

# O ABORTO NO CONTEXTO DA CIÊNCIA PENAL

## ABORTION IN THE CONTEXT OF CRIMINAL SCIENCE

Cláudio Brandão<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo pretende fazer uma análise exclusivamente dogmática do tema do aborto, tal como tratado pelo Código Penal Brasileiro, tanto dos requisitos de imputação no plano formal e material, quanto esmiuçando as particularidades das modalidades previstas nos tipos contidos no capítulo correspondente.

**Palavras-chave:** Aborto. Bem Jurídico. Definição Típica. Modalidades.

### ABSTRACT

This article intends to proceed to an exclusively dogmatic analysis of the abortion theme as provided for in Brazilian Criminal Code, facing imputation requirements on both formal and material aspects, as well as scrutinizing the modalities of criminal offenses contained in its respective chapter.

**Keywords:** Abortion, Legal interest. Criminal offense definition. Modalities.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado) e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor visitante, pelo programa Erasmus, do Curso de Licenciatura em Direito das Universidades de Lisboa e Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Professor colaborador do Doutorado de Altos Estudos Contemporâneos da Universidade de Coimbra.

## INTRODUÇÃO

O tema do aborto é intrinsecamente vinculado a questões provindas de ideologias que tanto têm por pano de fundo assuntos religiosos quanto temas de emancipação de grupos considerados em face de condição especial. Neste panorama, o tratamento juridicamente estrito desse tema, dentro da cientificidade metodológica da dogmática, é matéria hodiernamente escassa na doutrina.

Com efeito, o que dá relevância penal ao comportamento é o elemento da dogmática do crime chamado de *tipicidade*. É contundente, sobre a relevância metodológica da tipicidade, a lição de Ernst von Beling: “enquanto não houver sido comprovada a tipicidade, toda discussão posterior estará suspensa no ar”<sup>2</sup>. Isto se dá por meio é através da tipicidade que se delimita a matéria da proibição (*Verbotsmaterie*), restringindo-se dentro dos limites da legalidade o âmbito da proibição penal do comportamento e, via de consequência, estabelecendo-se que todo o comportamento estranho àquela matéria de proibição seja tido como *penalmente indiferente*. Neste sentido, há muito a dogmática circunscreveu à tipicidade a primeira condição para o método penal. Welzel, o criador da doutrina finalista, que inspirou – conforme a própria exposição de motivos – a parte geral do nosso vigente Código Penal, adverte-nos que

o Estado está obrigado a concretizar suas disposições penais, quer dizer, ele está obrigado a descrever objetivamente (*sachlich umschreiben*) a conduta que proíbe: matar, furtar, cometer adultério, etc. Ele está obrigado a informar a matéria de suas proibições. Esta matéria de proibição (um conceito procedente do direito natural escolástico) contém a descrição objetiva, material da conduta proibida<sup>3</sup>.

Registre-se, entretanto, que a tipicidade não esgota todo o método penal, pois, além dela, são necessários outros institutos para que este método se perfaça, a saber, a antijuridicidade e a culpabilidade. O método penal, assim, supõe que uma ação deve ser revestida juridicamente desses três elementos citados, para ser qualificada como *criminosa*.

---

<sup>2</sup> Tradução livre de: “Solange man nicht die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt hat scheidt jede weitere Grörterung in der Luft”. BELING, E. von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Aalen: Scientia, 1964. p. 77.

<sup>3</sup> Tradução livre de: “Darum muß der Staat seine Strafbestimmungen konkretisieren, d. h. er muß das Verhalten sachlich umschreiben, das er verbietet: zu töten, zu stehlen, zu Ehe zu brechen usf. Er muß die materie seiner Verbote angeben. Diese Verbotsmaterie (ein aus dem scholastischen Naturrecht stammender Begriff) enthält die sachliche, gegenständliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens.” WELZEL, H. **Das Deutsche Strafrecht**: eine systematische Darstellung. Berlin: De Gruyter, 1958. p. 56.

Veja, nesse sentido, a lição de Roxin<sup>4</sup>:

Na dogmática do direito penal moderno existe um consenso substancial que toda conduta punível supõe uma ação típica, antijurídica e culpável e que cumpre outros pressupostos da punibilidade. Toda conduta punível possui quatro elementos comuns (ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade).

