listed in the Penal Code. Also is on Unborn Child Statute the inclusion of abortion at the hideous crimes hall and there's the resolution of penalty increase of the abortion crimes that already exist in Penal Code. With all the crimes explained and, as the analysis of the Penal Principles, it came to the conclusion that the life of the unborn child is, of course, a qualified penal legal well of receiving protection by the Brazilian legal planning, however, this same protection already exist. Besides de crimes of unborn freezing, manipulation and use as experiment material and abortion inducement, the other created ducts as new against the unborn child are very subjective, and very hard typing. There are repetition of penal types that already exist, with the change of the common passive subject for the unborn child, something unnecessary and dangerous when talking about penal themes, which demands the highest grade of objectivity as possible, because any application of abstractive penalties will hurt the human dignity itself, an fact that is considered unadmissible for the Penal Law.

**Key-words:** Law Bill nº 478/2007; intrauterine life; unborn child; pregnancy; child; penal legal well; typing; penal principles

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. O PROJETO DE LEI nº. 478/2007 .....	12
1.1. Razões do Projeto de Lei nº. 478/207 .....	12
1.2. Por que proteger o nascituro? .....	14
1.3. Inspiração religiosa do Estatuto do Nascituro .....	16
1.4. Mudanças no Estatuto do Nascituro.....	17
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS, BEM JURÍDICO-PENAL E O NASCITURO .....	19
2.1. Princípios Constitucionais Penais protagonistas do Estatuto do Nascituro .....	19
2.1.1. Princípio da Dignidade Humana.....	19
2.1.2. Princípio da Humanidade .....	22
2.1.3. Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos e Princípio da Fragmentariedade .....	23
2.2. Bem Jurídico-Penal no Estatuto do Nascituro .....	24
3. DA AÇÃO PENAL .....	27
4. O ARTIGO 23 DO ESTATUTO DO NASCITURO: ABORTO CULPOSO .....	29
4.1. Aborto – Uma “Personagem” Histórica.....	29
4.2. Primeiros Conceitos sobre o Início da Vida.....	33
4.3. O Injusto Penal.....	34
4.3.1. Tipo objetivo .....	35
4.3.1.1. Incidência da Teoria da Imputação Objetiva .....	38
4.3.2. Bem jurídico-penal.....	42
4.3.3. Sujeitos do crime .....	42
4.3.4. Tipo Subjetivo.....	44
4.3.5. Consumação e Tentativa.....	45
4.3.6. Sanção Penal .....	46
5. ARTIGO 24 – ANÚNCIO DE PROCESSO, SUBSTÂNCIA OU OBJETO PARA FINS DE ABORTO .....	48
5.1. O Injusto Penal.....	48
5.1.1. Tipo Objetivo .....	48



5.1.2. Bem jurídico-penal.....	49
5.1.3. Sujeitos do Crime .....	50
5.1.4. Tipo Subjetivo.....	50
5.1.5. Consumação e Tentativa.....	51
5.1.6. Sanção Penal .....	51
6. ARTIGO 25 – CONGELAMENTO, MANIPULAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE NASCITURO COMO MATERIAL DE EXPERIMENTAÇÃO .....	52
6.1. O Injusto Penal.....	52
6.1.1. Tipo Objetivo .....	52
6.1.2. Bem jurídico-penal.....	53
6.1.3. Sujeitos do crime .....	54
6.1.4. Tipo Subjetivo.....	55
6.1.5. Consumação e tentativa.....	55
6.1.6. Sanção Penal .....	55
7. ARTIGO 26 E 27 – INJÚRIA CONTRA O NASCITURO .....	56
7.1. O Injusto Penal do Artigo 26 – Injúria Direta contra o Nascituro .....	56
7.1.1. Tipo Objetivo .....	56
7.1.2. Bem Jurídico-Penal .....	58
7.1.3. Sujeitos do Crime .....	58
7.1.4. Tipo Subjetivo.....	59
7.1.5. Consumação e Tentativa.....	60
7.1.6. Sanção Penal .....	60
7.2. O Injusto Penal do artigo 27 – Injúria Especial contra o Nascituro.....	61
7.2.1. Tipo objetivo .....	61
7.2.2. Bem Jurídico-Penal .....	62
7.2.3. Sujeitos do Crime .....	62
7.2.4. Tipo Subjetivo.....	63
7.2.5. Consumação e Tentativa.....	63
7.2.6. Sanção Penal .....	64
8. ARTIGO 28 – APOLOGIA E INSTIGAÇÃO AO ABORTO .....	65
8.1. O Injusto Penal.....	65
8.1.1. Tipo Objetivo .....	65
8.1.2. Bem jurídico-penal.....	66

8.1.3. Sujeitos do crime .....	66
8.1.4. Tipo Subjetivo.....	67
8.1.5. Consumação e tentativa.....	67
8.1.6. Sanção Penal .....	68
9. ARTIGO 29 – INSTIGAÇÃO AO ABORTO .....	69
9.1. O Injusto Penal.....	69
9.1.1. Tipo Objetivo .....	69
9.1.2. Bem jurídico-penal.....	70
9.1.3. Sujeitos do Crime .....	71
9.1.4. Tipo Subjetivo.....	71
9.1.5. Consumação e Tentativa.....	72
9.1.6. Sanção Penal .....	72
10. AUMENTO DE PENA E ABORTO COMO CRIME HEDIONDO .....	74
11. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL.....	76
CONCLUSÃO.....	79
BIBLIOGRAFIA .....	81
ANEXOS .....	85

## INTRODUÇÃO

O processo legislativo brasileiro segue os ditames previstos pela Constituição Federal, no qual é com a iniciativa do Poder Legislativo que se tem início tal processo, com a elaboração dos projetos de lei.

Nesta situação, encontra-se o Projeto de Lei nº. 478/07, que foi nomeado de Estatuto do Nascituro. Tal projeto viria para melhorar a proteção jurídica cível e criminal para o ser vivo em desenvolvimento na barriga da mulher.

A ele, foi dada a característica de pessoa humana e, para os autores do projeto de lei, o chamado “nascituro” é um verdadeiro sujeito de direitos por excelência, apesar de não possuir a personalidade jurídica ainda, mas, em razão de sua própria existência e sua condição genética, não pode ser tratado de maneira diferente que não o tratamento como se criança nascida fosse.

Em razão da ampla divulgação do Projeto de Lei, foi inevitável sua desvirtuação. Houve a alegação de movimentos sociais pelos direitos da mulher que o projeto de lei obrigaria mesmo a mulher estuprada de não se valer do direito concedido pelo Código Penal, pois o Estatuto do Nascituro revogaria o Código Penal no que tange a esta permissão, exigindo que a mulher estuprada mantenha a gravidez.

Pelo fato da imediatidade das informações que são repassadas pela mídia e, principalmente, pela popularização das redes sociais e dos meios de comunicação através da internet, a falsa propagação dos dizeres e do conteúdo do Estatuto do Nascituro foi inevitável. O alvoroço causado pelas “meias-verdades” disseminadas transformou o Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro numa verdadeira carta em desfavor e contra toda e qualquer mulher do país.

Não se pode aceitar que a população seja manipulada pela falta de conhecimento ou por seu desvirtuamento.

Neste diapasão, surgiu a intenção de, através da análise da parte penal do Estatuto do Nascituro, esclarecer que a intenção dos autores do projeto jamais foi

alterar a legislação penal brasileira já vigente, representada pelos artigos 124 ao 128 do Código Penal.

Desta feita, a principal intenção deste trabalho é justamente esclarecer todos os pontos que possuem carga penalista presentes no Projeto de Lei nº. 478/07 – o Estatuto do Nascituro.

O trabalho cuidará, através da pesquisa comparativa da doutrina nacional em relação aos dispositivos penais que possuem similaridade com os previstos no Estatuto do Nascituro e verificará cada dispositivo penal previsto neste, com a delimitação do bem jurídico protegido, dos sujeitos presentes em cada crime, os tipos objetivo e subjetivo, momentos de consumação e tentativa e, finalmente, as sanções delimitadas para cada um deles.

Também, em cada dispositivo, seguir-se-á da crítica a tal, verificando sua necessidade ou sua ineficiência ou inutilidade, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro atual.

## **1. O PROJETO DE LEI nº. 478/2007**

De acordo com os parâmetros do processo legislativo especificado na Constituição Federal, o projeto de lei, que futuramente receberia o nº. 478 (Anexo I), foi apresentado, em 2007, pelos deputados Luiz Bassuma (à época pertencia ao PT/BA, hoje ex-deputado) e Miguel Martini (PHS/MG, já falecido), veio tendo em seu bojo o objetivo principal de oferecer maior proteção jurídica ao nascituro.

Nascituro, segundo a doutrina civilista, é “a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Antes de nascer o nascituro não tem personalidade jurídica, mas tem natureza humana (humanidade), razão de ser de sua proteção jurídica pelo Código Civil<sup>1</sup>”. Assim, percebe-se a não novidade no tema proposto pelo Projeto de Lei nº. 487 e se verifica uma anterior percepção da legislação brasileira no sentido de proteger o nascituro, inclusive concedendo-lhe direitos, apesar de especificar que sua personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida.

Contudo, para os autores do projeto de lei, tal proteção era ineficaz ou incompleta, sendo necessária uma abrangência maior da proteção ao ser em formação. Logo, um novo conjunto de disposições específicas para o fim da total proteção ao nascituro.

### **1.1. Razões do Projeto de Lei nº. 478/207**

O projeto de lei, conforme apresentado e protocolado na Câmara do Governo Federal, possui seu conjunto de artigos definidos, seguidos da justificativa para a necessidade da proteção estendida para o nascituro.

---

<sup>1</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil Comentado – 10ª Edição – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 249.

Segundo o texto, o Brasil deveria seguir o passo de condutas adotadas por outros países, citando um projeto de lei dos Estados Unidos da América, de 25 de março de 2004, que concedia à criança ainda no ventre da mãe o *status* de pessoa, sendo assim, sujeito de direito por excelência. Deste projeto, resultou o *Unborn Victims of Violence Act*<sup>2</sup>, assinado pelo então presidente americano, George W. Bush. Nos moldes atuais do ordenamento americano, quem atuar de modo a causar lesões ou morte à criança ainda no ventre da mãe, ou ainda, causar lesões ou morte a esta, responderá pela ação.

O Projeto de Lei também cita a legislação italiana, na qual, em 2004, passou a vigorar que o nascituro possui os mesmos direitos de um cidadão.

Assim, pela “lógica mundial”, por que o Brasil não poderia possuir uma legislação nos mesmos moldes?

Foi citado, também, o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o tratado de direitos humanos mais relevante do continente americano, que, em seu artigo 4º, número 1, já expõe claramente que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente<sup>3</sup>”, sendo concepção o ato inicial na qual a primeira célula capaz de evoluir é formada, ou seja, quando do encontro dos gametas masculino e feminino.

Prosseguindo com a justificação, chama-se o nascituro de “criança por nascer”, e, como tal, sujeito de todos os direitos inerentes à qualidade de criança, ou seja, com personalidade civil ou “expectativa” desta, mas com o direito de gozar da completa proteção jurídica, assegurada através dos meios morais e legais aceitos.

---

<sup>2</sup> Ato contra a Violência às Vítimas não-nascidas, ou, segundo a justificação do Projeto brasileiro em estudo, Lei dos Nascituros Vítimas de Violência, de 1º de abril de 2004.

<sup>3</sup> SÃO PAULO. Convenção Americana de Direitos Humanos – **Pacto de San José da Costa Rica** – Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 02/11/13

São citados, ainda, os dispositivos legais já existentes que providenciam proteção aos direitos dos nascituros. São eles<sup>4</sup>:

O direito de o nascituro receber doação (art. 542, Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).

Assim, deseja-se com este projeto tornar integral a proteção aos direitos do nascituro, conferindo-lhe a personalidade jurídica, ampliando, assim, o conceito elaborado pelo artigo 1º do Código Civil, incluindo o ser humano em formação não apenas como sujeito de direitos patrimoniais e direito ao registro, mas ampliando a proteção para todos os âmbitos do Direito, incluindo a proteção dada pelo Direito Penal, protegendo-lhe a vida, sua honra e integridade física, bens estes que serão protegidos de terceiros e de seus próprios genitores.

## **1.2. Por que proteger o nascituro?**

O texto justificador segue na defesa do PL nº. 478/07 citando o tratamento reservado à criança em formação no Brasil.

Segundo os ditames do projeto, o uso dos embriões para pesquisas científicas, seu congelamento, a eliminação dos fetos que possuem deficiência ou doenças, os crimes cometidos contra os bebês em formação por seus pais e a ideia da utilização dos fetos apenas como “gado” para o desenvolvimento de pesquisas com o uso de seus órgãos, bem como no desenvolvimento de bebês apenas para a utilização destes para o uso em transplantes para adultos, fazem parte de um sórdido conjunto de ataques aos nascituros e que isto precisa ser severamente combatido.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Câmara Federal – **Estatuto do Nascituro** – Projeto de Lei nº 478/2007. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584) Acesso em 02/11/13.

Desta feita, os autores do projeto de lei já de antemão citam os tipos penais que inovariam o ordenamento jurídico penal brasileiro, entre eles, o aborto culposo – certamente o tema mais controverso do projeto, que será analisado adiante -, a injúria contra o nascituro, a propaganda de meio abortivo e a elevação do crime de aborto para crime hediondo.

É colocado, neste ponto, o depoimento da promotora da Vara do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Maria José Miranda Pereira, reproduzido agora conforme está no Projeto de Lei<sup>5</sup>:

“Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime nefando. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles. Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenado tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais 9.099/95). noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer. Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessária ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele) o delito é de segunda ou terceira categoria, um “crime de bagatela”.

Desta feita, a principal inovação do Estatuto seria a inclusão do aborto entre os crimes hediondos, o que resultaria na inaplicabilidade da Lei nº. 9.099/95, e seus dispositivos de suspensão do processo, penas substitutivas e as chamadas por eles de “penas simbólicas”, entre elas a de comparecimento ao juízo da comarca e proibição de frequência de determinados lugares. A razão disso está no fato do crime de aborto com consentimento da gestante previsto hoje no Código

---

<sup>5</sup> BRASIL. Câmara Federal – **Estatuto do Nascituro** – Projeto de Lei nº 478/2007. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=443584](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584) Acesso em 02/11/13



Penal possui pena mínima de 1 (um) ano ou, no caso do autoaborto, crime de mão própria praticado pela gestante, a pena é de detenção de, no máximo, 3 (três) anos, podendo, assim, serem enquadrados na Lei nº 9.099/95.

Luiz Bassuma e Miguel Martini terminam sua justificação requisitando preferência de atenção ao projeto em tela, em detrimento de outros, em razão da relevância deste pelo fato de ser o mais abrangente no sentido da proteção ao nascituro e em razão de sua grande capacidade de inovação legislativa.

Em uma entrevista recente<sup>6</sup>, de 08/07/2013, Luiz Bassuma esclareceu alguns pontos do projeto, confirmando o objetivo primordial da proteção integral ao nascituro e cita como marco inicial da proteção, conforme dito acima, a junção dos gametas masculino e feminino, formando uma célula com um novo DNA, o início de nova vida.

### **1.3. Inspiração religiosa do Estatuto do Nascituro**

Vale ainda dizer que o ex-deputado Luiz Bassuma professa a religião espírita, sendo que um dos principais pontos desta doutrina se perfaz na ideia do ciclo contínuo da vida, na qual uma alma reencarna em outro ser vivo e, assim sendo, o novo ser humano em formação seria um ser anterior que, com sua morte, entrou no ciclo perpétuo e poderá voltar à vida. Por sua vez, o falecido parlamentar Miguel Martini, que também foi um dos parlamentares que trabalhou em prol do Projeto da “Ficha Limpa”, fazia parte da chamada Democracia Cristã, ou seja, políticos brasileiros que professam a religião cristã e baseiam suas decisões nos princípios do Cristianismo.

Desta forma, claro fica a inspiração religiosa ao projeto analisado e a argumentação utilizada pelos que são contra o aborto por princípios religiosos é, no

---

<sup>6</sup> AGÊNCIA BOA NOTÍCIA - Luiz Bassuma, autor do Estatuto do Nascituro, esclarece polêmicas em torno do projeto – Seção Notícias. Disponível em [http://www.boanoticia.org.br/noticias\\_detalhes.php?cod\\_noticia=5247&cod\\_secao=1](http://www.boanoticia.org.br/noticias_detalhes.php?cod_noticia=5247&cod_secao=1). Acesso em 02/11/13.

mínimo, curiosa e está baseada na Bíblia. No versículo bíblico de nº. 16, localizado no Salmo 139<sup>7</sup>, o salmista engrandece a Deus e diz que “os Teus olhos viram o meu corpo *ainda informe*; e no Teu livro todas estas coisas foram escritas; as quais em continuação foram formadas, quando nem ainda uma delas havia”, demonstrando um rudimentar conhecimento embriológico do autor ao citar que o Senhor Deus o conhecia mesmo com seu “corpo ainda informe”, uma referência às fases<sup>8</sup> pelas quais a célula fecundada passa até possuir “formato humano”, formato este que já pode ser visualizado a partir da 6ª semana de gravidez.

