

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**ASPECTOS JURÍDICOS DAS**  
**INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS NO CONTEXTO**  
**DO ABORTO POR ESTUPRO**

**Goiânia**  
**2002**

**ASPECTOS JURÍDICOS DAS  
INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS NO CONTEXTO  
DO ABORTO POR ESTUPRO**

**FERNANDA BEATRIZ TIAGO**

**ASPECTOS JURÍDICOS DAS  
INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS NO CONTEXTO  
DO ABORTO POR ESTUPRO**

Monografia apresentada ao Departamento de  
Ciências Jurídicas da Universidade Católica  
de Goiás, sob a orientação do professor **Ari  
Ferreira de Queiroz.**

**Goiânia**

**2002**

Banca Examinadora:

Nota para a monografia jurídica:

---

Professor-orientador

---

Professor-membro

Aos meus pais, e todos aqueles que estiveram ao meu lado ao longo desta jornada contribuindo para o meu sucesso.

Ao professor Ari Ferreira de Queiroz, por compartilhar conosco parte de sua sabedoria, tendo uma paciência de mestre, ajudando no aprimoramento de nossos conhecimentos no mundo jurídico.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
I -ABORTO	4
1 Noções	4
2 Notícia histórica	6
3 O aborto no código penal	8
3.1 Crime de aborto	8
3.2 Tipos penais	9
3.2.1 Aborto provocado pela gestante	10
3.2.2 Aborto consentido	10
3.2.3 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante	10
3.2.4 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante	11
3.2.5 O aborto qualificado	11
3.2.6 O aborto necessário	12
4 O aborto do ponto de vista da igreja	13
5 Projeto para regulamentação do aborto	15
II - O ABORTO NA GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO	18
1 Noções gerais	18
2 O aborto por estupro no anteprojeto de reforma do código penal	22
3 Sujeito ativo	23
III - AS INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS NO ABORTO POR ESTUPRO	26
1 Responsabilidade civil do médico	26
1.1 O profissional médico	28
1.2 Profissionais da área da saúde	29

2	Natureza jurídica	31
IV	- CONCLUSÃO	36
V	- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39



# **INTRODUÇÃO**

O trabalho que vamos apresentar a seguir tratará da polêmica do aborto efetuado por médico, no caso de estupro, colocando em pauta este fato do ponto de vista da ética médica e da legislação brasileira.

Matéria por demais controvertida é o ato praticado pelo médico ou cirurgião no que tange ao tratamento sem êxito ou mesmo quando, obtendo-se sucesso, fica o paciente com órgão alterado, membro amputado, etc.

O problema do aborto por estupro existe há muitos anos e continua sendo um fato real na atualidade, principalmente porque a criminalidade vem aumentando cada vez mais.

Vamos então através desta pesquisa doutrinária, procurar saber de forma mais aprofundada qual o posicionamento da legislação, perante todas as pessoas que estão envolvidas nesta situação, que no caso é médico, paciente e a legislação vigente.

A pesquisa tem o intuito de levantar a questão sobre quando o aborto é considerado crime ou não, e se o médico está amparado para realizar um ato como este sem ser considerado fato típico.

Esta pesquisa monográfica será de cunho bibliográfico, na qual o estudo terá embasamento em doutrinas e na legislação que tratem do assunto. Além ainda de contribuições por parte de encartes tanto na área jurídica quanto na área médica.

A partir deste estudo vamos tentar mostrar o aspecto jurídico de um ato praticado pelo profissional médico, no que tange à questão do aborto na gravidez resultante de estupro.

Com certeza ao mostrarmos este assunto no âmbito jurídico, vamos esbarrar nas questões sociais que giram em torno da polêmica do aborto.

Por isso o tema central vai tratar do fato no seu aspecto jurídico, mas é claro que não esqueceremos de dar respaldo aos assuntos sociais que fazem parte de nossa sociedade.