Do exposto, põe-se em relevo que a tipicidade é condição para que os demais elementos do método penal se desenvolvam, porque, como dito, é ela que demarca o âmbito da matéria da proibição, individualizando a conduta não querida pelo direito penal. Por conseguinte, é a delimitação do âmbito da tipicidade do aborto que revestirá o tema de cientificidade, pondo-o em conformidade com o método penal, e, para tanto, o passo inicial da análise deve ser a demarcação do âmbito do tipo. Isto se dá porque, para análise dogmática de qualquer crime, a demarcação do tipo é indispensável, pois

a questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita o conhecimento do que é proibido pelo direito penal. Ela é apontada como o primeiro elemento para que uma conduta se converta em um crime. Isto posto, a tipicidade é a primeira condição a ser satisfeita para que o método penal possa dar relevância a um acontecimento humano e, via de consequência, para que uma pena possa ser aplicada.<sup>5</sup>

A tipicidade do delito de aborto é uma das mais extensas e complexas, do ponto de vista da dogmática, ante a legislação penal pátria e é efetuada nos arts. 124 *usque* 128 do Código Penal. Com efeito, encontramos aqui dois tipos incriminatórios e um tipo permissivo, a saber: no primeiro caso temos o delito de aborto com o consentimento da gestante e o delito de aborto sem o consentimento da gestante; na segunda hipótese, temos o aborto legal.

---

<sup>4</sup> Tradução livre de: *“In der modernen Strafrechtsdogmatik besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, dass jedes strafbare Verhalten sich als eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft und etwaige sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllende Handlung darstellt. Jedes strafbare Verhalten weist also vier gemeinsame Merkmale (Handlung, Tatabestandmäßigkeit, Rechtswidrikeit, Schuld)“*. ROXIN, C. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Beck, 2006. p. 195-196.

<sup>5</sup> BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012. p. 38.

## 1 BEM JURÍDICO E DEFINIÇÃO TÍPICA

De início, registre-se que o *nomen juris* estabelecido para o tipo penal em tela, o aborto, não é o mais adequado em face do vernáculo. Com efeito, o aborto é o produto da ação de abortamento, tanto quanto o cadáver é o produto da ação de homicídio. Dessarte, seria mais adequada na nossa língua a denominação *abortamento*, que representa uma conduta. Registre-se que os demais nomes atribuídos aos tipos penais referem-se sempre a condutas (por exemplo, furto, homicídio, estupro), já que todos eles serão consubstanciados em comportamentos. Entretanto, por conta do princípio da legalidade e da tipicidade, embora com a inadequação em face da norma culta da língua portuguesa, não há que se falar em crime de abortamento, mas sim em crime de aborto.

Com relação ao importante tema do bem jurídico, note-se que a tipicidade não desempenha um papel meramente formal na dogmática penal, mas, ao contrário, um papel substancial. Isto se dá porque, como nos alertam Zaffaroni et al.<sup>6</sup>, o tipo penal é produto de uma decisão política, isto é, de uma valoração. Assim, ao reduzir a figura jurídica de uma conduta a um tipo penal, o legislador faz um juízo de valor negativo sobre ela, pois a considera como *digna de uma pena*. Desse juízo de valor extrai-se o bem jurídico, isto é, o valor protegido pelo tipo penal, o qual é fundamental para a sua interpretação, pois, no esteio de Maurach<sup>7</sup>,

*el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y del tipo. Todo delito amenaza un bien jurídico; el criterio, em ocasiones defendido por Frank, de cabe pensar también em delitos no referidos a um bien jurídico, se encontra hoy superado. No es posible interpretar, ni por tanto conocer, la ley penal, sin acudir a la idea de bien jurídico. Valor y desvalor de una acción se rigen por su tendencia a un determinado efecto social.*

À luz do exposto, como a decisão política do legislador foi capitular o delito em tela nos crimes contra a vida, o bem jurídico tutelado será a *vida humana não autônoma*. A questão que se desenrola é que, em torno deste valor, uma nítida complexidade se nos antolha: há uma vida própria que tem sua existência condicionada a outra vida. Assim, nesse contexto, a vida humana protegida pelo tipo é uma vida *dependente*. Por conta da complexidade deste bem jurídico, é suscetível de se verificar um conflito de interesses, pois a gravidez – que traduz a vida dependente – afeta outros bens jurídicos, como a liberdade da mulher grávida, a saúde, dentre outros.