Assim, em termos gerais, é possível se dizer que a crença na religião que possui bases bíblicas, ou seja, esteja amparada nas Escrituras Sagradas, também traz consigo a ideia de que a vida deve ser preservada, mesmo em seu mais primórdio estado de existência, confirmando-se, deste modo, a posição contrária ao aborto na maioria daqueles que possuem formação religiosa.

#### 1.4. Mudanças no Estatuto do Nascituro

O Projeto de Lei objeto de estudo deste trabalho se perfaz no Projeto nº. 478/2007. Contudo, este passou por alterações e tornou-se o Projeto de Lei de nº. 489/2007 (Anexo II), reapresentado na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Odair Cunha (PT/MG), utilizando as mesmas justificativas do projeto anterior, com o acréscimo de mostrar especificamente os artigos das legislações que fazem referência ao nascituro, legislações estas apenas citadas na justificativa do PL nº. 478/2007 e mantendo o mesmo número de artigos, 32.

---

<sup>7</sup> BÍBLIA ONLINE. Disponível em <http://www.bibliaonline.com.br/acf/sl/139>. Acesso em 02/11/13.

<sup>8</sup> Logo em seguida à fecundação, tem-se início à clivagem e já não se pode falar em apenas uma célula. Segue-se um processo de seguidas mitoses, até a formação da mórula (cujo formato é semelhante à fruta amora), em 3 a 4 dias após a fecundação. A mórula continua o processo de mitose, até tornar-se a blástula. Em continuidade à mitose, as já diversas células existentes transformam-se em gástrula e é nesta fase que o “intestino primitivo” ou arquêntero é formado. Na etapa seguinte, em torno da 3ª semana de gestação, na neurulação, tem-se a formação da nêurula e a formação do sistema nervoso primitivo. Ao final dessas etapas, inicia-se a Organogênese, na qual os anexos embrionários serão formados e tem-se início à formação dos órgãos do corpo. Na 4ª semana de gestação, o coração do embrião começa a bater. José Arnaldo Favaretto e Clarinda Mercadante, **Biologia** - Vol. Único, Editora Moderna São Paulo, 1999, e Luiz Eduardo Cheida, **Biologia Integrada, Vol. 1, Editora FTD, São Paulo, 2002.**

Atualmente, após as fases pelas quais passa e pelas Comissões as quais devem fazer uma análise sobre a viabilidade do projeto, o Estatuto do Nascituro sofreu decréscimos em seus artigos, contando hoje com apenas 14 (Anexo III). Foram excluídos todos os tipos penais e a previsão do *status* de crime hediondo.

Mesmo com suas exclusões, interessante e curioso ainda é o pousar de olhos sobre os tipos penais do Estatuto do Nascituro original, em face da novidade de alguns tipos penais, entre eles, o controverso aborto culposo. Assim, seguindo-se à análise dos tipos penais que estavam previstos nos Projetos de Lei 478/07 e 489/07, far-se-á ponderações conclusivas sobre o que restou a abrangência da proteção do Direito Penal nos moldes em que se encontra o Estatuto do Nascituro e se este ainda é necessário, sob o aspecto da proteção ao bem-jurídico.

## **2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS, BEM JURÍDICO-PENAL E O NASCITURO**

A análise de um diploma legal passa, invariavelmente, pela análise daquilo que se deseja proteger ou conferir garantias. Assim, torna-se necessária o voltar de olhos para o papel conferido ao Direito Constitucional Penal pelo Estatuto do Nascituro, no afã de conferir novos tipos penais e novas garantias ao ser humano não nascido. Neste âmbito, passa-se a análise do bem jurídico-penal contido no Projeto de Lei nº 478/2007.

### **2.1. Princípios Constitucionais Penais protagonistas do Estatuto do Nascituro**

Impossível é uma exposição sobre o Direito Penal sem a citação dos Princípios Constitucionais inerentes a ele e que, inevitavelmente, incidiram quando da criação dos tipos penais anteriormente presentes no Estatuto do Nascituro. Contudo, o tema será relacionado a quatro Princípios Penais, pois estes foram os mais visíveis no projeto de lei e, por este fato, protagonizam o tema em sede de Estatuto do Nascituro.

#### **2.1.1. Princípio da Dignidade Humana**

Certamente o mais importante, o mais relevante princípio constitucional penal, o Princípio da Dignidade Humana é inerente a todo dispositivo penal que possui em sua órbita de formação e atuação a defesa e proteção das garantias ao ser humano, por mais elementares que sejam e, tratando-se do Estatuto do Nascituro, está abrangido pelos artigos 7º ao 21 do Projeto de Lei.

“Trata-se, sem dúvida, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte<sup>9</sup>”.

Mas o nascituro pode ser considerado uma pessoa? Segundo os autores do projeto, sim. Há posições, inclusive, no sentido da proteção mais elementar, do embrião ainda em fase de processo mitótico, do seguinte modo<sup>10</sup>:

The blueprint of your home is merely the plan for your home. After using this instruction sheet to build your house, you can throw the blueprint away. It has not become the house. The fertilized ovum is not the blueprint, but is, in fact, the house in miniature. It, itself, will grow into the house in time. It is the house already. Your home was built piece by piece until it ultimately assumed a shape which could be identified as a house. The tiny human, who you once were, developed into the adult you now are, but you were there *totally* at conception. All you needed to become the adult you now are was nutrition, oxygen, and time.

Os autores da citação acima exemplificaram da seguinte maneira: a planta de uma casa é um plano para a construção desta casa. Após sua utilização, a planta pode ser jogada fora, ela não se tornou a casa. O óvulo fertilizado não é uma planta, não é um projeto, ele é, de fato, a casa em miniatura, que crescerá em uma casa completa com o tempo. Assim, o pequenino humano que todos foram em formato de embrião se desenvolveu até a fase adulta, exatamente do modo como era quando em seu formato elementar, e precisou apenas de nutrição, oxigênio e tempo.

Todavia, em sede de legislação brasileira, não foi dado um marco inicial para a proteção da vida intrauterina. O que Constituição Federal e Código Civil fizeram foi garantir os direitos do nascituro à vida pela condição humana que ele tem e, como humano que é, sujeito inerente à proteção pelo Princípio da Dignidade Humana, não por ser considerado pessoa, mas por ter a potencialidade de vir a se tornar uma pessoa (NERY, 2013, p. 251).

---

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza – **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Edição – Editora Revista dos Tribunais - São Paulo, 2012, p. 45.

<sup>10</sup> WILLKE, J.C. – **Abortion. Questions and Answers** – Edição Revisada – Hayes Publishing Company, Inc. – Ohio – EUA, 1990, p. 36.

Contudo, o Projeto de Lei não se manteve adstrito à proteção do nascituro e garantias a este. Em seu artigo 7º, o Estatuto do Nascituro determina que o feto deva ser objeto de políticas sociais públicas que permitam que ele complete seu desenvolvimento no útero materno e que nasça em condições dignas de existência. Compete, ainda, ao Sistema Único de Saúde brasileiro, o SUS, atendimento em igual condição ao da criança nascida.

Pelos dizeres do Estatuto, este confirma que o nascituro possui “expectativa” dos direitos que são inerentes à criança, assim que esta adquire personalidade. Contudo, este, através do processo legislativo, pretende equiparar e extirpar qualquer dúvida de que ao nascituro será equiparada a condição de ser humano com personalidade. Desta feita, toda construção que se siga ao se fazer a leitura do Projeto de Lei, deve-se ter em mente que os autores utilizaram o termo “expectativa de direitos” apenas para diferenciar criança nascida da não nascida, ou seja, apenas para determinar critérios temporais. Direitos e garantias fundamentais estão discriminados claramente e igualmente tanto para o nascituro, quanto para o bebê que efetivamente nasceu.

Os autores seguem criando uma cláusula de vedação, proibindo o Estado e ao particular qualquer ato que possa privar o nascituro de ter acesso ao que uma criança teria, ou seja, não sofrer discriminações de qualquer espécie, seja por sexo, condição física ou mental, da etnia, origem e, estranhamente, da idade. Nestes termos, quando os autores citam “idade”, certamente não estão se referindo em anos, pois nenhum ano se completou ao nascituro e, sim, meses, semanas ou até mesmo dias, uma vez que a gravidez já pode ser constada em poucos dias após a concepção.

No mesmo sentido, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, expõe a proteção ao nascituro, e ainda cita ser este o caminho seguido por legislações internacionais<sup>11</sup>:

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição – Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre – 2012, p. 221.

Tomando-se, no plano do direito comparado, como referência a doutrina e jurisprudência da Alemanha, que, em termos gerais, reconhece, de há muito, a tutela constitucional da vida e da dignidade antes do nascimento, resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro. Tal entendimento, a despeito de importantes variações na doutrina, tem sido majoritariamente consagrado na doutrina brasileira, que igualmente assegura tutela constitucional e jusfundamental à vida não nascida (intrauterina).

O Estatuto do Nascituro segue delimitando como serão feitos o tratamento pré-natal e meios para que seu desenvolvimento seja completo, uma repetição daquilo já previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no Título II, Capítulo I, Dos Direitos Fundamentais e Direito à Saúde do ECA, artigos 7º ao 14. Em nível de ECA, ainda, cita-se o artigo 8º do citado diploma legal, que determina todo o atendimento médico que deverá ser disponibilizado à gestante pelo Sistema Único de Saúde.

### 2.1.2. Princípio da Humanidade

O nascituro, indiscutivelmente, possui natureza humana, pelo simples fato de sua soma de cromossomos, que são 46, o caracterizarem deste modo como espécie humana e, estando no ventre materno, seu desenvolvimento seguirá uma sequência que, inevitavelmente, culminará em seu nascimento – salvo raros casos de abortamento natural, acidental ou advindo de ato criminoso.

Assim, também o Princípio da Humanidade incidirá automaticamente, pois este princípio significa fornecer ao indivíduo “atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte<sup>12</sup>”.

---

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza – **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Edição – Editora Revista dos Tribunais - São Paulo, 2012, p. 161.

Assim, os autores do Projeto de Lei nº 478/2007 desejaram exercer a justiça do Estado contra aqueles que causarem danos à vida do nascituro, aumentando o arcabouço sancionatório com a criação de novos crimes, ampliando a atuação do Estado com maiores possibilidade de agir e de sanções a serem aplicadas. Humaniza-se o tratamento ao nascituro e, ao mesmo tempo, determina penas contra aqueles que se moverem em desfavor da manutenção da vida em formação no útero materno.

Aliás, extremamente humanizado o tratamento dado aos sujeitos ativos dos crimes previstos no Estatuto, pois a pena mais grave prevista no Projeto de Lei nº 478/2007 se trata de 3 anos, uma pena razoavelmente branda, principalmente se analisada sob a luz dos motivos elencados pelos autores do Projeto quando de sua justificação e pelo fato de considerarem o nascituro como pessoa, o que leva ao questionamento da real necessidade da criação de novos tipos penais, para um tratamento que, em tese, não desqualificaria ou desmotivaria a ação dos sujeitos ativos destes referidos tipos penais que estariam presentes no Estatuto do Nascituro.

### 2.1.3. Princípio da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos e Princípio da Fragmentariedade

O conceito de bem jurídico-penal será explicitado no item seguinte, mas já se pode citar que este Princípio também se localiza no Estatuto do Nascituro, em especificamente na determinação da vida do ser humano em desenvolvimento uterino como um bem a ser protegido.

O Direito Penal atuará para proteger os bens jurídicos essenciais, indispensáveis aos cidadãos, bem como, através da ideal proteção, alcance-s, também, a dignidade da existência humana. Ele existe para isso, através da prevenção ao determinar sanções às ações que causarem dano ou perigo deste aos indivíduos e à coletividade.



Assim, o “Direito Penal é o instrumento mais importante no subsistema jurídico, pois através da pena assegura a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social<sup>13</sup>”.

Com relação ao Princípio da Fragmentariedade, o Direito Penal deve agir apenas sobre “fragmentos” das condutas humanas, ou seja, “aquelas que atentem de modo mais grave aos bens mais importantes<sup>14</sup>”.

Desta feita, aquela conduta que não possuir carga de nocividade ou reprovabilidade não pode ser objeto do Direito Penal. Este não tem a função de agir para punir condutas irrelevantes ou que não tenham o condão de ofender ou ferir bens jurídicos penalmente relevantes.

## **2.2. Bem Jurídico-Penal no Estatuto do Nascituro**

A existência deste Projeto de Lei demonstra a vontade de seus autores de conferir a proteção ao nascituro ou estendê-la, por considerar a proteção anterior conferida precária ou relativamente incapaz de salvaguardar o infante não-nascido. Assim, conferindo o *status* de bem-jurídico à vida intrauterina, a proteção estaria completa.

“A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano” (PRADO, 2003, p. 82). Objeto, ou seja, o que se deseja proteger, no caso do Estatuto, trata-se desta vida em formação no ventre materno.

A determinação do bem-jurídico é o princípio para a formação do tipo penal. Em seguida, a análise da relevância da proteção deve ser feita. Os ex-parlamentares autores do projeto fizeram referência não à falta de proteção

---

<sup>13</sup> LUISI, Luiz – **Os Princípios Constitucionais Penais** – 2ª Ed – Sergio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre/RS – 2003, p. 170.

<sup>14</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal, Volume 1** – Editora Saraiva – São Paulo, 2009, faixa 7.

conferida ao nascituro em âmbito de ordenamento jurídico brasileiro e, sim, aos ordenamentos jurídicos internacionais que se movimentaram no sentido de criarem leis para a proteção do infante em formação. O fato é que a proteção já era anteriormente conferida ao nascituro, seja em âmbito civil, como, em caso mais específico, em âmbito penal. Seria caso de um novo dispositivo penal para conferir maior proteção? Para os autores do Projeto de Lei é evidente que sim.

O doutrinador Luiz Luisi apresenta em sequência o pensamento de autores de renome para formar a ideia da necessidade da proteção conferida a determinados bens jurídicos, inicialmente bens corpóreos como vida humana e integridade física, principalmente para conter os excessos de legislações criminalizadoras. Eis suas palavras<sup>15</sup>:

A necessidade de conter os excessos criminalizadores dá origem ao entendimento de que o Direito Penal tem por objeto não a tutela de direitos subjetivos, mas a de bens jurídicos.

Ainda segundo Luisi, o próprio entendimento de proteção dos chamados bens jurídico-penais foi sendo formado com o passar dos anos. Apenas a integridade humana e a vida não podiam ser os únicos bens protegidos, mas toda uma gama de bens incorpóreos, de característica subjetiva, chamados imateriais. Ao caminhar pelo passar dos anos, tem-se a ideia de Hans Welzel, que bens jurídicos se estes atuarem na sociedade, ou seja, devem realizar uma função. Luisi completa citando a posição de Günther Jakobs, segundo o qual o bem deve ter uma função social e que “desfrute de uma situação valorada positivamente<sup>16</sup>”.

Desta maneira, o bem-jurídico penal relevante socialmente para os autores do Estatuto do Nascituro é a vida em formação no útero materno. A manutenção desta vida, em nível de relevância social, possui o condão valorativo em razão de gerar outros direitos, entre eles os sucessórios e patrimoniais.

Todavia, percebe-se que a relevância da proteção ao nascituro contida no Estatuto do Nascituro não possui novidade, fato comprovado pela

---

<sup>15</sup> LUISI, Luiz – Os Princípios Constitucionais Penais – 2ª Ed – Sergio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre/RS – 2003, p. 169.

<sup>16</sup> Idem, p. 170.

anterior existência de dispositivos legais que explicitavam que a vida do nascituro já possuía a característica de bem jurídico-penal, principalmente nos tipos penais relativos ao aborto do Código Penal. Tal reiteração da proteção penal gera um *loop* legal, um círculo perigoso no qual tipos legais com grandes semelhanças se encontram, surgindo o grande risco de se chocarem, gerando insegurança jurídica e dificuldades de interpretação para a adequação à realidade social.

Não se critica a vontade dos autores do Projeto de Lei de ampliar a proteção ao nascituro, mas, sim, que o ordenamento jurídico se move - ou pelo menos, é a tendência percebida nos recentes projetos de atualização dos Códigos Penal e de Processo Civil -, em sentido contrário, ou seja, pela maior sistematização das leis e menor existência das leis esparsas.

Neste sentido, e através dos conceitos sobre o bem jurídico-penal objeto do Estatuto do Nascituro, a conclusão a se chegar é que o Projeto de Lei é legítimo, mas não necessário, uma vez que a Constituição Federal, o Código Civil e o Código Penal já protegem o nascituro e, inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica, um dos diplomas de direitos humanos corolários da Carta Magna brasileira confirmam a proteção ao ser em formação no ventre materno. Na Constituição Federal, tem-se o artigo 227, §1º, I, o qual determina o amparo à maternidade, assistência social, nos termos do artigo 204, também da Carta Magna; para o Código Civil, através dos artigos 1º e toda a parte do Direitos das Sucessões salvaguarda os direitos do nascituro; e, finalmente, em sede de Direito Penal, no Código Penal, existem os tipos que punem o cometimento do aborto e punem o mero risco no qual é colocado o nascituro numa situação de perigo, como, por exemplo, a lesão corporal que gera aceleração do parto, artigo 129, §1º, IV.