## **I -ABORTO**

## 1 Noções

O aborto é considerado como a interrupção da gravidez com a morte do feto.

Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal, aborto, é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente.<sup>1</sup>

O aborto está tipificado no Código Penal em seu art. 124, onde verificamos que o sujeito ativo é a gestante, tratando-se assim de crime especial ou próprio.

O sujeito passivo é o feto, ou seja, o produto da concepção.

O aborto é crime que deixa vestígios, sendo indispensável a comprovação de sua existência natural por meio de exame de corpo de delito. Além disso, podemos dizer que o aborto é um crime doloso.

É necessário que o agente queira o resultado ou assuma o risco de produzi-lo. Age com dolo eventual aquele que agride a mulher sabendo do estado de gravidez.<sup>2</sup>

Ainda complementando mais o conceito do que seria o aborto, diz TARDIEU que trata-se da expulsão prematura e violentamente provocada do

---

<sup>1</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 95.

<sup>2</sup> MIRABETE, J. F. *Idem*, p.4.

produto da concepção, independente das circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo formação regular<sup>3</sup>.

Mas nenhuma dessas definições, porém é isenta de crítica. Ao invés da circunstância da expulsão do feto, que não passa de um epifenômeno e pode deixar de ocorrer, o que se apresenta como necessário e suficiente à configuração do aborto é a interrupção da gravidez. E é este, aliás, o critério médico legal a que deve aperfeiçoar-se a noção jurídico-penal.

*“Aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época de sua maturidade”<sup>4</sup>.*

Ao longo do presente estudo, será abordada a questão do aborto em suas diversas formas de ser praticado. Mas, a ênfase estará voltada para o tipo de aborto que causa grande polêmica, que é o aborto por estupro.

Através deste assunto, caberá saber, qual o posicionamento da igreja, da legislação vigente, e até mesmo de projetos de legalização, sobre o aborto.

## **2 Notícia histórica**

O crime de aborto já é considerado como fato típico por Códigos Penais muito anteriores ao Código Penal Brasileiro.

Podemos verificar que já no Código Italiano de 1889, dizia que a essência do crime consiste no impedir o processo fisiológico da maturação do feto. Quarenta anos depois se repetia o mesmo conceito sobre este fato típico. E ainda hoje apesar de existirem manifestações de vontade por certa parte que compõem a sociedade, em ver tal fato delituoso, ser legalizado, a grande maioria ainda resiste por se tratar de fato que causa constrangimento e traz grande impasse, pelo fato de se tratar de vida humana.

---

<sup>3</sup> HUNGRIA, apud DAMÁSIO E. Jesus. *Direito penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 250.

<sup>4</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 250.

O aborto também é assunto muito divergente entre países diferentes, com culturas diversificadas. Há lugares onde a condenação é total, principalmente pela sociedade, e há outros lugares, onde o aborto acontece já como uma tradição da cultura dos povos de um país.

Segundo a ONU, pelo menos 60 milhões de meninas deixaram de viver e nem chegaram a nascer por causa de abortos seletivos, infanticídios ou abandono cometidos especialmente na Ásia e no norte da África, ao longo das últimas décadas<sup>5</sup>.

Em Nova Délhi (Índia) exames de ultra-sonografia tornaram-se comuns para determinar o destino do feto. Em fevereiro de 2001, o operário paquistanês Farnaish Ali matou as três filhas após sua mulher, Kavar Parveen, de 24 anos, dar à luz terceira delas.

*“Gritei e desmaiei, disse a mãe, ao ver as três no chão do quarto, em meio a uma poça de sangue. Naquele país, a chegada de um filho é festejada, mas o nascimento de uma menina é considerado, entre outras coisas, anúncio de má sorte. “Meu marido ficou furioso porque não lhe dei um garoto” completou Kausar<sup>6</sup>.*

Vemos então através de depoimentos como este, que o problema do aborto além de muito antigo é tratado de forma diferenciada em muitos países.