---

<sup>6</sup> ZAFFARONI, E. R. et al. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 437.

<sup>7</sup> MAURACH, R. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1. p. 253-254.

À luz da ciência penal, esse conflito de interesses é resolvido com base no critério do interesse preponderante<sup>8</sup>. Por conta da tipificação da conduta de aborto, a posição politicamente assumida pelo legislador transformou em interesse preponderante a vida do feto, já que a agressão de sua respectiva vida é tida como digna de uma pena.

## 2 ABORTO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

O aborto com o consentimento da gestante está regulado em dois tipos penais, nomeadamente os arts. 124 e 126 do Código Penal. Essa dupla regulação representa uma rara exceção à teoria monista do concurso de pessoas, adotada como regra no art. 29 do Código Penal, que estabelece: “quem, de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

A teoria monista, positivada na parte geral, conforme anteriormente já escrevemos,

apregoa a unicidade de crime frente à pluralidade de agentes. Por conseguinte, tanto os autores quanto os partícipes responderão por um crime único, afastando-se tanto da ideia de fracionamento da conduta delituosa, quanto da ideia de bipartição da conduta criminosa. O fundamento desta teoria reside no fato de as várias ações não se apresentarem de um modo autônomo, mas convergirem em uma operação única, que acarretam um mesmo resultado. Por isso, elas devem ser consideradas como um todo unitário.<sup>9</sup>

Isto se dá, como dito, porque a Parte Geral do Código estabelece a unicidade de crime frente à pluralidade das agentes. Nela, pois, mesmo quando há uma pluralidade de sujeitos, o crime deverá restar único e indivisível<sup>10</sup>. Assim, a regra monista estabelece a aplicação do mesmo tipo penal sempre que mais de um sujeito concorrer para a realização de um mesmo curso causal, subsumido em um comportamento típico. Não é esta regra, entretanto, que se aplica ao *aborto com o consentimento da gestante*, pois nesta modalidade do crime, a conduta da gestante será regulada pelo tipo penal previsto no art. 124 do Código Penal, o qual possui pena mais branda, enquanto a conduta daquele que concorre para o aborto consentido será regulada por outro tipo penal, previsto no art. 126 do Código Penal, este com pena mais severa.

O tipo penal do art. 124 é um *crime próprio*, pois somente pode ser realizado pela pessoa que tem a qualidade indicada na descrição abstrata do comportamento proibido

---

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDÉ, F. **Direito penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 82.

<sup>9</sup> BRANDÃO, C. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 269.

<sup>10</sup> ANTOLISEI, F. **Manuale di diritto penale**. Milano: Guiffè, 1997. p. 544.

para ser sujeito ativo. Assim, a gestante que praticar ato executivo do aborto, ou permitir que alguém nela o pratique, será sujeito ativo deste delito. Por seu turno, se um terceiro realizar na gestante o ato de execução para a produção do aborto, com o consentimento daquela, responderá pelo crime previsto no art. 126 do Código Penal, que é um crime comum, não se exigindo nenhuma qualidade especial do sujeito para que ele figure no polo ativo do delito.

Caso que merece reflexão é a figura da participação. O partícipe é aquele que induz, instiga ou presta auxílio material para a realização do crime, mas não realiza a conduta típica em si. Se alguém, por exemplo, instigar uma gestante a praticar o autoaborto, cuja execução vem de fato a ser realizada pela mulher grávida instigada, será tido como partícipe do tipo penal do art. 124, cuja autora será a própria gestante. Quem instigou, portanto, figurará na modalidade acessória do concurso de agentes, isto é, na figura da participação (Código Penal, art. 29, §1º). Caso, entretanto, o ato de execução do aborto consentido seja praticado por pessoa diversa da gestante, com o consentimento dela, a participação será no tipo penal do art. 126 do Código Penal, pois a figura do partícipe sempre gravita em torno do tipo penal imputado a um autor principal e aqui há uma quebra na teoria monista, resolvida pelo princípio da especialidade.