### 3. DA AÇÃO PENAL

O Estatuto do Nascituro, quando da disposição dos artigos em seu capítulo dos crimes em espécie, quebra uma sequência comumente utilizada pela legislação e pela doutrina, de já especificar claramente que os crimes previstos no Estatuto serão todos de ação pública incondicionada, quando esta previsão se localiza ao final de cada capítulo, após a especificação de todos os crimes, ou em parágrafos específicos para cada tipo penal. As palavras do artigo 22 do Estatuto do Nascituro são as seguintes:

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

A ação penal é o meio pelo qual o Estado, possuidor do monopólio da pretensão punitiva, realiza o *ius puniendi*, aplicando a lei penal a um fato concreto (ESTEFAM, 2010, p. 430).

Pelos termos previstos no Estatuto, a todos os crimes será aplicada a ação pública condicionada, que é “quando o Ministério Público, havendo prova da materialidade e indícios de autoria delitiva, puder ajuizar a ação penal independentemente da autorização de quem quer que seja<sup>17</sup>”.

Assim, aos 7 artigos que prevêm os crimes no Projeto de Lei, o Ministério Público poderá agir por conta própria, caso possua os indícios de materialidade e autoria.

Como se verá a seguir, com exceção do crime de aborto culposo previsto no artigo 23 do Estatuto do Nascituro, todos os outros crimes possuem pena menor que 2 anos, ou seja, a todos estes crimes pode ser aplicada a Lei nº 9099/95, por serem consideradas infrações de menor potencial ofensivo, além de dispositivos que podem ser considerados como contravenções penais.

---

<sup>17</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal Parte Geral** – 1ª Ed. – Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 431

A clara intenção do legislador foi determinar que o Ministério Público, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente - no qual o órgão da Promotoria pode agir em favor e em diversas decisões que estejam sendo discutidos os interesses relativos à criança e ao adolescente -, também seja atuante no que diga respeito aos direitos do nascituro.

Logo, a decisão de determinar que todos os crimes cometidos contra o nascituro deverão ser analisados e denunciados pelo Ministério Público, sem a anuência do representante legal do nascituro, no caso, a mãe deste.

Será visto, quando da análise dos crimes, que em raras situações a atuação do Ministério Público se fará imprescindível, como querem os autores do Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro, principalmente no que tange aos crimes contra a honra que, em regra, possuem o condão de apenas serem levados ao juízo através de manifestação da vítima neste sentido.

## 4. O ARTIGO 23 DO ESTATUDO DO NASCITURO: ABORTO CULPOSO

De longe, o mais interessante dispositivo do Projeto de Lei nº 478/07 prevê os seguintes termos inova o ordenamento jurídico de forma categórica, ao trazer a modalidade culposa ao crime de aborto. Contudo, não se pode falar do crime de aborto sem que antes seja feito um apanhado especial sobre as origens deste crime, pois este se confunde com a própria evolução da sociedade e do Direito.

### 4.1. Aborto – Uma “Personagem” Histórica

A análise da prática do aborto não poderia ser feita antes mesmo de um verdadeiro gênese da própria história humana, pois, ao mesmo tempo em que o homem passou a ter a noção de que a vida surgia no ventre da mulher, surgiu a curiosidade de entender como tal processo se dava, como se formava o feto e se havia algum modo de impedir que este saísse efetivamente viesse ao mundo.

Para se chegar às conclusões e estudos certos sobre como tal processo se dava, todo tipo de teoria sobre o surgimento da vida humana desenvolvido, o que se mostrava uma verdadeira “charada” para as civilizações anteriores, até que, finalmente, a Ciência determinou que da ação do espermatozoide que adentra ao óvulo, temos como resultado o zigoto, a fecundação propriamente dita, primeiro dos degraus para a formação de um novo ser, sendo espermatozoide e óvulo “os gametas dos animais, células haploides formadas a partir da meiose. Sua formação ocorre em órgãos denominados gônadas. As gônadas femininas são os ovários e as gônadas masculinas, os testículos<sup>18</sup>”.

Para a embriologia, tal momento é o início da formação do novo ser vivo, este ovo ou zigoto contém todas as características genéticas dos genitores, entretanto, tal prova é visível apenas em nível microscópico. Assim, a prova da

---

<sup>18</sup> CHEIDA, Luiz Eduardo. **Biologia Integrada 1**. São Paulo. Editora FTD, 2002, p. 129

gravidez, para os povos antigos, dava-se com a visualização do crescimento da barriga da mulher. Apenas com o passar do tempo e mais estudos sobre a gestação, foram descobertos outros sintomas que surgem concomitantemente à gravidez.

Em algumas sociedades antigas, na maioria rurais e com o sistema patriarcal de gerenciamento e regramento, necessitavam de descendentes, principalmente de um descendente varão, para que este desse continuidade ao culto e às práticas familiares e determinasse o rumo das crenças e costumes que eram seguidos pelos antecessores. Assim, Celso Cesar Papaleo afirma que “o filho era quase sempre um bem, antes que fonte de ônus ou deveres<sup>19</sup>”.

Mas em âmbito histórico, o autor acima citado, em seu livro “Aborto e Contracepção<sup>20</sup>”, traz informações didáticas sobre o tratamento regrado à vida informação através da História da Humanidade. Segundo o ele, o mistério da formação da vida fazia com que as pessoas, comumente, recorressem ao infanticídio, e não ao aborto, para eliminar a existência indesejada de outro indivíduo.

Mas a diversidade de povos e diferentes sociedades também determinavam as diferenças de tratamento para a prática abortista: a prática era punida, fomentada ou imposta às pessoas.

Anteriormente livre de qualquer influência religiosa, Papaleo cita que o aborto, antes de qualquer análise social-filosófica sobre o tema, seria uma privação do já citado culto familiar, à perpetuidade das práticas, pois, em não havendo descendentes varões para isso, como as práticas cultuais seriam transmitidas? Como seria colocado um novo chefe de família no lugar do patriarca, se este seria extirpado ainda no ventre materno? A prática ritualística protegia, mesmo faltando-lhe regras escritas, a vida ainda em formação.

Mas o autor segue dizendo que, apesar do patriarca necessitar de outro que desse continuidade ao culto familiar, a ele pertencia “a última palavra”, vida e morte de seus descendentes, estavam sob sua mercê, eram verdadeira propriedade do chefe de família. Nesse patamar, pode-se exemplificar com a história contada

---

<sup>19</sup> PAPAEO, Celso Cesar. **Aborto e Contracepção. Atualidade e Complexidade da Questão.** Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2000, p. 18

<sup>20</sup> Idem.

pela Bíblia do patriarca Jacó (יַעֲקֹב ou Ya'cob, em hebraico) teve duas esposas “principais”, e cada uma destas possuía uma concubina. No afã de disputar a atenção do esposo, as duas mulheres, quando não conseguiam engravidar, ofereciam suas concubinas para que estas engravidassem em seu lugar, tamanha a necessidade da manutenção do estado de maternidade dessas mulheres<sup>21</sup>.

Em sede de exemplos, Celso Cezar Papaleo traz vários exemplos de práticas abortistas. Ele cita os estudos do padre José de Anchieta sobre os índios, nos quais informa que as índias que aqui foram observadas praticavam o aborto por diversos motivos, inclusive por estarem “iradas contra seus maridos, ou por medo, ou por qualquer outra ocasião mui leviana matam os filhos”.<sup>22</sup>

Seguindo em sua explicação, o autor Papaleo cita que a civilizações remotas tanto conheciam a prática abortista e a praticavam, como criaram legislações, escritas ou não, para conter essa prática. São citados os ameríndios, assírios, os povos hindus antigos e os astecas, inclusive, com relação aos povos hindus, cita-se que a mulher era declarada impura caso se valesse do autoaborto.

Os códigos de Manu e Hamurabi impunham penas pecuniárias à prática, e de morte ao causador do aborto, no caso do causador da morte através da decapitação<sup>23</sup>.

A lei mosaica impunha penalidades aos causadores do aborto e, inclusive, visualiza-se os primórdios dos conceitos de dolo em culpa que, no caso, o causador do aborto culposo seria apenado com multa decidida pelo marido e, no caso de ter causado a morte intrauterina dolosamente, sofreria a pena máxima do “olho por olho, dente por dente”.

Os rigores da lei mosaica, neste sentido, também podem explicar e fazer sugerir que as mulheres também pudessem agir de modo a extirpar a vida que crescia em seus ventres, pois, também com grande força, era punido o adultério e a gravidez fora do casamento. No próprio livro de Gênesis, uma mulher chamada Tamar, viúva, engravidou de seu sogro, Judá, quando este não lhe deu seu filho

---

<sup>21</sup> A história do patriarca hebreu Jacó encontra-se na Bíblia, no livro de Gênesis.

<sup>22</sup> PAPALET, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção. Atualidade e Complexidade da Questão**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2000, p. 20.

<sup>23</sup> Idem, p. 23.



mais novo para que com ela cumprisse o levirato, antiga prática pela qual, em falecendo o filho primogênito, os irmãos menores casar-se-iam com a viúva, e o filho havido desta união seria considerado como filho do primogênito morto. Tamar, usando de estratagemas, engravidou de Judá. Este, ao saber que a barriga de Tamar crescia e, para cumprir a lei, exigiu que Tamar fosse apedrejada, mas a mulher conseguiu confirmar, através de pertences do próprio Judá, deixados com ela, assim, livrou-se da morte<sup>24</sup>.

Analisando-se sobre este fato, e pela lei que vigorava àquele tempo, é perfeitamente possível chegar-se à conclusão que se a cultura do abortamento careceu de datas específicas para seu início ou documentação, pode-se encontrar nos escritos bíblicos, o fato de caso a mulher que engravidasse, em não sendo casada, pudesse escapar da pena capital, a pena de morte, em outras palavras, para “escapar” dos rigores da lei vigente à época, a mulher recorria à extirpação da vida que crescia em seu ventre.

Contudo, com o conhecimento que o novo ser humano era formado no ventre materno, chegou-se a invariável conclusão que, para eliminá-lo, era preciso alcançá-lo ainda no interior da mãe. Como, então, atingi-lo?

Os conhecimentos daquela época não forneciam informações suficientes de como atingir o ser dentro do útero materno, bem como a própria noção do crescimento da barriga da mulher como sinal inequívoco de gravidez ainda carecia da certeza. Assim, a gênese do aborto pode ser marcada com o infanticídio, a morte da criança quando esta acabou de sair do ventre<sup>25</sup>.

A razão principal para isso se dava pelo fato do aborto ser extremamente doloroso e, em diversos casos, causava a morte da própria mãe. Um dos métodos comuns de antigamente era a prescrição de venenos que, certamente, matariam o feto, mas na totalidade dos casos também atingia as mães que sofriam males em razão disto e, frequentemente, o óbito destas também ocorria. O segundo método mais comum era uma sequência de lesões e ataques diretamente ao

---

<sup>24</sup> Esta história encontra-se na Bíblia, no livro de Gênesis, capítulo 38.

<sup>25</sup> Em nível histórico, ainda, pode-se citar o costume da civilização histórica e mitológica de Esparta, na qual mãe ou pai da criança indesejada ou defeituosa era responsável por matá-las.

abdômen da mãe, causando grande hemorragia e, em seguida, o aborto e, em não raros casos, também a morte da mãe (WILLKE, 1990, p. 10).

## **4.2. Primeiros Conceitos sobre o Início da Vida**

Quando a vida começa?

Este trabalho não terá o condão de determinar cientificamente quando a vida começa, uma vez que a própria Medicina ainda reacende debates sobre quando se pode dizer a partir de qual momento a soma dos gametas masculino e feminino pode, efetivamente, ser considerada um ser vivo em formação e, assim, que lhe sejam conferidos todos os meios de proteção a ele.

Interessante citar que, a partir da noção dada pelos primeiros estudos embriológicos sobre a gravidez e o início da formação da vida intrauterina, surgiu o verbo “plantar” para ser utilizado como referência ao ato sexual e à gestação, pelo qual o homem plantava uma “semente” no ventre materno e, assim sendo, a mulher possuía o único papel de servir de “vaso” para a futura planta, o futuro ser vivo, que seria semelhante ao homem. Assim, curiosos eram os primeiros desenhos sobre o feto: possuía já braços e pernas, mas sua “cabeça” era desenhada como se fosse uma semente, e eram chamados de “homúnculos” (WILLKE, 1990, p. 12) (Anexo IV).

Apenas com o desenvolvimento dos estudos embriológicos em nível celular, com o auxílio dos já atualizados microscópicos, que pôde se chegar à conclusão que a gestação era um trabalho em conjunto do homem e da mulher.

Juntamente com esta evolução da Ciência, também se alteraram os métodos abortivos. Com a consciência de que o feto localizava-se e formava-se no ventre, passou-se à utilização da inserção de objetos perfurantes e cortantes no útero, no intuito de atingir apenas o bebê em formação. Não se evitou, obviamente, que as mulheres que se submetiam a tal método fossem inevitavelmente atingidas e com resultados tão ruins quanto os métodos anteriores. Contudo, tal método já fez com que o número de infanticídios diminuísse e, por sua vez, tornou a prática abortiva mais comum. Vale ressaltar que o método é chamado de “curetagem”, e continua sendo utilizado até os dias de hoje.

Para o projeto de lei em análise, a ideia do início da vida também se dá com a concepção, aliás, posição esta a que está presente no já citado Pacto de San José da Costa Rica, usado como um dos pontos argumentativos pelos ex-deputados autores do Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro original.

Contudo, o Conselho Federal de Medicina posiciona-se, de acordo com a Resolução CFM nº. 1989/2012, fazendo-se valer da ideia da “viabilidade” da vida. Assim, vida, em termos médicos gerais – em razão da existência de médicos que se posicionam pela vida desde a concepção - , o indivíduo só terá vida se possuir a ideal formação de seu sistema nervoso e do sistema cardiológico, permitindo-lhe a vida extrauterina.

Baseado nesses conceitos, o STF julgou recentemente, na ADPF 54/2012, a permissão para o aborto de fetos anencéfalos, conhecidos por serem os bebês que se desenvolvem com a má formação ou a não formação do tubo neural, impedindo-lhe de nascer com o sistema nervoso formado.

Apesar de não proibir o aborto do feto anencéfalo, ou revogar os artigos do Código Penal que permitem o aborto, quais sejam, se não há outro modo de salvar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico, artigo 128, I) e se o a gravidez é resultante de estupro (aborto humanitário, ético ou sentimental artigo 128, II), restou clara a posição de que, para os autores do Estatuto, o nascituro, tenha ele se desenvolvido normalmente ou não, carecia da proteção estatal e, assim sendo, deveria ser mais bem protegido, situação esta que seria melhorada com a aprovação do Projeto.

### **4.3. O Injusto Penal**

O artigo 23, conforme redacionado no Projeto de Lei nº 478/2007, possui os seguintes dizeres:

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.  
Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.  
§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à

vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

#### 4.3.1. Tipo objetivo

A conduta incriminada no *caput* se perfaz no verbo “causar”. Toda conduta que possa levar ao abortamento do feto pode ser enquadrada no tipo penal. O crime de aborto no Código Penal requer complemento extralegal, pois não há conceito de abortamento no diploma. Assim, por *morte*, entende-se como a destruição da vida intrauterina e o início do parto, sendo este o marco final para a caracterização do aborto, ou seja, após o início do parto, já se fala no crime de Infanticídio (artigo 123 do Código Penal, se o crime for praticado pela mãe) ou em Homicídio (artigo 121 do Código Penal, se praticado por qualquer outra pessoa (BITENCOURT, 2010, p. 160/161). Logo, enquanto não se inicia as manobras de parto para o bebê sair do ventre da mãe, falar-se-á em *nascituro* e no crime de aborto.

Aqui, *como elementar do tipo penal*, está a conduta culposa. A futura mãe, no *caput*, e os sujeitos designados no parágrafo primeiro, não pretendem ou não querem o resultado. Qualquer resquício de dolo direto, ou mesmo de dolo eventual, já sairia da esfera do art. 23 do Estatuto do Nascituro e entraria na órbita dos crimes previstos pelo Código Penal.

Grande perigo encontra-se neste tipo penal do artigo 23 do Estatuto do Nascituro. Delimitar o verbo causar não é um problema. Causar é relacionado ao causar o aborto. O problema está em se delimitar que tipo de conduta pode levar ao desencadeamento do aborto, sendo certo que, sem manobras abortivas anteriores à morte do feto, não há que se falar em aborto, este deve ser, obrigatoriamente, resultado dessas manobras.

O simples fato de uma grávida sair à rua pode ser uma conduta capaz de fazê-la abortar. Ela pode andar sem olhar direito em seu caminho, tropeçar e, da queda, pode resultar no início do trabalho do parto, que levará à morte do feto em razão de, por exemplo, sua formação ainda se encontrar em estágios iniciais. Desnecessário é, ainda, o sair de casa. Basta que a grávida ache que esteja apta a

trocar uma lâmpada, por exemplo, e caia de seu apoio, tropece na escada de casa, etc.

Gravidez é sinônimo de saúde. Uma mulher que não esteja em condição salutar ideal não irá engravidar ou não conseguirá manter o corpo apto a nutrir o feto, gerando, não em raros casos, o aborto deste. Neste sentido, encontra-se mais uma ação que poderá fazer com que a mulher possa ser tipificada como sujeito ativo deste crime de aborto culposo: o fato de não se alimentar de modo correto, não procurar profissionais de saúde e nutrição para tanto. Percebe-se o grande número de gestantes que poderão incidir neste tipo de crime apenas visualizando-se essa situação de que há muitas mulheres grávidas em situação de vulnerabilidade.