Como podemos ver que em certos países o aborto é uma forma de solução de problemas como este, o qual, o sexo de um bebê irá determinar todo o seu destino e de sua família.

*Art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:  
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”*

*Art 125 – “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”.*

*Art. 126 – “Provocar o aborto com o consentimento da gestante*

---

<sup>5</sup> Artigo de revista. NOVA / COSMOPOLITAN, ano 29 nº 6

<sup>6</sup> Artigo de revista. Idem, p.7.

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”*

### **3 O aborto no código penal**

#### **3.1 Crime de aborto**

O aborto, em face do Código, é crime de dano, é necessário, para sua consumação, que se opere, efetivamente a occisão do feto intra uterum ou a interrupção da gravidez e conseqüentemente morte do feto. O verbo “provocar”, empregado nos arts. 124, 125, 126 do CP, não podem ter outro sentido senão o de dar causa a, originar, promover<sup>7</sup>.

O Código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes de seu termino normal, há o crime de aborto.

Qualquer que seja a fase da gravidez, provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.

Admitida a intenção de provocar o aborto, ou seja, de suprimir o feto, não tem importância o momento em que este vem a morrer se quando ainda no útero materno, ou se quando já expulso, uma vez que a morte tenha ocorrido em conseqüência da própria imaturidade do feto ou dos meios abortivos empregados.

O crime de aborto está tipificado em nosso Código Penal em seu art. 124, o qual diz:

*“Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoquem”  
Pena – detenção, de 1(um) a 6(seis) anos.*

---

<sup>7</sup> HUNGRIA, N., op. cit., p. 251.



## 3.2 Tipos penais

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido, entre nós, o CP só permite duas formas de aborto legal, o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, caso em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado aborto sentimental ou humanitário.

A legislação ainda prevê as seguintes figuras o auto-aborto ou aborto provocado pela própria gestante (art. 124, 1ª parte CP), a ação da gestante em consentir para que outrem lhe provoque o aborto (art. 124, 2ª parte, CP), o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125, CP), o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (art. 126, CP) e o aborto qualificado, se resultam lesão corporal de natureza grave e morte (art. 127, CP), e por fim vemos ainda a figura do aborto necessário para salvar a vida da gestante e o aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez resulta de estupro (art. 128).<sup>8</sup>

Será abordado de forma sucinta os vários tipos de aborto qualificados em nossa legislação penal e mais adiante em capítulo específico falaremos mais aprofundadamente sobre o aborto por estupro que faz parte do tema central em estudo.

---

<sup>8</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de direito penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 186.

### **3.2.1 Aborto provocado pela gestante**

Este tipo penal está enquadrado no art. 124 em sua 1ª parte do Código Penal Brasileiro. Trata-se do aborto em que a própria gestante pratica o aborto em si mesma. Admite a figura da co-participação, nos termos do art. 29 do CP.<sup>9</sup>

### **3.2.2 Aborto consentido**

É executado por terceiro com a anuência da gestante. Esta coopera, não apenas consentido, mas também posicionando fisicamente. A gestante responde, nessa hipótese, por aborto, compreendendo sua atuação simplesmente em consistir. O terceiro terá participação em termos de execução material. Deveria responder como incurso no mesmo dispositivo uma vez que o CP adota a teoria unitária ou monista, segundo a qual aquele que participa de um crime responde por ele com os demais. No entanto, o terceiro que executa materialmente estará incursos no art 126, enquanto a gestante responderá nos termos do art. 124, 2ª parte do Código Penal.

### **3.2.3 Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante**

Este tipo de aborto acontece quando se dá a interrupção da gravidez provocada contra a vontade da gestante. Está tipificado no CP em seu art. 125.

A não concordância da gestante pode ser diferenciada. Podemos dizer que é real quando há emprego de violência física, grave ameaça ou fraude. É presumida quando a gestante não é maior de 14 anos, alienada ou débil mental.

---

<sup>9</sup> SALLES JÚNIOR, R. A., op. cit., p. 9.