O art. 124 do Código Penal pode ser realizado a partir de duas condutas. A primeira delas é uma conduta comissiva, que está prevista segundo o que se segue: *praticar autoaborto*. Nesta modalidade comissiva, o ato de execução do aborto é praticado pela gestante. Tal ato de execução representa um comportamento hábil para provocar a expulsão do produto da concepção do ventre materno, violando o bem jurídico vida, que se consubstancia por meio de uma forma não autônoma de existência, por ainda estar em formação. O ato praticado pela gestante pode traduzir um processo físico, químico, ou qualquer comportamento que seja hábil para ceifar a vida humana dependente, que se encontra ligada ao corpo da mãe.

A segunda conduta prevista no art. 124 do Código Penal é de natureza omissiva: a mãe permite que um terceiro pratique o ato de execução e, como consequência lógica deste consentimento, não impede a realização nela da atividade hábil para violar a vida em formação que ela transporta em seu ventre. Note-se que, para esta modalidade do delito, o terceiro que pratica a citada conduta com o consentimento da mãe responderá pelo delito do art. 126 do Código Penal.

De maior relevo no estudo do tipo é o termo inicial da vida em formação, pois a aplicação do crime em tela depende da fixação deste momento. O ato sexual e a fecundação do óvulo não bastam para que se inicie, para efeito do Direito Penal, a tutela da vida em formação. O momento do início da proteção penal, portanto, é posterior à fecundação: se verificará com a fixação do óvulo fecundado, chamado de zigoto ou ovo, no útero materno,

processo denominado de nidação<sup>11</sup>. É, pois, com a nidação que surge a tutela da vida humana dependente, que está em formação.

Não há, portanto, que se falar em crime de aborto como a anticoncepção de emergência, que é o procedimento que impede a gravidez a partir da ministração de medicamentos (pílula do dia seguinte). Relevante enfatizar, inclusive, que esta anticoncepção foi recentemente regulada pela Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013. No seu art. 3º, IV, o diploma legal estabelece que a profilaxia da gravidez, nos casos de violência sexual, deve ser obrigatoriamente fornecida pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde.

Dita vida humana dependente será tutelada pelo delito de aborto até o início do parto, que é o processo fisiológico que visa expulsar o produto da concepção do ventre materno, e se inicia com o rompimento do saco ou bolsa amniótica. Com efeito, a partir do rompimento do saco amniótico, o crime será o de infanticídio, se a mulher matar o referido produto da concepção sob a influência do estado puerperal, ou homicídio, quando a morte do neonato se der sem a influência daquele estado.

O tipo se perfaz objetivamente com a interrupção da gravidez<sup>12</sup>. A natureza do meio empregado para causar dita interrupção e a conseqüente morte do feto é indiferente. O autor poderá se utilizar de um meio físico, químico (como, por exemplo, um remédio abortivo) ou, inclusive, um meio que se traduza em uma relevante influência psíquica, como assustar gravemente a gestante<sup>13</sup>. O que objetivamente deve se verificar é o nexo de causalidade entre o meio que o agente empregou e o resultado morte do feto.

Caso o feto não tenha a vida dependente, por estar morto, não há que se aplicar o tipo de aborto, pois não haverá bem jurídico a ser tutelado, aplicando-se a regra do crime impossível, por *impropriedade absoluta do objeto*. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, no caso do feto anencéfalo, apesar deste ter vida, havendo o consentimento da gestante para o aborto, deverá ser reconhecida a inexistência de bem jurídico a ser protegido:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA.

Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (STF. ADPF 54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio).

---

<sup>11</sup> KÜHL, K; LACKNER, K. **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**. München: Beck, 2001. p. 809.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> NUÑEZ, R. **Manual de derecho penal**. Cordoba: M. Leaner, 1988. p. 33.

O aborto eugênico, que se dá quando o feto possui deformidades físicas ou provável deficiência psíquica, é fato punível. Com efeito, a tutela da vida em formação existe sempre que houver a vida dependente, que é assim chamada porque é viável dentro do útero materno, o fato de eventual deformidade ou deficiência futura em nada diminui a dignidade do ser em formação, estando esta vida não autônoma protegida pelo Direito Penal, tanto quanto qualquer outra.

O consentimento da gestante deve ser válido. Caso a gestante não tenha capacidade de consentir em face dos casos da imputabilidade penal, isto é em face de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou ainda em face de imaturidade em função da idade (se for menor de 18 anos, conforme o art. 27 do Código Penal), o crime será o aborto sem o consentimento da gestante.