Assim, como imputar às grávidas tal responsabilidade? Se ela se move no sentido de fazer muitos exercícios, com consciência de que estes podem levá-la a um estado de possibilidade de exposição à riscos, não se pode falar em culpabilidade, pois a grávida já está se colocando em posição de assumir os resultados, ela já se move com a consciência de que, tomando tal atitude, há uma chance de que ela sofra danos e possa abortar a vida que está em formação em seu ventre.

O grande risco na especificação de condutas deste tipo penal inviabilizaria sua aprovação. Não é característica do Direito Penal ser tão impreciso, a ponto de, no caso deste tipo penal, impor à grávida que, durante 9 meses, fique sem fazer nada, sem mesmo sair de seu quarto, pois qualquer atitude que ela possa tomar será capaz de fazê-la incidir no crime de aborto culposo.

Já em relação ao parágrafo primeiro, temos uma ampliação do tipo com uma causa de aumento de pena. Sua primeira parte trata-se de crime próprio, uma vez que o agente deve possuir conhecimentos específicos em razão de *profissão, arte ou ofício*. Por *profissão*, entende-se aquela regulamentada em lei específica, ou seja, profissionais da Medicina, de Enfermagem e respectivos auxiliares. Assim, a qualidade do agente faz com que a sua conduta, mesmo permeada pelo modo culposo, seja apenas de forma mais grave que a conduta culposa da mulher grávida.

Para a palavra *arte*, pode ser entendido como a atuação das parteiras. Apesar de algumas, nos recantos mais afastados dos centros médicos das cidades maiores, não possuírem qualquer conhecimento técnico sobre a arte do auxílio à mulher prestes a dar a luz, o número de partos e o período de tempo em que estas

parteiras estão em atividade às tornam aptas a auxiliar qualquer tipo de parturiente, quando for necessário. Também pode ser arte a atividade realizada pelo massagista que faz trabalhos específicos com grávidas, instrutores de ioga e demais atividades que são comumente utilizadas pelas gestantes neste período específico.

E, finalmente, por *ofício*, entende-se o ramo específico da Obstetrícia, na qual o médico é formado especificamente para tal fim e, também, pode ser incluso o médico que é especialista em Ginecologia que, em diversos casos, auxilia e cuida da parturiente durante a gravidez e no momento do parto.

Por fim, o parágrafo primeiro ainda imputa pena àquele que se omitir quanto à prestação de socorro à vítima e ao que foge do flagrante. Contudo, para a caracterização deste tipo penal, o agente que foge da ação de prestar socorro ou que foge do flagrante, de modo imprescindível, deve saber da condição de gravidez da mulher. De modo algum ele poderá responder no caso de algo acontecer com o feto em razão de sua omissão ou sua fuga.

Neste caso, surge o exemplo: uma grávida de poucas semanas sente-se mal na rua. Uma pessoa a vê em situação ruim, e chama a ambulância. Contudo, ele não sabia que a grávida possuía quadro de pressão baixa ou não fazia ideia de como descobrir tal quadro, e não ministrou algum alimento salgado ou outro paliativo para diminuir os riscos da gestante. A ambulância chegou, a grávida foi socorrida, mas em razão da não estabilização da pressão, a grávida sofreu um aborto. Como imputar a alguém um crime, e ainda com causa de aumento de pena, se a pessoa auxiliou ao máximo pelos conhecimentos que possuía no momento do fato? A incongruência do tipo penal e suas consequências práticas demonstram que condutas diversas poderiam ser enquadradas neste tipo, premiando-se a boa intenção da ajuda, mas, ao mesmo tempo, condenando os ajudadores por não possuírem conhecimentos para impedir que qualquer risco possa atingir o ser que cresce no útero materno.

Já em relação ao parágrafo segundo, há uma causa de perdão judicial. O perdão judicial surge de um ato do agente e que, em razão de sua consequência, neste caso, a morte culposa do nascituro, gera uma comoção tão grave no agente

que a pena se torna desnecessária. Sobre o perdão judicial, a doutrina explica os requisitos para a aplicação do benefício legal<sup>26</sup>:

A aplicação do perdão judicial deve ser feita com prudência e cuidado para que não se transforme, contra seu espírito, em instrumento de impunidade e, portanto, de injustiça. Não se trata de benefício legal a ser concedido indiscriminadamente, em todo casos de crime culposo no qual a vítima seja parente próximo do condenado. Uma das cautelas é considerar o grau de gravidade das lesões sofridas pelo réu. Por essa razão, já se tem negado o benefício quando o agente sofreu apenas lesões leves (...). Inexistindo qualquer relacionamento afetivo entre o condenado e a vítima, não se aplica o dispositivo.

Os doutrinadores Júlio Fabrinni Mirabete e Renato N. Mirabete ainda seguem dizendo que devem ser analisados os requisitos objetivo e subjetivo, “e quanto a este, exige a presunção da dor moral causada pela morte da vítima quando, entre esta e o agente, há ligações de caráter afetivo<sup>27</sup>”. Imprescindível, portanto, que este sofrimento esteja disposto claramente nos autos.

Em sede de análise geral, fica difícil dizer em qual situação de aborto culposo este dispositivo não seria aplicado. Ora, o resultado já não era querido, justamente por isso, trata-se de crime culposo. Em seguida, pergunta-se qual mãe que, de forma involuntária, causasse a morte de seu próprio filho, não sofreria com tal fato? Excluindo-se as parturientes que realmente desejam a morte do filho e movem-se para isso – e, assim, enquadraram-se no crime de aborto -, e as mães que eventualmente não conheçam de sua própria condição de gravidez, a maioria das gestantes se enquadraria neste parágrafo segundo do artigo 23 do Estatuto do Nascituro, tornando praticamente seu *caput* em letra morta.

#### 4.3.1.1. Incidência da Teoria da Imputação Objetiva

Pelo simples fato da dificuldade de enquadramento das condutas realizadas pela mulher ao tipo previsto no artigo 23 do Projeto de Lei nº 478/2007

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Júlio Fabrinni; MIRABETE, Renato N. – **Manual de Direito Penal – Parte Especial II** – 28ª Ed. Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 45/46.

<sup>27</sup> Idem, p. 46

que poderiam fazê-la incidir no crime, já se percebe a impropriedade e dificuldade da própria existência deste tipo penal.

Contudo, esse dispositivo se torna inapropriado quando da análise da Teoria da Imputação Objetiva. Günther Jakobs, no livro “A Imputação Objetiva no Direito Penal”, conceitua nos conceitos de contrato social, as condutas praticadas em sociedade e o risco. Para ele<sup>28</sup>:

Imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas.

O que Günther Jakobs quer dizer com seu conceito, é que toda pessoa que vive em sociedade, tacitamente, realiza um “contato social”, no qual ela deve tomar atitudes dentro de um ideal limítrofe, de modo a condizer com as expectativas sociais de manutenção do bem comum e do estado social ideal. Apenas quando da violação destas atitudes, ou seja, quando da violação da expectativa dada pela sociedade aos indivíduos, é que pode se dizer que houve um crime.

Mas o próprio autor alemão cita que a visualização da Imputação Objetiva é mais interessante nos crimes culposos, como é o caso da análise do artigo 23 do Estatuto do Nascituro em pauta, pois a quebra do “papel no contato social” é menos explícita que a quebra ocorrida nos crimes dolosos. Nestes, é clara a intenção do agente de romper com os parâmetros determinados pela vida em sociedade.

Sendo o crime culposo de aborto o protagonista desta análise, a próxima indagação a ser feita é: “Até que ponto a mulher grávida tem o dever de eliminar o risco à vida que se forma em seu ventre?”

Günther Jakobs responde que “não faz parte de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro. Existe um risco permitido<sup>29</sup>”.

A própria gravidez, desejada ou não, é um risco. Algumas mulheres desenvolvem problemas de pressão alta, ansiedades e mudanças corporais. A

---

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther – **A Imputação Objetiva no Direito Penal** – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p.20.

<sup>29</sup> Idem, p.24.



própria transformação do corpo da mulher força as articulações e há alterações fisiológicas relevantes, como vontades alimentares, visitas mais frequentes ao banheiro, sono mais estendido ou a falta dele. No entanto, é um risco socialmente aceito, ou seja, é um risco permitido.

Aqui, entra um conceito seguinte de Jakobs em sua teoria, o Princípio da Confiança. A sociedade acredita piamente que a grávida se portará cumprindo com sua ação de manutenção da gravidez, de seu papel como futura mãe, assim, cuidando de si mesma para que o ser em desenvolvimento em seu ventre alcance seu desenvolvimento completo. Qualquer ação voluntária da mãe no sentido de prejudicar o seu filho já sairá completamente do âmbito culposo do crime.

A doutrina brasileira também se inclina na citação do Princípio da Confiança, quando trata da Imputação Objetiva. Não é justificável que cada cidadão viva com o sentimento de que qualquer ação de outra pessoa possa lhe causar dano, ou seja, as pessoas confiam que os demais agirão de modo a não causar danos ou perigos aos demais. Confirmando isso, Damásio E. de Jesus explica<sup>30</sup>:

A vida social tornar-se-ia difícil se cada pessoa tivesse a obrigação de vigiar o comportamento das, outras, no sentido de verificar se estão cumprindo seus deveres na realização de suas atividades.

Portanto, a grávida ir à aula de ginástica para gestantes, fazer suas caminhadas, fazer tarefas domésticas quando se sentir apta para tais e trabalhar até o momento que for permitido, jamais poderá fazê-la incidir neste artigo 23 do Estatuto do Nascituro, pois é inerente a ela, e a sociedade assim espera da mulher. Qualquer problema que venha a ocorrer durante sua gravidez, está dentro do risco permitido, dentro do contrato societário e vislumbra-se a confiança na prática salutar e comum durante o período de gravidez.

Especialistas afirmam que exercícios físicos são essenciais durante a gravidez, segundo reportagem encontrada no site UOL<sup>31</sup>.

De acordo com a Dra. Fabiane Sabbag, médica ginecologista e obstetra do Hospital São Luiz, os

---

<sup>30</sup> JESUS, Damásio E. – **Imputação Objetiva** – Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 46 e 47

<sup>31</sup> SITE UOL – Exercícios durante a gravidez – Disponível em: <http://guiadobebe.uol.com.br/exercicios-durante-a-gravidez/> Acesso em 09/12.

exercícios físicos são muito importantes durante essa fase, porém, é recomendável que a gestante tome alguns cuidados. "Ao praticar atividades físicas, deve-se usar roupas leves, evitar altas temperaturas e beber muita água para se hidratar", recomenda. Para a especialista, as melhores atividades são feitas na água, como natação e hidroginástica, pois evita as forças gravitacionais, melhora as dores lombares e o inchaço. "Ioga também é uma boa alternativa para manter o tônus muscular e melhorar a flexibilidade", completa.

Entretanto, considerar que qualquer ação não intencional da grávida que possa causar o aborto, então, até mesmo os exercícios salutarres não poderão ser feitos, sob pena de incidência no artigo 23. A invasão do Estado na esfera particular do cidadão, em especial, da mulher grávida, neste crime, é muito perigosa.

Em casos extremos, mas que, por sua qualidade, fogem aquilo que é considerado comum, teoricamente, o artigo 23 poderia incidir. Contudo, pela singularidade de tais condutas e pelo fato de estar saltarem do que seria considerado risco permitido, a autora deste trabalho aceita que a grávida possa estar agindo de modo a causar um resultado de abortamento, ainda que não pretendido. É o caso da americana Lea-Anne Ellison, em reportagem também do site UOL que, aos 8 meses de gestação, pratica levantamento de peso. Segundo a reportagem, "Lea-Anne Ellison, 35 anos e bodybuilder de Los Angeles foi muito questionada por postar estas fotos nas redes sociais. Grávida de 8 meses, continua com seu treinamento forte de levantamento de pesos<sup>32</sup>".

Neste caso, é visível o risco que o bebê é exposto, sendo que os especialistas recomendam exercícios moderados para esta época. Teoricamente, este tipo de ação pode significar chances de ocorrência do aborto, uma vez que o corpo, ao responder aos estímulos externos de levantar as cargas e se adequar à intensidade do exercício, move-se como um todo e, o feto, por estar dentro do corpo da mulher, invariavelmente, sentirá esta ação. Contudo, conforme afirmado pela reportagem, a mãe faz os exercícios com apoio profissional e supervisão médica, logo, não há que se alegar que ela esteja sendo imprudente.

---

<sup>32</sup> MACHADO, Paola – SITE UOL – Lea Anne Ellison, grávida de 8 meses, faz levantamento de peso e treinamento de bodybuilder. Disponível em: <http://kilorias.band.uol.com.br/2013/09/lea-anne-ellison-gravida-de-8-meses-faz-levantamento-de-peso-e-treinamento-de-bodybuilder/> Acesso em 09/12.

Assim, pela teoria da Imputação Objetiva, não há como fazer com que atitudes esperadas e normais da gestante sejam determinantes para seu enquadramento em um crime de aborto culposo e, ainda que, de modo esporádico, saiam do esperado para o comportamento de uma gestante, impor a prática de um crime, mesmo que de modo culposo, para estas condutas é impor um comportamento permanentemente antecedente para a gestante, enquanto esta condição durar, para excluir todas as chances de que um aborto que não seja por causas naturais ocorrer.

#### 4.3.2. Bem jurídico-penal

Sendo cristalina a delimitação dos autores do projeto de lei pela escolha do nascituro como bem jurídico a ser protegido nesta parte específica do Estatuto, tem-se a observação que, diferentemente do artigo 125 e demais do Código Penal, percebe-se que o único bem jurídico protegido é o nascituro, uma vez que um dos sujeitos ativos pode ser a própria mãe. Nos artigos citados, 125 e seguintes do Código Penal, a incolumidade física e psíquica da mãe também é considerada quando da análise da ação praticada (PRADO, 2011, p. 411).

#### 4.3.3. Sujeitos do crime

No *caput*, tem-se que, em relação à mãe, esta pode ser sujeito ativo, contudo, tratando-se de delito culposo, a análise da conduta gestante deve levar à conclusão de que esta agiu de modo a não observar um dever de cuidado que era devido, ou seja, um crime próprio, mas de forma culposa.

Já em relação ao primeiro parágrafo do artigo, tem-se que sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que tenha auxiliado ou participado não de uma ação específica, muito menos quando do parto, e sim, de qualquer fase da gestação da mãe, uma vez que não há uma determinação limítrofe temporal para a incidência do tipo. Logo, serão sujeitos ativos em potencial um pediatra, uma massagista que trabalhe com grávidas, uma terapeuta, uma enfermeira, o médico obstetra, a parteira, enfim, qualquer indivíduo que possa ter contato em razão de ofício

relacionado à gravidez. Mas aqui, em razão da qualidade especificada no artigo, tem-se que há uma qualidade específica, o crime é especial próprio.

Complementando-se, o tipo se abre em sua parte final, abrangendo agora a omissão de socorro, também é punida a omissão de socorro, a não-ação para que prejuízos maiores ocorram e a fuga do flagrante.

Todo o parágrafo primeiro é uma causa de aumento de pena, mas os autores do projeto não cuidaram de observar a diferença que há entre os sujeitos especiais na primeira parte do dispositivo, com a ideia de generalidade prevista na segunda parte do parágrafo.

Assim, chega-se à conclusão que serão sujeitos ativos do crime de aborto culposos qualquer pessoa, com conhecimento técnico ou não, que se enquadre nas situações acima citadas. Logo, um perigo para a segurança jurídica e um sério risco da alegação de inconstitucionalidade, pois como seria possível ao cidadão comum, sem conhecimento técnico, saber que a mulher estava na condição de gravidez e, mesmo ao saber que esta assim estava e necessitou de ajuda, este não fez mais do que seus conhecimentos o permitiam?

A análise do tipo pode ser abrangente ao ponto de se permitir que apenas chamar o atendimento médico de emergência não seria suficiente para que a pessoa pudesse se eximir da responsabilidade nos termos deste tipo penal. E se a modalidade culposa não orbita do próprio crime de Omissão de Socorro (artigo 134, do Código Penal), como estendê-lo à conduta acima descrita em se tratando deste tipo de aborto?

Tal insegurança e mesmo a difícil visualização do enquadramento de condutas nesse tipo penal trazem receios à sua viabilidade e sua própria manutenção como causa de aumento de pena.

Em relação ao sujeito passivo, diferentemente do crime de aborto previsto no artigo 125 do Código Penal, no qual há dupla passividade do tipo, no caso do artigo 23 do Estatuto do Nascituro, apenas este é sujeito passivo, ou seja, para o Projeto de Lei, a vida em seu estágio desde o mais elementar até as vias o momento da iminência do nascimento.

#### 4.3.4. Tipo Subjetivo

O Estatuto criou expressamente um crime culposo. Pelo Princípio da Excepcionalidade do Crime Culposo, pelo qual tal modalidade só existirá se tipificado em lei, ou seja, de modo excepcional, a intenção dos autores do projeto de lei foi ampliar as condutas pelas quais a incidência do crime de aborto fosse mais ampla (BITENCOURT, 2010, p. 87).