Nas hipóteses mencionadas, a gestante é vencida pela força física ou pela grave ameaça.<sup>10</sup>

### **3.2.4 Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante**

O agente dessa forma de delito deveria ser co-autor do crime do art. 124. No entanto, por disposição expressa, quebra-se a unidade resultante da teoria monista, já citada anteriormente, para enquadramento do terceiro em dispositivo próprio. A gestante, conforme explicado, estará incurso no art. 124, 2ª parte. Inexistirá consentimento se a gestante for alienada ou débil mental, não maior de 14 anos, ou o seu consentimento for obtido mediante violência, grave ameaça ou fraude.<sup>11</sup>

### **3.2.5 O aborto qualificado**

As penas dos crimes de aborto provocado com e sem o consentimento da gestante são aumentadas de um terço, se, em consequência do fato ou dos meios empregados para a provocação, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

As formas qualificadas são aplicáveis exclusivamente aos crimes descritos nos arts. 125 e 126 do CP. Não se aplica ao aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento o art. 124, uma vez que a legislação penal brasileira não pune a auto-lesão.

---

<sup>10</sup> DAMASIO E. Jesus. *Direito penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 121.

<sup>11</sup> SALLES JUNIOR, R. A., op. cit., p. 187.

Trata-se de crime qualificado pelo resultado, de natureza preterdolosa ou preterintencional. Pune-se o primeiro delito, a título de dolo (aborto), o resultado qualificador, que pode ser morte ou lesão corporal de natureza grave, a título de culpa.

Se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo a gestante sofre lesão corporal de natureza leve, o sujeito só responde pelo aborto, não se aplicando a forma típica qualificada do art. 127. Ocorre que a lesão leve constitui resultado natural da prática abortiva e o CP só pune a ofensa corporal desnecessária e grave. Por isso, o crime do art. 129, caput, fica absorvido pelo aborto.<sup>12</sup>

### **3.2.6 O aborto necessário**

Este tipo de aborto impõe-se pela necessidade de salvar a vida da gestante. No curso da gravidez podem surgir situações que importam criação de perigo. Dois bens jurídicos passam a uma situação de conflito, vida da mãe e do produto da concepção. A lei autoriza a eliminação deste último. Não se trata de legítima defesa. Deve ser executado por médico. Na falta, por terceira pessoa, amparada pelo estado de necessidade em favor de outrem. O médico decide acerca da necessidade. Não é imprescindível o consentimento da gestante ou de parentes.

Verificou-se através do parágrafo acima, que se o médico executa a prática do aborto necessário, ele estará enquadrado no excludente de antijuridicidade, classificada como exercício regular do direito. Mas se uma pessoa qualquer, que não seja um profissional da medicina, pratica tal ato no caso em a gestante corre risco de vida, se tratará de outro tipo de excludente de antijuridicidade, que é o estado de necessidade.

---

<sup>12</sup> DAMASIO, E. J., op. cit., p. 123.

## 4 O aborto do ponto de vista da igreja

O aborto é tema polêmico entre as pessoas que compõem a sociedade e principalmente quando nos referimos à igreja, que tem seus princípios básicos religiosos muito respeitados. Como estamos tratando de um assunto delicado e que envolve a vida de um ser humano, ou mesmo a interrupção da vida deste ser humano, achamos que fosse de grande importância, a opinião de uma instituição tão presente em nossa sociedade.

De acordo com a opinião do Padre Luiz Carlos Lod da Cruz, do comitê pró-vida de Anápolis, foi possível verificar que qualquer assunto em relação ao aborto, principalmente a questão da regulamentação do aborto, fere completamente os princípios da igreja. Para ele as pessoas que lutam à favor deste tema, são, na verdade, pessoas do grupo considerado pró-morte.