O tipo subjetivo é o dolo genérico, que é a vontade livre e consciente de provocar a morte do feto, da vida humana dependente. Fontan Balestra<sup>14</sup> esclarece que o dolo consiste no conhecimento da existência da gravidez e na vontade de causar a morte do feto. Não há previsão da forma culposa deste delito, assim, se por violação de um dever objetivo de cuidado, reconhecer-se uma conduta imprudente ou negligente da mãe que produz a morte do feto, haverá fato atípico. Assim, no caso da gestante que por culpa realiza esportes que a sujeita a quedas ou impactos, por exemplo, e com isso houver a produção da morte da vida humana em formação, ou ainda da mãe que tomar, culposamente, um remédio inadequado que causar a morte do produto da concepção, haverá em ambas as hipóteses a falta de tipicidade da conduta, pois somente se pune a sua forma dolosa.

No caso do terceiro que pratica o ato de execução do aborto, sobre o qual incide a figura do art. 126, também só se pune a forma dolosa. Assim é requisito subjetivo do tipo que o terceiro tenha consciência que pratica a ação abortiva na mulher que consente com tal conduta e dirija a sua vontade para tal fim. Não há, portanto, o crime em tela se a gestante engana o terceiro, que, portanto, não dirige a sua vontade para a prática do aborto, como na hipótese da mulher solicitar um remédio injetável, que na sua situação específica é susceptível de causar-lhe o aborto, e o terceiro, de forma culposa, aplicá-lo efetivamente causando a morte do produto da concepção. Nesta hipótese não há o delito do art. 126 do Código Penal, pois ele somente é punido na forma dolosa.

---

<sup>14</sup> FONTAN BALESTRA, C. **Derecho penal**: parte especial. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 70.

### 3 ABORTO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

A grande diferença entre esta modalidade de aborto e a anterior reside no sujeito passivo. Aqui o sujeito passivo não será somente a vida humana em formação, isto é, a vida humana não autônoma, mas também a gestante, que tem a sua integridade pessoal violada através da ação abortiva. Neste panorama, a realização do aborto é considerada como uma violência contra a mulher, por isso a pena base é aumentada<sup>15</sup>. O delito em tela é comum, qualquer pessoa pode cometê-lo.

O núcleo do tipo é o verbo *praticar* e o complemento é o *aborto*. Como se vê, não existe aqui nenhuma diferença entre o núcleo desta modalidade e o núcleo da modalidade anterior. O que distingue os dois delitos é o complemento *sem o consentimento da gestante*. A falta de consentimento da gestante faz com que ela seja submetida a um constrangimento, que viola sua integridade pessoal e expõe a sua própria vida a um risco. Neste sentido, a pena desta modalidade de aborto será, em face do princípio da proporcionalidade, maior que a pena da modalidade aborto consentido. Conforme adverte Nuñez, se a mulher que consentiu com o aborto for inimputável por ser imatura em função da idade ou incapaz de querer ou entender, ou se ainda o consentimento for obtido por violência ou fraude, o aborto se considera como não consentido<sup>16</sup>.

Ademais da questão do constrangimento a que se submete a gestante, tido como elemento do tipo, acarretará a existência de dois sujeitos passivos.

O tipo subjetivo é o dolo genérico, que é a vontade livre e consciente de praticar o aborto sem o consentimento da gestante.

### 4 ABORTO QUALIFICADO

O crime de aborto implica em uma intervenção num processo natural e orgânico, que é a gravidez, na qual se lhe interrompe o natural curso. Deste modo, a ação que é ato executivo deste processo traz riscos à saúde e à própria vida da gestante. Por isso, é prevista a forma qualificada do aborto, que abrange tanto o aborto consentido, quanto o aborto sem o consentimento da gestante, quando estas ações forem realizadas por terceiro e acarretarem *lesão corporal grave ou a morte* da mulher. Cabe aqui esclarecer que a lesão corporal de natureza grave é aquela prevista taxativamente nos parágrafos primeiro e segundo do art. 129 do Código Penal.

---

<sup>15</sup> CUELLO CALÓN, E. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. v. 2, parte 2. p. 533.

<sup>16</sup> NUÑEZ, op. cit., p. 34.