Neste tópico, analisa-se as bases que sustentam os crimes culposos, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia. O doutrinador André Estefam conceitua tais bases da seguinte maneira<sup>33</sup>:

Dá-se a *imprudência* quando a culpa se manifesta de forma ativa, que se dá com a quebra de regras de conduta ensinadas pela experiência; consiste no agir sem precaução, precipitado, imponderado (...) A *negligência* ocorre quando o sujeito se porta sem a devida cautela. É a culpa que se manifesta na forma omissiva. Note que a omissão da cautela ocorre antes do resultado, que é sempre posterior (...) A *imperícia*, de sua parte, corresponde à falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. Deriva da prática de certa atividade, omissiva ou comissiva, por alguém incapacitado a tanto, por falta de conhecimento ou inexperiência.

Assim, verifica-se que, no caso do *caput*, a gestante pode agir – das mais diversas e imagináveis formas possíveis -, de forma imprudente, o que levaria ao aborto, e de forma negligente, negando a si mesmo cuidados necessários, como descanso, idas ao médico, ingestão de medicamentos que tenham sido prescritos como necessários, etc. Já os profissionais e demais pessoas que possam ter contato com a gestante incidiriam nas segundas figuras, da negligência e da imperícia.

Para Rogério Greco, o julgador deve ter o trabalho de analisar se as ações das pessoas foram feitas com a inobservância das bases citadas, só assim, o crime culposo se configurará (GRECO, 2012, p.165). Assim, a inobservância do dever de cuidado deve, impreterivelmente, gerar o resultado lesivo.

Além disso, o doutrinador acima citado continua sua explicação, dizendo que, além do resultado advindo da inobservância do dever de cuidado, para

---

<sup>33</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 60.

a configuração de um crime culposos, é imprescindível a previsibilidade do agente. Para ele, há ainda a distinção entre *previsibilidade objetiva* e *previsibilidade subjetiva*. Na primeira, faz-se a inserção do conceito de homem médio, de prudência normal. “Se uma vez levada a efeito essa substituição hipotética, o resultado ainda assim persistir, é sinal de o fato havia escapado do âmbito de previsibilidade, porque dele não se exigia nada além da capacidade normal dos homens<sup>34</sup>”.

Assim, se o homem médio tivesse sido colocado no lugar do agente do artigo 23, e o resultado tivesse sido evitado, estar-se-ia falando de crime culposos. No caso deste artigo, assim, não se pode exigir que o homem médio possua os conceitos sobre gestação completos para que ele haja com a máxima eficácia de modo a evitar qualquer resultado lesivo à gestante. Desta feita, fica inaplicável o dispositivo. Em relação à *previsibilidade subjetiva*, o doutrinador Rogério Greco ainda explica que “o que é levado em consideração são as condições pessoais do agente (...) as limitações e experiências daquela pessoa cuja previsibilidade esta se aferindo em um caso concreto<sup>35</sup>”.

Logo, fica inaplicável, principalmente no que tange à segunda parte do dispositivo do artigo 23, que todas as pessoas devam obrigatoriamente agir de modo a evitar o resultado do abortamento, e, principalmente, em saber como fazê-lo. Quando muito, isto deveria ser aplicado apenas aos profissionais especificados na primeira parte do parágrafo primeiro do artigo 23, o que demonstra incongruência do tipo ao delimitar no mesmo tipo sujeito que são, claramente, diferentes em sede de experimentação e de atuação laboral.

#### 4.3.5. Consumação e Tentativa

Este é um crime material, ou seja, requer o resultado naturalístico. Assim, o crime se consuma com a morte do feto, em suas formas mais próximas do nascimento, ou do embrião, quando do início de sua formação, com sua consequente expulsão do corpo da mulher. Além disso, “é indispensável que se

---

<sup>34</sup> GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal – Parte Especial** – 9ª Ed. Editora Impetus – Rio de Janeiro – 2012, p. 165.

<sup>35</sup> Idem, p. 166.

prova que o aborto é consequência do meio abortivo utilizado<sup>36</sup>”, sendo que o resultado deve surgir da inobservância do dever de cuidado, no *caput*, e nas demais condutas, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, pela omissão em agir para diminuir as consequências do ato ou com a fuga do flagrante.

Já por ser tipificado como crime culposo, a tentativa é inadmissível. É incongruente pensar que o agente queira agir de modo a causar o resultado e depois desista, ao saber dos riscos abortivos que sua ação pode levar. Isso já seria a atuação com dolo, e estar-se-ia falando de tentativa de aborto ou autoaborto.

Também não se fala em culpa imprópria, uma vez que nesta o agente deseja o resultado, apenas age em “erro inescusável ou vencível, e no excesso culposo nas excludentes de licitude. Recebe este nome porque o sujeito pratica uma conduta dolosa, mas, por força de lei responde pelo resultado a título de culpa<sup>37</sup>”. Desejar o resultado, no caso do aborto, já é deixar a modalidade culposa excluída de análise.

#### 4.3.6. Sanção Penal

O principal mote do Estatuto do Nascituro encontra-se aqui, e nos demais crimes que serão analisados a seguir, ou seja, na aplicação de uma sanção mais grave aos crimes de aborto e relacionados a este. No caso do artigo 23 do Estatuto, para que a conduta arriscada em desfavor do nascituro não ocorra mais. Contudo, o Projeto de Lei dá pena de 1 a 3 anos, para o *caput* do artigo, e a fração de aumento de pena é de até um terço. Desta feita, não lhe é cabível a reclusão, e ainda lhe pode ser arbitrada a fiança pelo Delegado de Polícia.

Para um diploma que possui a clara tendência de piorar a situação de quem pratica ou deseja o aborto, percebe-se que ainda tratou de forma banal a conduta do aborto culposo. Desta feita, pergunta-se qual a necessidade de criar tal tipo, para uma pena irrisória?

Tratando-se de crime culposo, não se esperaria do legislador a determinação de penas graves ao resultado deste crime de aborto, mesmo com toda

---

<sup>36</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2** – Dos Crimes Contra a Pessoa. 10ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 165.

<sup>37</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva. 2012. São Paulo, p. 125

vontade de punir a quem pratica este crime, nem mesmo este afã punitivo permitiria uma pena desproporcional a um crime culposos. Contudo, o que se questiona é a necessidade da existência de tal tipo penal.

Qual o resultado teleológico pretendido pelo autor da norma penal de criar um tipo tão aberto, colocar uma causa de perdão judicial que pode ser aplicada em sua totalidade aos casos de aborto culposos, e determinar uma pena pequena, para a qual poderá, inclusive, ser aplicado os procedimentos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a suspensão do processo, fato este criticado pelos autores quando da justificação do Projeto de Lei?

Qual seria a base para a análise da proporcionalidade desta pena?

Desta feita, percebe-se que a existência deste tipo penal é um irrelevante jurídico. O número de ações que poderiam levar à ocorrência do resultado de aborto culposos é grande, a subsunção de tais ao tipo penal é de nível muito complexo e aberto, e a sanção penal dificilmente seria aplicada e, mesmo que incida em causa de aumento de pena, continua irrisória, além da grande chance da aplicação do benefício do perdão judicial.



## 5. ARTIGO 24 – ANÚNCIO DE PROCESSO, SUBSTÂNCIA OU OBJETO PARA FINS DE ABORTO

Seguindo com a análise dos tipos penais que seriam criados no Estatuto, surge agora o artigo 24, que, na verdade, é a cópia do artigo 20 da Lei nº. 3.688/41, a Lei de Contravenções Penais. Ficou clara a intenção do legislador de “promover” à categoria de crime o que até o momento se trata de contravenção.

### 5.1. O Injusto Penal

De acordo com os termos propostos pelo Projeto de Lei nº. 487/2007, tem-se a seguinte redação para o artigo 24:

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:  
Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

#### 5.1.1. Tipo Objetivo

*Anunciar* é todo ato, escrito, falado, difundido que tenha como finalidade transmitir uma informação, um dado.

*Processo* é o modo pelo qual se dá o aborto. Os mais conhecidos são os já citados quando da justificção do Projeto de Lei, quais sejam: o da curetagem – objeto cortante é introduzido e o feto é cortado em pedaços, que depois são retirados; o da sucção – introduz-se um sugador no útero, que aspira os membros do feto; o da utilização de substância salina – aplica-se uma substância salina no feto e este morre envenenado e depois é retirado -, e, finalmente, o aborto por cesariana, no qual o feto é retirado e deixado sozinho para morrer. Anunciar

qualquer dessas práticas já é cometer o crime do artigo 24. Portanto, é um crime de forma livre, já que esta anúncio pode ser feita de várias maneiras.

Por *substância* entende-se qualquer tipo de líquido ou sólido, natural ou sintético que, manipulado ou não, tenha como princípio ativo elemento que possa causar o aborto na gestante. Chás abortivos feitos com ervas são os principais exemplos.

Finalmente, por *objeto*, entende-se como qualquer material que seja capaz de causar o aborto. Contudo, para o objeto, bem como para todos os itens acima, a finalidade da fabricação do objeto deve ser para o cometimento do aborto. Uma agulha de crochê pode ser um objeto que tem capacidade lesiva de provocar um aborto, mas não pode ser considerado um objeto para este crime, nem ter sua venda proibida, pois esta não é a finalidade para a qual foi produzido.

É um crime de perigo abstrato, pois pune a propaganda de meios, substâncias e objetos abortivos para a prática do aborto, não quando da prática do aborto. Se utilizados para a prática e o crime acontecer, quem vendeu tais produtos responderá pelo crime, e quem os utilizou responderá pelo aborto, consentido pela gestante ou não. Já se a pessoa anuncia e também realiza o aborto, responderá pelos dois crimes, aborto consentido ou não e propaganda abortiva, em concurso material de crimes.

Em relação ao parágrafo único, tem-se uma causa de aumento baseada na propaganda do meio, substância ou objeto abortivo como se fosse um *anticoncepcional*. O anticoncepcional é também a substância ou objeto que *impede a concepção*, ou seja, ele age antes da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ou seja, antes da formação do ovo embrionário. Não se fala em aborto quando se está fazendo referência ao anticoncepcional. Assim, o que o tipo pune é a propaganda do anticoncepcional como algo que impede a gravidez, quando, na verdade, ele causa a morte do feto. Usa-se a *fraude* como meio para se conseguir praticar o crime, através ocultação do real propósito da ação do meio abortivo.

#### 5.1.2. Bem jurídico-penal

Apesar do bem jurídico-penal neste crime fica claro ser o nascituro, este é um crime de perigo abstrato. A comercialização de substâncias não-

autorizadas pelos órgãos de saúde do Brasil, bem como de processos não realizados em clínicas autorizadas e o desvio de finalidade dos objetos que são utilizados para o aborto demonstram um grande risco à saúde pública. O desvirtuamento da utilização destes gera este risco e expor à população à sua propaganda deve ser realmente combatida.

### 5.1.3. Sujeitos do Crime

O sujeito ativo é *qualquer pessoa*, o que o torna um crime comum, tanto na modalidade do *caput*, como no parágrafo único.

Já o sujeito passivo primário ou imediato certamente é o nascituro. Na figura do *caput*, coloca-se ainda a saúde pública como sujeito passivo secundário ou mediato, já que tais substâncias, meios e objetos atingem a população, principalmente a população feminina e o risco à saúde desta é aumentado em razão da utilização de tais meios que não são estudados e controlados.

Pode-se, ainda, falar em um terceiro sujeito passivo, neste caso no parágrafo único. Trata-se da própria gestante, mas do seguinte modo: esta não pode saber que está grávida, pois, se assim sabe, e direciona-se para adquirir as substâncias, submeter-se ao processo ou adquirir os objetos, sua conduta é de querer o resultado, logo, estará incidindo no crime do art. 124 do Código Penal. Assim, estando ela grávida, sem saber, lhe é receitado ou lhe é indicado um método abortivo, mas, para ela, lhe é dito que é apenas um método anticoncepcional. Assim, mediante ardil, fraude, engana-se a grávida, que age sem saber de sua real condição de gravidez.

### 5.1.4. Tipo Subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é, claramente, o doloso, nas modalidades de anunciar processo e objeto para o fim do cometimento do aborto.

Já na modalidade anunciar substância, apesar do dolo direto também ser a regra, pode-se cogitar de culpa imprópria, uma vez que o vendedor pode agir no sentido de indicar uma substância à gestante, sem saber de todos os efeitos colaterais que esta possui. A culpa imprópria está prevista no artigo 20, §1º

do Código Penal. No caso concreto, o agente, acreditando que a planta que vende serve unicamente para fazer um chá de efeito calmante, por exemplo, ou qualquer outro efeito, não sabe que seu efeito colateral pode ser abortivo, ou seja, ele supõe que não comete nenhum ilícito.

Entretanto, como o tipo penal não possui tipificada a conduta culposa, no caso do agente se encaixar na situação acima, o fato quedar-se-á atípico.

#### 5.1.5. Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a publicidade do anúncio dos produtos do tipo, ou seja, do processo, da substância ou objeto para o fim de se realizar o aborto, tanto de forma verbal, como forma escrita.

Já a tentativa também pode ser visualizada, contudo, na forma escrita, em forma de pôsteres, cartazes e qualquer meio que possa propagandear o anúncio dos meios, substâncias ou objetos para o fim de se cometer o aborto.

#### 5.1.6. Sanção Penal

Este crime é a tentativa de se promover uma contravenção penal, com pena monetária em cruzeiros, ainda, em um crime.

Para isso, uma pena que é, de certa forma, similar às penas previstas aos crimes de perigo comum do Código Penal, foi determinada para este tipo.

Ainda assim, este crime está sujeito às benesses da Lei 9099/95, como suspensão do processo e, ainda, pode-lhe ser arbitrada a fiança pelo delegado de polícia.

## 6. ARTIGO 25 – CONGELAMENTO, MANIPULAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE NASCITURO COMO MATERIAL DE EXPERIMENTAÇÃO

Este é o tipo penal criado pelo Estatuto do Nascituro que traz novidade legislativa, uma vez que os anteriores e os artigos que ainda serão analisados trazem uma carga repetitiva de legislações já existentes é grande.

Para este artigo 25 do Projeto de Lei nº. 478/2007, foram escolhidos os seguintes termos:

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:  
Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

### 6.1. O Injusto Penal

A pesquisa com células-tronco e embrionárias é realizada pelo mundo todo. Apesar dos resultados não serem totalmente satisfatórios, não há dúvida que a Ciência caminha para novas descobertas através da utilização das células embrionárias, também chamadas de células-tronco. Um exemplo é esta recente reportagem da BBC Brasil sobre o uso das células no tratamento da cegueira, na qual um médico especialista britânico, Chris Mason, afirma “que a pesquisa é um grande avanço, mas a eficiência ainda é baixa para uso clínico<sup>38</sup>”.

Neste ambiente, surgiu, contudo, a ideia de que a utilização desse tipo de célula ou mesmo do próprio embrião já fertilizado e apto para se desenvolver em uma pessoa não podem ser utilizados para esse tipo de pesquisa.

#### 6.1.1. Tipo Objetivo

Para o verbo *congelar*, tem-se a ideia da manutenção do embrião capaz de se desenvolver em um ser humano adulto. Não se cogita do congelamento

---

<sup>38</sup> BBC – Brasil – Pesquisa com células-tronco traz esperança para o tratamento da cegueira – Disponível em [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/07/130722\\_cegueira\\_celulastronco\\_fl.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/07/130722_cegueira_celulastronco_fl.shtml). Acesso em 26/12/13

de fetos, pois estes não sobreviveriam em tais condições drásticas. A pesquisa em fetos somente é possível se estes já estiverem mortos, ou seja, devem necessariamente serem produtos de abortos naturais e unicamente para pesquisas que tenham o condão de desenvolverem novas técnicas e tratamentos que possuam o objetivo utilitário para a Medicina e a saúde de toda a população<sup>39</sup>.

*Manipular* foi utilizado pela redação do artigo no sentido de serem alteradas as características naturais do embrião ou do feto para testes de diversos tipos. Essa alteração tem o condão de criar novos cenários no corpo celular do embrião ou do feto, para que os cientistas possam determinar tratamentos ou outros procedimentos para que o material de testes volte ao *status* anterior, de nenhuma modificação, ou, no caso de ser simuladas moléstias e demais doenças, para que o material embrionário ou fetal seja tratado e curado.

*Utilizar* é o verbo mais amplo, e pode significar desde o uso simples para testes comuns, os quais não requerem a manipulação, como dar destinação diferente ao embrião, que não àquela precípua a ele, qual seja, a de ser implantado no útero materno para que se desenvolva por completo.

Finalmente, por *material de experimentação*, entende-se que o embrião ou o feto não poderá ser utilizado para pesquisas científicas, e, na ausência de qualquer objeção, entende-se como qualquer tipo de pesquisa, mesmo aquelas que tenham o objetivo de descobrimento de novos tratamentos para doenças, técnicas farmacêuticas, etc.

#### 6.1.2. Bem jurídico-penal

Novamente, repete-se a tendência do Estatuto do Nascituro em proteger o nascituro, desde os mais primórdios de sua formação, ou seja, na forma de embrião.