O padre Luiz Carlos Lod da Cruz, do comitê pró-vida de Anápolis em seu artigo, publicado através de uma página jurídica, em titulado O José do Pulo, citou ainda o argumento de um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual diz o jurista que o simples fato de o Código Penal mencionar o aborto como meio para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro, já indica que tal aborto é crime. Jocosamente ele explica que o Código não diz por exemplo:

*“Não se pune a mãe que amamenta o filho”*

Pois, como amamentar o filho não é crime, não há razão para se dizer que *“não se pune”*. Qualquer conduta descrita no Código Penal é, portanto, crime, a menos que se diga explicitamente o contrário.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> JUS NAVIGANDI – O José do Pulo - O salto triplo do ministro José Serra por Luiz Carlos Lod da Cruz – Padre presidente do comitê pró vida de Anápolis (GO).

Diz ainda em seu artigo que para que o aborto em caso de estupro não fosse um ilícito, seria preciso revogar todas as leis que protegem a vida humana, sobretudo as do nascituro.

Só para dar um exemplo claro do que quer dizer o padre neste caso, diz ele:

*“Seria preciso retirar do “caput” do art. 5º da Constituição Federal a inviolabilidade de direito à vida”<sup>14</sup>.*

*“Seria preciso retirar o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.<sup>15</sup>*

E assim podemos notar o descontentamento do referido padre em relação a assunto de tal relevância moral e ética.

Em resumo ele diz que para que o aborto deixasse de ser ilícito, seria preciso fazer uma verdadeira revolução na legislação brasileira. Nem sequer uma emenda constitucional que abolisse o direito à vida, seria possível, pois diz o art. 60 § 4º da CF

*“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”.  
IV – os direitos e garantias individuais.*

O depoimento do padre Luiz Carlos Lodi da Cruz foi em manifestação à norma técnica intitulada “Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes”, que foi assinada pelo Ministro da Saúde José Serra, no qual autorizava-se o hospital público a praticar o aborto em caso de estupro, mas para demonstrar tamanha contrariedade por

---

<sup>14</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 13.

<sup>15</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 13.

parte da igreja, na verdade autorizava-se hospital público “*a matar criancinhas geradas em uma estupro*”.<sup>16</sup>

## 5 Projeto para regulamentação do aborto

O aborto em si já é tema bastante polêmico e traz desavenças de opiniões.

Falaremos aqui de um tema ainda mais polêmico entre a sociedade, que é a regulamentação da prática do aborto.

Recentemente foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n.º 20-A, de autoria do Deputado Eduardo Jorge, que pretende regulamentar a prática do aborto legal no Brasil, determinando que toda a rede pública de hospitais, atendam aquelas mulheres que desejarem realizar o aborto que a lei permite.

Neste cenário, onde se pretendia discutir a regulamentação das formas de aborto que o legislador não pune, o aborto necessário e o aborto resultante de estupro, estabeleceu-se, mais uma vez, por força da mídia, a discussão sobre a possibilidade da legislação do aborto genericamente.

Vamos então tentar focar aqui tema tão delicado.

Primeiramente, tenta-se definir o aborto como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto.

Diz-se cientificamente que a vida humana inicia-se no momento da concepção.

Se o abortamento é eliminar a vida que se inicia estamos diante de uma situação ou modalidade de homicídio.<sup>17</sup>

Daí, não se admitir a premissa abortista, de que a mulher tem direito de dispor de seu próprio corpo ou outro corpo independente, todavia não autônomo.

---

<sup>16</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 13.

<sup>17</sup> JUS NAVIGANDI – Doutrina – *A propósito do aborto por Luís Flávio Borges DUrso* – Advogado criminalista, professor de direito penal, mestre e doutorando em direito penal pela USP.