Para que exista o aborto qualificado, é indispensável que o resultado morte ou lesão grave da mulher se dê em face da *culpa* do sujeito ativo. Assim, o sujeito ativo que quer os resultados mais gravosos, agindo com dolo, com *desígnios autônomos*, não responderá pela forma qualificada do aborto. Isto porque existe uma regra na parte geral, no *concurso de crimes*, que regulará a questão. Quando com a mesma ação o sujeito quer todos os resultados decorrentes de sua conduta, há o que se chama concurso formal impróprio e a consequência desta forma especial de concurso será a soma das penas. Se o sujeito ativo, por exemplo, além da vontade de praticar o aborto, tem a vontade de lesionar gravemente ou matar a mulher, responderá pelo aborto simples em concurso com o crime de lesão corporal grave ou homicídio, conforme o caso, em face da regra citada, inculpada no art. 70 do Código Penal.

## 5 ABORTO LEGAL

O Código Penal prevê no art. 28 duas situações nas quais o aborto pode ser realizado por médico, a saber, a primeira é quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e a segunda, é no caso da gravidez ser resultante do estupro.

Nessas hipóteses, a conduta será típica, mas não antijurídica, porque estará acobertada por uma causa de justificação: o exercício regular de um direito. Com relação à primeira hipótese, chamada de aborto necessário, é indispensável que a vida da mãe não possa ser salva por outros meios menos danosos<sup>17</sup>. Na hipótese da vida da mãe ser salva, por causa do aborto, por profissional que não seja médico, não se aplica a norma em tela, mas tampouco será dita ação tida como criminosa, pois ela estará justificada por outra causa de justificação: o estado de necessidade, previsto no art. 24 do Código Penal<sup>18</sup>.

A outra forma de aborto legal é chamada pela doutrina de aborto sentimental<sup>19</sup> (PIERANGELLI, 2007, p. 69). É indispensável que exista a violência sexual precedente, traduzida em um estupro (Código Penal, art. 213) e que exista o consentimento da gestante para a ação abortiva ou, quando ela for incapaz, de seu representante legal.

---

<sup>17</sup> NUÑEZ, op. cit., p. 37.

<sup>18</sup> COSTA, A. M. de. **Direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 196.

<sup>19</sup> PIERANGELLI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 69.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento jurídico penal do aborto é feito metodologicamente jungido à tipicidade. Para além das questões religiosas ou ideológicas, é indispensável circunscrever a matéria da proibição decorrente do tipo dentro dos limites do princípio da legalidade.

Com o advento da Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013, a questão ganha atual relevância, pois está autorizada a realização, após o ato sexual violento, de ação preventiva de concepção, por via medicamentosa, para impedir a eventual nidação, que é a fixação do zigoto no útero materno. Nesta toada, com base na tipicidade objetiva do aborto, vê-se que a questão se resolve penalmente no plano da *atipicidade*, pois para que o crime objetivamente se perfaça, é necessário que já exista um feto, o que não ocorre na hipótese do art. 3º, inciso IV, da referida Lei.

Cabe também por em relevo que o aborto é tido, no nosso ordenamento, como uma ação penalmente desvaliosa, isto também à luz da tipicidade penal. Isto se dá porque sendo o bem jurídico protegido a vida humana *dependente*, decorre da complexidade deste referido bem a possibilidade de um conflito de interesses. Todavia, dito conflito é resolvido a partir da verificação típica do interesse preponderante, perfazendo-se no plano penal a adequação da ação abortiva à metodologia científica do crime, o que se traduz na relevância penal desta conduta.

## REFERÊNCIAS

- ANTOLISEI, F. **Manuale di diritto penale**. Milano: Guiffrè, 1997.
- BELING, E. von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Aalen: Scientia, 1964.
- BRANDÃO, C. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.
- COSTA, A. M. de. **Direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CUELLO CALÓN, E. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. v. 2, parte 2.
- FONTAN BALESTRA, C. **Derecho penal**: parte especial. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- KÜHL, K.; LACKNER, K. **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**. München: Beck, 2001.
- MAURACH, R. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1.
- MUÑOZ CONDE, F. **Direito penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- NUÑEZ, R. **Manual de derecho penal**. Cordoba: M. Leaner, 1988.
- PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.
- ROXIN, C. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Beck, 2006.
- WELZEL, H. **Das Deutsche Strafrecht**: eine systematische Darstellung. Berlin: De Gruyter, 1958.
- ZAFFARONI, E. R. et al. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.