---

<sup>39</sup> HUSSEINI, Maria Marta Guerra – **Sobre a utilização de fetos humanos mortos em pesquisas científicas** – Portal e-Gov UFSC. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sobre-utiliza%C3%A7%C3%A3o-de-fetos-humanos-mortos-em-pesquisas-cient%C3%ADficas>. Acesso em 26/12/1013

Trata-se da equiparação das células embrionárias à condição de pessoa humana, no seu mais elementar estágio. Neste sentido, encontram-se os dizeres da autora Carolina Valença Ferraz<sup>40</sup>:

(...) Preferimos dar destaque a tutela constitucional de ser humano *in vitro*, seja pela própria controvérsia causada a sua equiparação como pessoa humana, ou pela ausência de legislação específica que trata da matéria. De tal maneira que optamos por destacar a forma como o embrião *in vitro* está resguardado pela Carta Magna, para que possamos ultrapassar este questionamento quanto à existência – indiscutível – de instrumentos protetivos que resguardem esta fase da pessoa humana, sem dificuldades ou discussões, pois é o que o direito pátrio regulamentou, basta que tenhamos um cuidado maior quando por ocasião da interpretação dos dispositivos legais.

Segundo a autora, é visível a proteção constitucional ao nascituro, mesmo em seu estágio elementar, e mesmo ao embrião em situação laboratorial, qual seja, *in vitro*, a Carta Magna tem sua proteção estendida a este.

### 6.1.3. Sujeitos do crime

Apesar do ambiente para a ocorrência deste tipo de crime levar à ideia de que ele dificilmente ele poderia ocorrer a não ser dentro de um ambiente hospitalar/laboratorial-experimental, não resta dúvidas que este crime se trata de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode praticá-lo. Além disso, ele pode ocorrer das mais diversas formas, e o interessante é que a prática pode ser permanente, principalmente na modalidade *congelar*.

O sujeito passivo, entretanto, desta vez, trata-se apenas do nascituro, seja em forma de embrião, ou seja, em estágios mais desenvolvidos.

---

<sup>40</sup> FERRAZ, Carolina Valença – **Biodireito – A Proteção Jurídica do Embrião *in vitro*** – 1ª Ed. – Editora Verbatim. São Paulo, 2011, p. 31.

#### 6.1.4. Tipo Subjetivo

Sem dúvida, o dolo deve estar presente. Contudo, o tipo penal determina uma finalidade específica, o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o nascituro será mantido nas condições especificadas para ser utilizado como material de experimentação. Lembrando, ainda que, no Brasil, só funcionam laboratórios que estejam autorizados pelo Ministério da Saúde e estejam de acordo com os termos da Resolução da ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária) – RDC nº. 11, de fevereiro de 2012.

#### 6.1.5. Consumação e tentativa

Para o termo *congelar*, o crime se consuma quando da utilização dos meios cabíveis para o congelamento e armazenamento dos embriões e, ainda, nesta modalidade, o crime pode ser considerado permanente. Para as outras ações, de *manipular* e *utilizar*, o crime se consuma no momento da realização dos verbos nucleares do tipo.

Como são crimes cujas ações podem ser fracionadas, a tentativa é possível.

#### 6.1.6. Sanção Penal

O crime do artigo 25 segue a lógica das penas baixas aplicadas às condutas especificadas no Estatuto do Nascituro.

A pena de detenção de 1 a 3 anos, mais multa, permite a liberdade provisória já de pronto, com possibilidade de aplicação de fiança pela própria autoridade policial. Além deste fato, também pode ser aplicados os benefícios previstos no artigo 89 da Lei nº. 9099/95.



## 7. ARTIGO 26 E 27 – INJÚRIA CONTRA O NASCITURO

Inspirados nos artigos 139 e 140 do Código Penal, Difamação e Injúria, respectivamente, os artigos 26 e 27 tratam de proteger a honra do nascituro.

A injúria contra o nascituro é um dos temas interessantes do trabalho. A ideia dos parlamentares autores do projeto de lei de proteger o nascituro de termos como “filho bastardo”, “bastardinho”, e outros tipos de ofensas foi algo novo. Tratar e proteger a honra de um ser que, ainda, não possui qualquer noção ou conceito do que seja nome e honra, é algo inovador.

### 7.1. O Injusto Penal do Artigo 26 – Injúria Direta contra o Nascituro

De acordo com os termos propostos pelo Projeto de Lei nº. 487/2007, tem-se a seguinte redação para o artigo 26:

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

#### 7.1.1. Tipo Objetivo

O tipo faz menção ao verbo *referir-se*. A referência é a citação, a designação de alguém para algo ou algum fato, enfim, é a especificação de algo ou alguém, neste caso, ao nascituro.

*Palavras* são todos os termos entendíveis, escritos ou ditos foneticamente, nos idiomas pátrios ou exteriores. Já em relação ao termo *expressões*, fala-se em todas as figuras de linguagem que podem mudar de uma região para outra, sotaques e frases comuns que existem em cada região específica do país.

Por fim, tudo o que é depreciativo é aquilo que diminui, que menospreza, que humilha, que rebaixa o ser a uma condição à qual ele não pertence, não merece ou em cuja situação não gostaria de estar.

O tipo faz menção à palavra *manifestamente*. Logo, os termos utilizados para insultar o nascituro devem ser claros, de fácil conclusão de que a intenção tenha sido de ofender o nascituro.

É um crime, em princípio, de forma livre. Pode ser através da escrita, inclusive por meios eletrônicos, da fala, da impressão dos escritos, por meio de símbolos, gestos e mímica.

Nos moldes do crime de injúria, então, a regra de seu cometimento é pela ação, em regra, e por omissão. A doutrina explica que a injúria<sup>41</sup>:

Pode ser cometida por ação (regra) ou por omissão, como se dá no exemplo clássico da pessoa que, de maneira ostensiva, se recusa a cumprimentar quem lhe estendeu a mão. A injúria consiste na “manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio de alguém. Nesse delito, o sujeito vulnera a autoestima do ofendido. Não é necessário, contudo, que este assim se ofenda, bastando que o comportamento, qualquer que tenha sido o meio executório (verbal, escrito, digital, gestual etc.) seja idôneo a ofender ao homem médio. A lei não protege excessos de suscetibilidade ou amor-próprio, razão pela qual uma crítica, ainda que não seja bem recebida e se dê em tom forte, não será considerada injúria.

Pela análise doutrinária, percebe-se que a vítima deve se sentir ofendida, nos termos da doutrina citada, deve ter sua autoestima abalada pela ofensa. A doutrina até chega a dizer que a vítima pode não se sentir ofendida, mas se a atuação do ofensor pudesse atingir o homem médio, ainda sim o tipo penal teria incidência. Contudo, como aplicar isto ao nascituro, um ser ainda em formação, sem qualquer ideia do que seja honra, do que seja uma ofensa?

Desta feita, percebe-se que já em nível de análise do tipo objetivo, o injusto penal de injúria contra o nascituro carece de aplicabilidade.

---

<sup>41</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva. 2012. São Paulo, p. 277.

### 7.1.2. Bem Jurídico-Penal

O bem jurídico protegido pelo tipo penal consiste na *honra subjetiva* da vítima, neste caso, na honra e a dignidade do nascituro. Segundo a doutrina, os conceitos de honra subjetiva e dignidade no crime de injúria são<sup>42</sup>:

Honra subjetiva constitui o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de cada um. Dignidade é o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos e intelectuais da pessoa humana. Assim, a honra subjetiva pode ser dividida em honra-dignidade e honra-decoro. No primeiro caso, trata-se dos atributos morais; no segundo, dos dotes físicos e intelectuais. Se o sujeito chama a vítima de analfabeto, lhe está ofendendo a honra-decoro. Se a chama de cafajeste, ofende-lhe a honra-dignidade.

Percebe-se, novamente, a dificuldade de se raciocinar como o nascituro possa ter um sentimento próprio, como ele pode possuir honra subjetiva. Quando da análise deste tipo penal, não se encontra uma maneira deste crime subsistir, a não ser na pessoa da futura mãe. A honra desta seria atingida, quando do objetivo de se atingir a honra do nascituro, visto que, como dito antes, este não possui qualquer critério de honra estabelecido.

Sendo assim, em a mãe “tomando as dores” do filho em seu ventre, sentir-se-ia ofendida quando das palavras e demais gestos proferidos em detrimento de seu filho em formação. Mas, em sendo assim, o tipo penal quedar-se-ia inútil, uma vez que o Código Penal, em seus artigos 139 e 140, já protegem tanto a honra objetiva, quando a honra subjetiva da mãe.

### 7.1.3. Sujeitos do Crime

Este é um crime comum, *qualquer pessoa pode ser sujeito ativo* de injúria contra o nascituro.

---

<sup>42</sup> JESUS, Damásio de – **Direito Penal Parte Especial** – 30ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 261.

A discussão encontra-se no *sujeito passivo*, como já citado anteriormente. Como conceber a noção de que um nascituro possa sentir-se ferido em sua honra, se este sequer nasceu, não possui consciência humana.

Não é novidade que já foi comprovado cientificamente que os fetos são capazes de sentir e responder a estímulos externos do ambiente. “Os exames de ultrassom já são capazes de revelar tudo o que o bebê apronta em seu refúgio nada secreto. Bocejos, sonecas, soluços, gracejos<sup>43</sup>”. Tanto é assim que é recomendável que as grávidas conversem e cantem para seus filhos ainda dentro da barriga.

Contudo, alegar que a criança em formação já possui a característica de perceber o significado de estímulos verbais ofensivos exteriores é forçar a realidade, ou seja, o feto pode até, remotamente, entender que tal atitude é hostil, mas ofender-se a tal ato, isso é inimaginável.

Logo, não há nenhuma alternativa para a sobrevivência deste tipo penal com esta falha no sujeito passivo, ou seja, um nascituro não pode ser sujeito passivo de um crime contra a honra. A hipótese da transferência da ofensa à mãe, pois esta, sim, pode se sentir ofendida em razão de palavras e atos proferidos contra seu filho. E, assim sendo, ela estaria amparada pelos crimes já existentes no Código Penal, sendo desnecessário este novo tipo penal criado pelo Estatuto do Nascituro.

#### 7.1.4. Tipo Subjetivo

Este é um crime doloso, assim, a intenção de ofender, o *animus infamandi* ou *injuriandi*, deve ser claro na ação (MIRABETE, 2012, p. 131).

Se não houver essa intenção, o tipo não subsiste, tornando-se fato atípico. Além disso, também é considerada como fato atípico se a intenção é apenas de caçoar, de pilhar (*animus jocandi*), ou apenas narrar um fato (*animus narrandi*), e o ato de defender-se (*animus defendendi*) (MIRABETE, 2012, p. 121).

---

<sup>43</sup> BEDIN, Alessandra – Dentro do útero, o bebê em ação – Disponível em <http://bebe.abril.com.br/materia/dentro-do-utero-o-bebe-em-acao>. Acesso em 17/12.

#### 7.1.5. Consumação e Tentativa

Os crimes de injúria no Código Penal consumam-se quando a vítima toma conhecimento das palavras proferidas pelo ofensor. Então, partindo deste pressuposto, sendo o nascituro a vítima do crime deste crime de injúria, este só tomará conhecimento da injúria após seu nascimento. Se a injúria for proferida no primeiro mês de sua formação intrauterina, até seu nascimento, serão em média 9 meses, a ação já estaria prescrita. Ou a 1 mês do nascimento, ao nascer, um bebê recém-nascido, teria de 5 a 6 meses para adquirir a consciência de que foi ofendido e, assim, mover-se para intentar uma ação contra o ofensor.

O absurdo deste crime seria diminuído com a permissão da *transferência* dos sujeitos passivos, de nascituro para a mãe, como citado no subitem acima. Mas, em assim sendo, volta-se ao fato de que tal crime seria desnecessário, uma vez que já se encontra previsto no Código Penal.

A tentativa, por sua vez, só pode ser visualizada em sua forma escrita, já em suas formas orais e gestuais, trata-se de crime unissubsistente, de tentativa impossível, em razão de conduta única.

#### 7.1.6. Sanção Penal

O Estatuto do Nascituro determina pena de detenção de 1 a 6 meses e multa. Houve a repetição da sanção penal determinada ao artigo 140 do Código Penal. Assim, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, procede-se mediante queixa e podem ser aplicados todos os dispositivos da Lei nº. 9099/95.

Contudo, uma das incongruências do Estatuto do Nascituro foi determinar que todos os crimes previstos por ele serão de ação pública incondicionada. Se o tipo penal geral, ou seja, o crime de injúria é de ação que somente se procede mediante queixa, como se interpretar que possa haver um crime, com idêntica pena e com severos problemas em sua construção típica, não possa, também, ter aplicado os mesmos dispositivos quando a ação penal?

Logo, apenas se destruindo toda a construção da Parte Geral do Código Penal, e da parte específica que trata dos Crimes contra a Honra, a ação

pública incondicionada seria passível de ser aplicada a uma pena de apenas detenção de 1 a 6 meses e multa.

## **7.2. O Injusto Penal do artigo 27 – Injúria Especial contra o Nascituro**

Seguindo com a análise do próximo tipo penal contido no Estatuto do Nascituro, surge outra espécie de injúria. A injúria especial do artigo 27 do Estatuto, ou “injúria-propaganda”, difere em pouco do artigo anterior. Está assim redacionado:

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

### **7.2.1. Tipo objetivo**

O artigo 27 do Estatuto do Nascituro faz menção aos verbos *exibir* e *veicular*. Por *exibir*, entende-se o ato de mostrar, publicar, expor uma informação, de diversas maneiras possíveis. Já para o verbo *veicular*, apesar de ter conceito próximo ao verbo *exibir*, pode-se dizer que é o ato de propagar, difundir, com o objetivo de se atingir o maior número de pessoas, principalmente através dos chamados “veículos de comunicação”, entre eles a mídia televisa, radiodifusora e eletrônica, como endereços eletrônicos e internet.

O tipo inclui, através do advérbio *qualquer*, todos os meios de comunicação possíveis e, aqui, encontram-se desde o rádio, passando-se pela televisão e chegando-se à internet, ou seja, o modo pelo qual a informação chega ao destinatário será qualquer meio idôneo para a transmissão de uma informação.

Por *informações* ou *imagens depreciativas*, entende-se qualquer dizer ou figura que tenha o condão de ofender, diminuir, desvalorizar o nascituro. Por fim, *injuriar*, como já explicitado no item 6.1.1, também é o ato de insultar, ofender, desonrar a *pessoa* do nascituro.

Percebe-se que o tipo confirma a posição dos autores de já determinar a condição de pessoa ao nascituro, apesar de este ainda não possuir a personalidade jurídica, pois esta é adquirida quando do nascimento com vida, de acordo com os dizeres do artigo 1º do Código Civil.

Apesar dos conceitos aplicados ao artigo 26 estudado anteriormente embarcarem as noções de transmissão de informação de diversos modos, os autores do Projeto de Lei nº. 478/2007 acharam por bem especificar os meios midiáticos para este crime do artigo 27. Uma visível redundância. A melhor técnica legislativa seria incluir um parágrafo no artigo 26, um modo de facilitar a futura subsunção das condutas ao tipo penal.

#### 7.2.2. Bem Jurídico-Penal

Também aqui a tutela desenvolvida pelo tipo penal é no sentido de proteger a honra do nascituro e, da mesma forma, como já desenvolvido no item 6.1.2., a discussão se pode se estender o conceito de honra subjetiva de tal modo que um ser que ainda não possui capacidade alguma de entendimento pode sentir-se atingido por uma ofensa.

A conclusão alcançada foi que, quando muito, a gestante pode ter a sua própria honra atingida quando de uma ofensa direcionada ao seu filho em gestação e, como representante legal dos interesses deste, ela poderá mover-se com o intuito de se ver o agente responder em nível penal pela ofensa proferida.

#### 7.2.3. Sujeitos do Crime

O sujeito ativo pode ser *qualquer pessoa*, tratando-se, também, de um crime comum.

Volta-se à análise do *sujeito passivo*, ou seja, o nascituro, e retoma-se o raciocínio de que o único sujeito passivo possível para este crime continua sendo a gestante e, desta feita, um novo tipo penal seria desnecessário, pois a mulher gestante está amparada pelo artigo 140 do Código Penal.

#### 7.2.4. Tipo Subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo do tipo e, assim como todos os outros crimes contra a honra, o artigo 27 também não é exceção. O *animus injuriandi* deve ser provado nos autos. Assim, contém uma “finalidade especial traduzida no chamado *animus diffamandi vel injuriandi*, isto é, deve haver por parte do sujeito ativo a intenção de menoscabar a honra alheia<sup>44</sup>”.

#### 7.2.5. Consumação e Tentativa

Nos mesmos moldes do já especificado quando das notas a respeito do artigo 26 do Projeto de Lei nº 478/2007, o crime de Injúria Especial contra o Nascituro também se consuma quando a vítima toma conhecimento da ofensa, iniciando-se neste momento o prazo decadencial para se intentar a queixa. Desta feita, indagou-se como o nascituro, como sujeito passivo que é, teria essa condição de saber e entender o teor da ofensa proferida. A única conclusão lógica, como já citado, seria da troca do sujeito passivo pela mãe, como representante legal que é do nascituro. Deste modo, o tipo penal não subsistiria, em razão da mãe já ser sujeito passivo dos crimes contra honra previstos no Código Penal, e, de modo específico, do crime do artigo 140 deste diploma.

Em sede de tentativa, esta é admitida em sua forma escrita. Contudo, como um dos meios é a radiodifusão ou a transmissão televisiva, a forma tentada já pode ser percebida se a informação infamante estiver sendo digitada, ou ainda sendo gravada, mas não televisionada ou transmitida via rádio. Já se a análise pender sobre os meios eletrônicos há algumas especificidades. Nos emails, por exemplo, há uma ferramenta que permite que se guardem os rascunhos das mensagens. São as mensagens efetivamente prontas, apenas ainda não veiculadas, não enviadas. Caso a vítima tenha conhecimento ou acesso a essas mensagens, o crime pode ser considerado atípico, pois o tipo exige que o agente exiba ou veicule tais informações. O fato de elas existirem, mas não terem sido transmitidas, pode ser considerado apenas como ato preparatório, logo, insuscetíveis de incidência penal.

---

<sup>44</sup> ESTEFAM, André – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva. 2012. São Paulo, p. 277.



#### 7.2.6. Sanção Penal

O Estatuto do Nascituro determinou uma pena de 6 meses a 1 ano para este crime, mais multa. Um crime que, claramente, possui características para ser tratado pela Lei 9.099/95.

Retoma-se a discussão da negação da aplicação do procedimento da Lei dos Juizados Especiais pelo Estatuto do Nascituro, em seu artigo 22 e chega-se à conclusão de que apenas com a derrubada de todos os institutos trazidos pela Lei 9.099/95 é possível que, a um crime com pena de 6 meses a 1 ano e multa, só seja cabível a ação penal incondicionada.

## 8. ARTIGO 28 – APOLOGIA E INSTIGAÇÃO AO ABORTO

Neste capítulo, será verificada que a inspiração para a criação deste tipo penal partiu dos artigos 286 e 287 do Código Penal. Ou seja, 2 crimes tratados de modo separado pelo Código Penal, quais sejam, o de Instigação ao Crime e Apologia ao Crime foram tratados no mesmo artigo do Estatuto do Nascituro.

### 8.1. O Injusto Penal

O artigo 28 do Projeto de Lei nº 478/2007 tem os seguintes ditames:

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:  
Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

#### 8.1.1. Tipo Objetivo

Fazer apologia de crime, segundo a doutrina, é “elogiar, louvar, enaltecer (...). O agente elogia o crime, como fato, ou o criminoso, o seu autor<sup>45</sup>”. Assim, perceptível é que este enaltecimento é relativo a um fato específico, ou seja, um crime de aborto cometido especificamente, ou seu autor individualizado. Requer-se, desta feita, uma conduta anterior que gere o elogio, deve ter uma carga de concretude. No Código Penal, não há distinção de crime anterior que está sendo elogiado, logo, poderão ser abarcados, além dos crimes em geral, também as contravenções penais. Contudo, neste tipo penal do Estatuto do Nascituro, ficou claro a vontade dos autores de delimitar que a apologia será de um crime de aborto ou de um agente deste tipo de crime.

Pela palavra *publicamente*, entende-se que o elogio deve sair da esfera pessoal, ou seja, deve ser transportado da esfera particular do elogiador e seus dizeres enaltecendo a prática criminosa ou o criminoso devem atingir outras

---

<sup>45</sup> MIRABETE, Júlio Fabrinni; MIRABETE, Renato N. – **Manual de Direito Penal – Parte Especial III** – 24ª Ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010, p. 159.

pessoas. Não é necessário que o número de pessoas que tomem conhecimento do elogio seja grande, bastando que este se torne público.

Já *incitar* a prática do aborto é mais amplo. Segundo a doutrina, “(...) o verbo ‘incitar’, que significa excitar, açular. A incitação deve ser feita em público, *i.e.*, de modo a ser percebida por um número indefinido de pessoas<sup>46</sup>”.

Neste artigo, diferentemente do Código Penal, no qual a referência é a todos os crimes, no Estatuto do Nascituro se tem que a incitação é à prática do aborto. Logo, quaisquer movimentos que tenham como propostas a prática do aborto por terceiros ou pela própria gestante, incidiriam neste artigo, na modalidade de incitação ao crime de aborto.

#### 8.1.2. Bem jurídico-penal

Os crimes que foram inspiração para o artigo 28 do Projeto de Lei nº. 478/07 estão localizados no Título IX do Código Penal, “Dos Crimes contra a Paz Pública”.

Deste modo, “a paz pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de incitação ao crime<sup>47</sup>”, logo, também é a paz pública o bem juridicamente protegido de modo imediato pelo crime do artigo 28 do Estatuto do Nascituro.

Mas, especificamente neste artigo, também se visualiza o próprio nascituro como bem jurídico-penal mediato, uma vez que a incitação é realizada com o fim de estimular a prática de um crime que coloca em risco a integridade do feto ainda em formação. Logo, este também pode ser considerado bem jurídico-penal do ilícito.

#### 8.1.3. Sujeitos do crime

Nas palavras da doutrina, para ambas as condutas, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, sendo possível, ainda o concurso de pessoas (BITENCOURT, 2012, p. 407/416).

---

<sup>46</sup> JESUS, Damásio de – **Direito Penal Parte Especial 3** – 20ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2011, p. 433.

<sup>47</sup> GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal – Parte Especial - IV** – 6ª Ed. Editora Impetus – Rio de Janeiro – 2010, p. 197.

Quanto ao sujeito passivo, e, principalmente pela localização deste tipo penal, trata-se da paz pública, além do próprio Estado, pois este, como mantenedor da paz, também não pode ficar sujeito à insegurança trazida por tais tipos de conduta.

Como citado anteriormente, cogita-se de mais um sujeito passivo. No caso de incitação ao aborto, o nascituro também pode ser sujeito passivo deste crime.

#### 8.1.4. Tipo Subjetivo

Este é um crime essencialmente doloso. O agente deve querer instigar o crime ou tecer elogios ao crime praticado ou ao seu autor, e não importa o número de pessoas atingidas, basta que o autor consiga tornar tais condutas públicas e, para a apologia, é indispensável que o agente saiba que sua conduta chegará ao conhecimento de várias pessoas.

A doutrina ainda completa que “não faz a lei qualquer referência a finalidade especial do delito de incitação ao crime (...), sendo irrelevante o motivo que determinou a conduta do sujeito ativo<sup>48</sup>”, e também para a apologia, a finalidade específica é dispensável.

#### 8.1.5. Consumação e tentativa

Há uma ligeira diferença entre a instigação e a apologia, no que tange à consumação. Para a primeira, consuma-se com as simples incitação, que deve ser pública, além de um número indeterminado de pessoas terem conhecimento dos dizeres ou da opinião, ainda que seja direcionada para determinadas pessoas. Já para a apologia, não há qualquer restrição, o crime é formal, bastando a simples realização do núcleo do tipo para o crime se consumir (MIRABETE, 2010, p. 157/160). Por ser um perigo presumido por lei, tanto que são considerados crimes contra a paz pública, Incitação e Apologia ao crime no Código Penal não requerem

---

<sup>48</sup> MIRABETE, Júlio Fabrinni; MIRABETE, Renato N. – **Manual de Direito Penal – Parte Especial III** – 24ª Ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010, p. 157.

resultado naturalístico, assim, também em relação aos crimes do artigo 28, o mesmo raciocínio é aplicado.

A tentativa é possível se a instigação e a apologia forem na forma escrita, pois, sendo apenas oral, o crime é formal, consumando-se na mesma hora, inviabilizando a tentativa.

#### 8.1.6. Sanção Penal

Aqui, também visualiza-se a tendência do Estatuto do Nascituro e suas penas baixas para os crimes nele previstos. A detenção de 6 meses a um ano já enseja a aplicação da Lei nº 9099/95, com todos os seus benefícios, e a autoridade policial pode arbitrar de imediato a fiança.

## 9. ARTIGO 29 – INSTIGAÇÃO AO ABORTO

Inspirado pelo crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio do artigo 122 do Código Penal, o artigo 29 do Estatuto do Nascituro segue a mesma linha. Segue a análise do tipo penal, com os seus seguintes dizeres:

### 9.1. O Injusto Penal

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para a que o pratique:  
Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

#### 9.1.1. Tipo Objetivo

A dificuldade deste artigo está em determinar até que momento a indução ao crime e oferecimento da ocasião não transforma a ação do sujeito em participação no crime de aborto.

Já se percebe de início que se trata de um crime material, ou seja, é condição objetiva de punibilidade que o aborto – a morte do bebê ainda em gestação -, aconteça.

Nos mesmos moldes do crime do artigo 122 do Código Penal, a conduta do agente deve ser apenas com palavras ou apoio moral e/ou material. Qualquer outro tipo de ação o fará cometer outro crime, que, neste caso, será o artigo 124 do Código Penal, o crime de aborto sem consentimento da gestante, ou o 125, se com o consentimento desta.

*Induzir*, nas palavras do doutrinador penalista Cesar Roberto Bittencourt, quando da análise do crime do artigo 124 do Código Penal, é:

(...) suscitar o surgimento de uma ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento de alguém a uma ideia até então inexistente. Por meio da *indução*, o indutor anula a vontade de alguém, que, finalmente, acaba suicidando-se.

Assim, o indivíduo tem que manipular mentalmente a gestante de modo com que ela própria cometa o crime de aborto. Ele não pode ter qualquer

outro tipo de participação, pois, se for desta forma, não se estará mais falando em induzimento ao aborto, e, sim, em participação para o cometimento do aborto.

Em relação aos termos *oferecer ocasião para que o pratique*, a redação do tipo pode ter sido errada. Entende-se que oferecer ocasião pode ser qualquer ação da pessoa no sentido de auxiliar a grávida a cometer o aborto, mesmo sem que tenha “colocado a ideia” na grávida para cometer tal crime.

Como o aborto é um grande exemplo como exceção à Teoria Monística da Ação, teoria adotada pelo Código Penal brasileiro em seu artigo 29, a qual especifica que a todos que participarem do crime serão aplicadas as mesmas penas, na medida de sua culpabilidade, não há como escapar da análise destas circunstâncias neste tipo.

No caso do crime do artigo 124, há um crime para a gestante que consente em deixar que façam o aborto nela e outro crime para quem praticou o aborto, neste último, incide-se o artigo 126 do Código Penal. Este é um dos grandes exemplos da exceção da aplicação da Teoria Monista do Código Penal (BITTENCOURT, 2012, p. 168).

A pessoa que oferece a casa para que a grávida pratique em si mesma o autoaborto é um exemplo de oferecimento de ocasião. A pessoa que leva a grávida para a clínica de aborto ou que deixa à mostra da gestante objetos e substâncias que são exatamente para o fim abortivo, também são exemplos de oferecimento de ocasião para a prática do crime. Contudo, não se pode dizer que esta pratica um crime autônomo. Sua conduta foi facilitar o cometimento do aborto, logo, o mais correto é a aplicação do conceito de participação neste caso, ou seja, ainda a aplicação da Teoria Monista do artigo 29 do Código Penal prosperaria, sendo desnecessário este tipo penal.

#### 9.1.2. Bem jurídico-penal

Protege-se a vida intrauterina neste tipo de crime, ou seja, como a exemplo dos crimes acima, o produto da concepção. Pode-se ainda considerar a incolumidade da gestante, no caso da indução à prática ser através de meio fraudulento ou com falsificação da realidade que circunda a mulher grávida.

### 9.1.3. Sujeitos do Crime

A indução e o oferecimento de ocasião podem ser praticados por qualquer pessoa, ou seja, trata-se de crime comum.

Já o sujeito passivo imediato se trata do feto em formação e, também, pode-se cogitar num sujeito passivo mediato, que é a gestante.

O sujeito ativo pode falsear uma situação que leve a gestante a cometer tal crime. Um exemplo já visto na literatura e nos roteiros de filmes *hollywoodianos* é a suspeita de que a grávida esteja gestando uma criança demoníaca ou que seja o Anticristo (“O Bebê de Rosemary”<sup>49</sup>). Assim, a grávida deve evitar que a criança nasça, matando-a ainda em seu ventre. Apesar de absurda, essa atitude da grávida ocorreu mediante fraude, através de uma falsa informação que levou a uma falsa percepção da realidade, um verdadeiro erro de proibição, uma vez que matar o filho do demônio não deve ser considerado crime.

Em termos mais realistas, é possível que a grávida tome conhecimento de que a criança que espera possui alguma síndrome ou um defeito corporal. Em princípio, ela deseja manter a criança, mas sofre a influência de terceira pessoa para que cometa o aborto. O agente poderia argumentar que seria dispendioso, seria triste, trabalhoso, enfim, que poderia não compensar para a grávida que esta leve adiante a gravidez.

### 9.1.4. Tipo Subjetivo

Neste crime, o dolo é elemento subjetivo do tipo. O agente deve se mover no sentido de instigar a grávida a ponto de fazê-la cometer o autoaborto ou tomar as providências para que isto ocorra. Não apenas o autor deve querer que a grávida tome a decisão de abortar, mas deve querer que o resultado ocorra, nos mesmos termos do crime do artigo 122 do Código Penal e “nada impede que o dolo orientador da conduta do agente configure-se em sua forma eventual”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> “Rosemary’s Baby”, Diretor Roman Polansky, Paramount Pictures, Estados Unidos, 1968.

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial 2 – Dos Crimes Contra a Pessoa. 13ª Ed. Editora Saraiva, 2012, São Paulo, p. 138.



Cezar Roberto Bitencourt ainda completa<sup>51</sup>:

*A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual, para configurar determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, que é exatamente o elemento que distingue o dolo da culpa.*

Deste modo, o agente deve fornecer meios, mesmo que de forma apenas a instigar, para que a vítima pratique o aborto, ou que concorde com este resultado, assumindo o risco de que tal vá ocorrer.

#### 9.1.5. Consumação e Tentativa

Tratando-se de crime essencialmente material, apenas se consumará com a morte do feto.

Contudo, diferentemente do crime de instigação ao suicídio, neste, pode-se alegar que seja possível se falar em tentativa, no caso da grávida realizar todos os atos idoneamente capazes de produzir o aborto, mas, ainda assim, a criança sobreviver por causas alheias à vontade da gestante. Apesar de o agente ter efetivamente instigado o cometimento do aborto pela gestante ou ter facilitado ocasião para que o crime fosse realizado, este não ocorreu, ou seja, mesmo com todas as manobras abortivas realizadas, a criança sobreviveu.

Entretanto, pelo mesmo motivo alegado para o artigo 122 do Código Penal, não há que se falar em tentativa do crime de instigação ao aborto caso este não ocorra.

Mas Cezar Roberto Bitencourt não concorda com tal posição. Faz parte inerente dos crimes materiais o fracionamento da conduta, o fracionamento do *iter criminis*. Para ele, em ocorrendo toda a fase executória resultante da instigação da gestante pelo sujeito ativo, o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade de ambos. Logo, é possível a tentativa neste crime (BITENCOURT, 2012, p. 142).

---

<sup>51</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal** – Parte Especial 2 – Dos Crimes Contra a Pessoa. 13ª Ed. Editora Saraiva, 2012, São Paulo, p. 138.

#### 9.1.6. Sanção Penal

O tipo penal determina uma pena de detenção, de 1 a 2 anos, mais a multa. Percebe-se uma pena pequena nos moldes das penas anteriores criadas pelo Projeto de Lei nº. 478/07. Para esta, a fiança arbitrada pela autoridade policial é possível, bem como pode ser aplicado os benefícios do artigo 89 da Lei nº. 9099/95, seguindo a tendência das sanções criadas pelo Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro.

## 10. AUMENTO DE PENA E ABORTO COMO CRIME HEDIONDO

O Estatuto do Nascituro também traz em seu bojo uma alterações legislativas claras.

Primeiro, são as novas penas-base para os crimes de aborto já existentes. A redação é a seguinte:

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 124.....

.....

.....

*Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).*

“Art. 125.....

.....

.....

*Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).*

“Art. 126.....

.....

.....

*Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.*

Deste modo, tem-se que, para o crime de aborto cometido pela própria mulher ou consentido por esta, também chamado de autoaborto, terá sua pena mudada, de detenção de 1 a 3 anos, para reclusão de 1 a 3 anos. Para o aborto praticado por terceiro, não consentido, a pena será elevada de 3 a 10 anos para 6 a 15, percebendo-se a carga de aumento no dobro para a pena mínima. E o aborto não praticado pela gestante, mas consentido por esta, a pena foi mudada de reclusão de 1 a 4 anos, para reclusão de 4 a 10 anos, uma pena aumentada em quatro vezes na parte mínima, e mais que o dobro na parte máxima.

A segunda clara mudança presente no Estatuto foi a inclusão do crime de aborto na Lei nº. 8.072/90, a Lei de Crimes Hediondos. A redação é simples:

Art. 31O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º .....

VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

Desta forma, aos crimes de aborto já presentes no ordenamento penal brasileiro, será aplicado aos crimes de aborto as especificidades da Lei dos Crimes Hediondos, seguindo a tendência clara dos autores do projeto de piorar a situação dos praticantes deste tipo de crime.

Não se pode negar que, em matéria de lógica, o Estatuto do Nascituro não se perdeu, ou seja, o Estado deve agir de forma mais rígida de forma a impedir a prática do aborto e punir de modo mais severo toda e qualquer atitude que possa causar atentado grave contra o nascituro, lesão ou perigo de lesão a este.

Não se discute neste trabalho a gravidade do atentado contra a vida, ou seja, mantém-se que a ideia do Código Penal de proteger o nascituro continua legítima, ou seja, o aumento de pena de tais crimes pode ser objeto de alteração legislativa e, assim, o Projeto de Lei nº. 478/07 realizou o papel para o qual foi criado.

## 11. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL

Retomando-se o tema Princípios já iniciado neste trabalho, necessária é a análise do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal neste momento, após a análise de cada tipo penal do Estatuto do Nascituro. Para os autores do Projeto de Lei nº 478/2007, e isto é ululante, não era suficiente que a intervenção antes realizada pelo Estado em relação aos crimes cometidos contra a criança não nascida se mantivesse adstrita aos tipos elencados no Código Penal. Não só acharam necessária a criação de novos tipos penais, como objetivaram a transformação do crime de aborto em crime hediondo.

Contudo, seria a sanção penal, nos parâmetros da Intervenção Mínima, o meio mais adequado de se alcançar a justiça social?

Não há dúvidas de que a vida é um dos bens maiores do ser humano, se não, o maior deles. Mas seria uma extrapolação do poder legislativo punir de modo tão rigoroso este tipo de conduta?

O Direito Penal, através dos tipos e definições previstas nos diplomas penais, é a “mão” de controle social que o Estado possui para gerir a vida em sociedade e determinar um padrão de conduta para os indivíduos que vivem sob a égide deste Estado. Assim, a criação de novas leis, novos meios de manter a ordem entre seus cidadãos, deve ser algo legítimo a ser feito pelo Estado, através do processo legiferante.

Entretanto, toda criação legislativa *exagerada, arbitrária, desnecessária* não pode prosperar e atingir o *status* de norma aprovada, válida e vigente.

Nestes termos surge o Princípio da Intervenção Mínima. Seus conceitos são os seguintes, segundo o doutrinador Luiz Luisi<sup>52</sup>:

---

<sup>52</sup> LUISI, Luiz – **Os Princípios Constitucionais Penais** – 2ª Ed – Sergio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre/RS – 2003, p. 40.

O direito penal (...) não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica (...). O direito penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

Logo, abstrai-se dos dizeres de Luisi que o Direito Penal deve ser a última opção, ou seja, é a atuação do Princípio da Fragmentariedade, assim, o Direito Penal só agirá quando da lesão a um bem legítimo de ser objeto jurídico de uma conduta determinada.

A crítica ao Estatuto do Nascituro é a grande carga de condutas que os autores querem incriminar, mas estas não trazem em si um grande grau de reprovabilidade que exigiria a atuação estatal através da sanção penal.

O principal exemplo é o próprio crime de aborto culposos. Discutiuiu-se quando da análise do tipo penal qual conduta da grávida seria enquadrada como causadora do aborto e chegou-se à conclusão que são as mais diversas possíveis que podem ser capaz de levar ao aborto. Completa-se o fato ao se delimitar uma causa de perdão judicial, no qual poderão ser incididas quase a totalidade de casos dos futuros abortos culposos, pois, não é preciso um raciocínio muito profundo neste caso para entender que a perda não intencional de um filho pode ser um duro golpe para os pais da criança e, principalmente, para a mãe.

Quanto à injúria contra o nascituro, como entender que um embrião ou um feto em formação tenha capacidade de entendimento e, assim, sentir-se ofendido por uma conduta dolosa contra sua pessoa? Não há como compreender a injúria contra o nascituro, sem a mudança de sujeito passivo, direcionando-se a carga da ofensa para a genitora do nascituro e, logo, incidindo-se nos crimes contra a honra já previstos no Código Penal.

Como também conceber a ideia de que, mesmo que tais crimes prosperem, como entender os motivos que levaram os autores do Projeto de Lei nº. 478/07 determinar que todos os crimes seriam de ação pública incondicionada, mesmo quando alguns deles se procedem mediante queixa, ou seja, são de ação penal privada, no campo dos tipos gerais?

A análise dos tipos penais deste Estatuto e sua confrontação com o Princípio da Intervenção Mínima da atividade estatal, invariavelmente, leva à conclusão que, se o nascituro precisa de mais proteção que não a já existente no ordenamento jurídico brasileiro, não é a através da criação de tipos abertos e de difícil subsunção que tal proteção será alcançada.

Destarte, salvo as exceções dos crimes dos artigos 25 e 29 do Estatuto do Nascituro, respectivamente, os crimes de *congelamento, manipulação e utilização de nascituro como material de testes* e o crime de *induzimento ao aborto*, todas as outras figuras penais já existem no ordenamento jurídico, e a repetição de tipos penais pode gerar insegurança jurídica, principalmente no momento de interpretação das normas e, por isso, não são salutares e não devem prosperar.

## CONCLUSÃO

O aspecto mais interessante na análise da parte penal do Estatuto do Nascituro, objeto deste trabalho, é observar a justificação do Projeto de Lei nº 478/07. Os autores deixam claro sua posição de defender a vida desde os estágios mais primordiais, em nível celular. Seguem, ainda, a legislação internacional, que protege os fetos em gestação.

Contudo, da análise do artigo 23 do Projeto de Lei e após toda a retomada história deste personagem chamado “aborto”, em relação ao aborto culposos, percebe-se a dificuldade fática de encaixar uma conduta culposa como sendo uma conduta que mereça uma punição. Não é justificável, do ponto de vista teleológico e do ponto de vista dos Princípios da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Direito Penal, que o Estado aja contra mulheres que não tiveram a intenção de causar a morte de seu próprio filho em gestação. Confirma-se, ainda, o fato de que, mesmo que tal dispositivo penal passasse, as chances da aplicação do dispositivo do perdão judicial seriam muito maiores do que a aplicação da sanção penal. O mesmo vale para a tipificação da conduta dos terceiros que possam ter contato com a grávida e esta abortar. Não há interesse estatal para que tais indivíduos sofram sanção penal.

Para o artigo que tratam da proibição ao congelamento, manipulação e utilização de embriões, há uma carga de novidade e tal artigo poderia prosperar, em tese. O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, ainda caminha neste campo do uso deste tipo de material em pesquisas científicas e como a legislação brasileira futuramente se posicionará. Mas a ideia de proibir toda pesquisa com as células embrionárias parece drástica, uma vez que as pesquisas com tais substâncias é feito, apesar dos resultados ainda não serem satisfatórios.

Com relação ao artigo 28 do Projeto de Lei, realmente a ideia do induzimento à prática do aborto é algo condenável. A manipulação da grávida para que esta cometa o aborto ou facilitar o aborto é tão condenável quando o induzimento ao suicídio e, como crime que é, o aborto não pode ser um fim a ser buscado.



Já com relação aos outros crimes analisados, verifica-se a repetição de tipos penais já existentes ou a falha em se determinar elementos indispensáveis à configuração do crime, a exemplo da dificuldade de delimitação do sujeito passivo nos crimes contra a honra em desfavor do nascituro, por este não possuir discernimento qualquer, nem possuirá a capacidade de tê-lo no decorrer do tempo necessário a se intentar a queixa.

Cita-se, ainda, como incoerente o Projeto de Lei de determinar que aos crimes previstos no Estatuto do Nascituro será aplicado apenas o procedimento da ação pública incondicionada. Para crimes de penas brandas, aos quais poderão ser aplicados os benefícios da Lei nº. 9099/95, não é de boa técnica a não aplicação dos demais procedimentos, criados justamente para dar celeridade e desafogar o Poder Judiciário.

Finalmente, o ponto mais lógico e coerente do Projeto de Lei nº. 478/07 tratam-se apenas das causas de aumento de pena para os crimes de aborto previstos no Código Penal e a inclusão do aborto no rol de Crimes Hediondos. Isto posto, não houve inovação nos preceitos dos crimes já existentes no Código Penal, ou seja, a redação destes não foi alterada, mantendo os ditames do diploma legal. Já em relação à inclusão dos crimes de aborto previstos no Código Penal no rol da Lei nº. 8072/90, apenas reforça a intenção dos autores de piorar a repreensão estatal contra aqueles que praticam tais condutas.

Conclui-se que o Estatuto do Nascituro, em sua parte geral, possui intenção nobre de melhorar a situação protecionista ao infante que ainda se desenvolve no útero materno, mas a Constituição Federal e a Lei Civil já garantem a proteção necessária ao nascituro, bem como determinações de legislações internacionais que também se movem no mesmo sentido.

Já em relação à parte penal, salvo as exceções mencionadas, o Estatuto do Nascituro transformaria o Estado num perseguidor de agentes que cometeriam condutas essencialmente brandas, cuja reprimenda penal é ínfima, uma violação aos Princípios da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Direito Penal.

## BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2 – Dos Crimes Contra a Pessoa**. 10ª Edição. Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ - **Parte Especial 3. Dos crimes contra o patrimônio até Dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos**. 6ª Edição. Editora Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ - **Parte Especial 4. Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 5ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara Federal – **Estatuto do Nascituro** – Projeto de Lei nº 478/2007.

\_\_\_\_\_ - Projeto de Lei nº 489/2007

\_\_\_\_\_ - Substitutivo ao Projeto de Lei nº 478/2007

CALLEGARI, André Luís – **Imputação Objetiva – Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. 2ª Edição Revista e Ampliada. Livraria do Advogado Editora – Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2004.

CHEIDA, Luiz Eduardo, **Biologia Integrada, Vol. 1**, Editora FTD, São Paulo, 2002.

ESTEFAM, André – **Direito Penal, Volume 1** – Editora Saraiva – São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_ – **Direito Penal Parte Geral** – 1ª Ed. – Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

ESTEFAM, André – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_ – **Direito Penal – Parte Especial 3** – 2ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_ – **Direito Penal – Parte Especial 2** – 2ª Ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

FAVARETTO, José Arnaldo e MERCADANTE, Clarinda, **Biologia** - Vol. Único, Editora Moderna São Paulo, 1999.

FERRAZ, Carolina Valença – **Biodireito – A Proteção Jurídica do Embrião *in vitro*** – 1ª Ed. – Editora Verbatim. São Paulo, 2011.

GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal – Parte Especial III** – 9ª Ed. Editora Impetus – Rio de Janeiro, 2012.

\_\_\_\_\_ – **Curso de Direito Penal – Parte Especial - IV** – 6ª Ed. Editora Impetus – Rio de Janeiro, 2010.

JAKOBS, Günther – **A Imputação Objetiva no Direito Penal** – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

**JESUS**, Damásio de – **Direito Penal Parte Especial 2**– 30ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2010

\_\_\_\_\_ – **Direito Penal Parte Especial 3** – 20ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_– **Imputação Objetiva** – Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

LUISI, Luiz – **Os Princípios Constitucionais Penais** – 2ª Ed – Sergio Antonio Fabris Editor – Porto Alegre/RS – 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrinni; MIRABETE, Renato N. – **Manual de Direito Penal – Parte Especial II** – 28ª Ed. Editora Atlas - São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ – **Manual de Direito Penal – Parte Especial III** – 24ª Ed. Editora Atlas - São Paulo, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade – **Código Civil Comentado** – 10ª Edição – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Edição – Editora Revista dos Tribunais - São Paulo, 2012.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção. Atualidade e Complexidade da Questão.** Editora Renovar - Rio de Janeiro, 2000.

PASCHOAL, Janaína Conceição – **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_ - **Comentários ao código penal:** doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3. ed., ref., atual. e ampl. Revista dos Tribunais - São Paulo, 2006.

SÃO PAULO. Convenção Americana de Direitos Humanos – **Pacto de San José da Costa Rica** – Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª Edição – Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre – 2012.

WILLKE, J.C. – **Abortion. Questions and Answers** – Edição Revisada – Hayes Publishing Company, Inc. – Ohio – EUA, 1990.

## **ANEXOS**

### **Anexo I – Projeto de Lei nº 478/2007**

#### **PROJETO DE LEI Nº, DE 2007.**

**(Dos Srsº Luiz Bassuma e Miguel Martini)**

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

#### **Das disposições preliminares**

Art.1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “*in vitro*”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

### **Dos direitos fundamentais**

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivida.

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiências, haja ou não expectativa de sobrevivida extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Art. 14 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.



Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curados ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

### **Dos crimes em espécie**

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para a que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

### **Disposições finais**

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 124.....

.....

*Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).*

“Art. 125.....

.....

*Pena – reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).*

“Art. 126.....

.....

*Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)”.*

Art. 31 O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte inciso VIII:

“Art. 1º .....

.....

VIII – aborto (arts. 124 a 127) (NR)”.

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

## **Anexo II – Projeto de Lei nº 489/2007**

### **PROJETO DE LEI Nº DE 2007**

**(do Sr. Odair Cunha)**

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

#### **Das disposições preliminares**

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único - O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científico e eticamente aceito.

Art. 3º O Nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único - O nascituro goza do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos de personalidade.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento.

### **Dos direitos fundamentais**

Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde - SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, idade, etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade da sobrevivência.

Art. 10 O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar sua deficiência, haja ou não expectativa de sobrevivência extra-uterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, e os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados.

§ 2º É vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I - direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II - direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos, não sendo identificado o genitor, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado;

III – no caso de genitor identificado, será ele responsável pela pensão alimentícia, cabendo ao Poder Judiciário fixar seu valor, não podendo ser inferior a 1 (um) salário mínimo;

IV - direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Art. 14 A doação feita ao nascituro, somente será possível com a concordância de seu representante legal.

Art. 15 Sempre que, no exercício do poder familiar, colidir o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que nomeie curador especial.

Art. 16 Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único - Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

Art. 18 A mulher que, para a garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor;

§ 2º Será dispensado o competente exame, se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente;

§ 3º Em hipótese alguma, a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 19 Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único - Se à requerente não couber o exercício do poder familiar, o juiz nomeará curador ao nascituro.

Art. 20 O nascituro será representado em juízo, ativa e passivamente, por quem exerça o poder familiar, ou por curador especial.

Art. 21 Os danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro ensejam reparação civil.

### **Dos crimes em espécie**

Art. 22 Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada.

Art. 23 Causar culposamente a morte do nascituro:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º a pena é aumentada de um terço e o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º o Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada em um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena: Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena: Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena: Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena: Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para que o pratique:

Pena: Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

### **Disposições finais**

Art. 30 Os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 124 .....

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos (NR).

Art. 125 .....

Pena: reclusão de 6 (seis) a 15 (quinze) anos (NR).

Art. 126 .....

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos (NR)".

Art. 31 O art 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com o acréscimo do seguinte incisoVIII:

Art. 1º .....

VIII - aborto (arts. 124 a 127 (NR)).

Art. 32 Esta lei entrará em vigor após cento e vinte dias de sua publicação oficial.

## **Anexo III**

### **SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007**

**(da Sra Solange Almeida)**

Dispõe sobre a proteção ao nascituro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas de proteção ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que *“in vitro”*, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.



Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento.

Art. 7º O nascituro deve ser destinatário de políticas sociais que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido de consentimento informado da gestante.

§ 2º É vedado o emprego de métodos para diagnóstico pré-natal que causem à mãe ou ao nascituro, riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

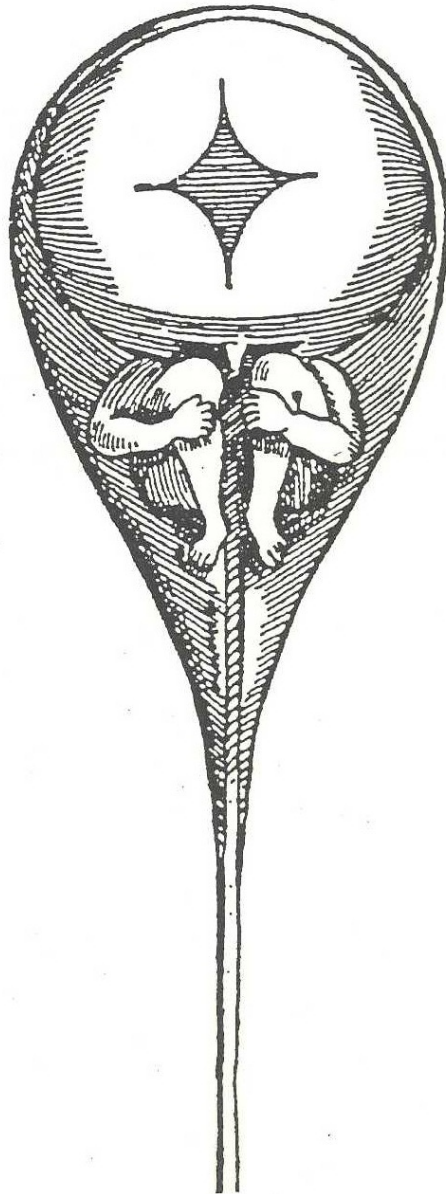
§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Art. 14. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

## Anexo IV

### Homúnculo<sup>53</sup>



*Homunculus*

The little pre-formed person in the sperm. An imaginary representation of what a sperm might look like, if able to be seen clearly, drawn by Nicolaus Hartsoeker in *Essai de diotropique*, 1694.

---

<sup>53</sup> *Homunculus* – A pequena pessoa pré-formada no esperma. Uma representação imaginária de como um esperma se pareceria, se possível de ser visto claramente, por Nicolaus Hartsoeker em *Ensaio Inotrópico*, 1694. Figura disponível em: <http://aintnothouseflower.files.wordpress.com/2011/10/homunculus-by-nicolaus-hartsoeker-1694.jpg>. Acesso em 06/02/14.