Outro argumento utilizado era o de que milhares de abortos clandestinos, levando risco de vida das mulheres que procuravam por clínicas clandestinas, ocorriam devido a falta de um sistema legalizado. Mas tal fato foi desmentido por países onde tal prática foi legalizada, pois as clínicas não clandestinas continuaram existindo, uma vez que as mulheres às procuravam não só pela falta da legalização, mas também pela condição psíquica, onde muitas preferem manter o anonimato.<sup>18</sup>

Dessa realidade verificou-se a permanência dos abortos clandestinos e todos seus riscos e ao lado, um aumento dos casos de aborto, porquanto, legalizado, autorizado, nada estava a impedir o aborto por ímpeto, por egoísmo, por qualquer motivo revelador de uma simples “vontade”.

Ao se observar os argumentos usados por abortistas, podemos verificar que um deles é que jamais uma mulher fará um aborto por vontade própria, desnecessariamente, tentando fazer crer que a legalização do aborto estará limitada aos casos que a lei atual não pune e a outros restritivamente. Mas conhecendo a natureza humana, principalmente quando a média revela a frieza de algumas mulheres que chegaram a jogar seu filho, recém-nascidos, no lixo. Para estas, o aborto legal será mais estímulo à irresponsabilidade materna.<sup>19</sup>

Neste caso, vemos a posição em resistir às tentativas de se legalizar o aborto no Brasil, cobrando de nossos parlamentares a coerência em defesa da vida, pois como diz o professor Luiz Flávio Borges D’Urso:

*“... Quem é contra a pena de morte, contra a eutanásia, contra o suicídio assistido, não pode posicionar-se a favor da eliminação da vida pelo aborto”.*<sup>20</sup>

Como vimos, trata-se de um assunto que leva a profundas reflexões uma vez que não temos ainda consciência suficiente para dizer se será algo benéfico

---

<sup>18</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 15.

<sup>19</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 15.

<sup>20</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 15.



à sociedade, a questão da legalização do aborto, de se isso levará à simples banalização da vida de um ser humano.

## **II - O ABORTO NA GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO**

## 1 Noções gerais

Em capítulo anterior, tratamos do crime de aborto de um modo geral e de seus vários tipos penais, mas ao aborto por estupro daremos uma atenção em especial, pois na verdade é tema central de nosso estudo, por isso vai ser abrangido de forma mais aprofundada em capítulo à parte.

O aborto por estupro também denominado aborto sentimental, ético ou humanitário é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez resultado de estupro. Está tipificado pelo inciso II do art. 128 do CP.<sup>21</sup>

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas de punibilidade. Os dois incisos do art. 128 contêm causas de exclusão de antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “*não se pune o aborto*”. Fato indispensável em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “*não se pune o médico*”.<sup>22</sup>

O aborto sentimental é ato que ocorre quando uma mulher que foi estuprada engravida desta violência. Exige-se que haja fecundação oriunda de estupro; o consentimento prévio da gestante para o aborto, o consentimento de ser representante, se ela for incapaz ou menor de 21 anos. Opina-se no sentido de que o aborto será permitido tanto para a gravidez resultante de estupro com

---

<sup>21</sup> MIRABETE, J. F., op. cit., p. 99.

<sup>22</sup> DAMASIO, E. J., op. cit., p. 124.

violência como para a presumida. Não é exigido autorização judicial para a realização do aborto, cabendo ao médico decidir.<sup>23</sup>

Entende-se que não há necessidade de autorização judicial para a prática do aborto no caso do inciso II do art. 128 do CP, uma vez que se a lei permite, não há necessidade de se exigir a manifestação do Poder Público.

Inclusive, a respeito do assunto, foi abordado em matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo, 30 mar. de 1986, seção “Tribunais” p. 40 de autoria de Wanderley José Federighi nos seguintes termos:

*“Não havendo menção expressa na lei à necessidade de autorização judicial para a prática do aborto, não há justa causa para invocação da prestação jurisdicional. A função do juiz é a de intérprete e aplicador da lei. Se esta já é clara, nada há a ser interpretado. O juiz, chamado a autorizar um aborto, nada mais pode fazer além de declarar que, nos casos dos incisos I e II do art. 128 do CP, não há crime, mas não lhe cabe conceder a referida autorização. A legitimidade do aborto humanitário já está explícita na própria lei penal. A preocupação com a chancela de legitimidade a um ato de tamanha repercussão é procedente e só louva aqueles que a buscam. Mas devem-se levar em conta também, as implicações jurídico-penais desta autorização concedida em caso em que a gestante ou seus representantes legais tenham agido de má fé, enganando tanto ao médico como o juiz. Haveria, no caso, um aborto criminoso, ao qual foi dada autorização judicial”.*<sup>24</sup>

Ainda falando de aborto por estupro, sob a égide de um grande doutrinador, podemos verificar que nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê a vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.<sup>25</sup>

O problema da legitimidade do aborto, na espécie, foi objeto de vivo e extenso debate por ocasião da primeira Grande Guerra (1914-1918), dada a multiplicidade das mulheres violentadas pelos invasores.

---

<sup>23</sup> SALLES JUNIOR, R. A., op. cit., p. 188.

<sup>24</sup> DAMASIO, E. J., op. cit., p. 19.

<sup>25</sup> HUNGRIA, N., op. cit., p. 273.

Este é um dos pontos de vista acerca do problema do aborto por estupro, pois parte da sociedade apóia o aborto neste caso, pelo fato de ser terrível para a mulher conviver com o fruto de uma das piores violências que pode acontecer com uma mulher, e de outro, uma grande parte que acha que a criança, o fruto deste acontecimento não pode sofrer as conseqüências deste ato.

Isso se confirma quando verificamos que grandes doutrinadores são da corrente de que a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, seu aniquilamento, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher. Mas a opinião prevalente, foi no sentido de não incriminação.

Neste caso que deverá praticar o aborto, dentro dos requisitos legais, será o médico, porém, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notório ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador. Entretanto, se o conhecimento de alguma circunstância foi razoavelmente suficiente para justificar a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente.

Nos casos de violência ficta ou presumida, a própria gravidez, constitui a prova evidente do estupro.

Para sua própria segurança, o médico deverá obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, por escrito ou perante testemunhas idôneas. Se existir, em andamento, processo criminal contra o estuprador, seria mesmo de bom aviso que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado.<sup>26</sup>

Ainda sobre este aspecto, outro doutrinador complementa que muitas vezes a autorização judicial, para o aborto por estupro, erroneamente requerida,

---

<sup>26</sup> HUNGRIA, N., op. cit., p. 20.

e às vezes, concedida, é relevante como causa obstativa de persecução penal contra o médico e a gestante, no caso de falsidade do estupro, por não concorrer para a formação de coisa julgada.<sup>27</sup>

## **2 O aborto por estupro no anteprojeto de reforma do código penal**

O direito à vida é não só um cânone constitucional, como um sacrossanto princípio natural, consagrado pelo nosso Direito e pela tradição religiosa.

Olvidam-se, contudo, os hipócritas que a Constituição inscreve o direito à vida digna e não torpe, e também, como não podia deixar de ser, garante o direito à vida da mãe e, com precisão matemática, optou o Código Penal, que está em perfeita sintonia com a Carta Magna, pela autorização do aborto necessário, isto é, pela interrupção da gravidez, se não há outro meio de salvar a mãe-gestante, ou em caso de gravidez resultante de estupro.<sup>28</sup>

O estupro como se sabe é a violência carnal, contra vontade, e não é crível que se exija da mulher o nascimento de uma criança não desejada, imposta à força.

A Comissão, presidida, pelo insigne Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, amplia, com muita propriedade, as hipóteses de aborto legal, atendendo a melhor doutrina, e em consonância com a legislação mais evoluída.

Defende, incisivamente, no Anteprojeto de Reforma do Código Penal, que não constitui crime o aborto praticado por médico se:

*“não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante; a gravidez resulta de violação à liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica*

---

<sup>27</sup> MIRABETE, J. F., op. cit., p. 100.

<sup>28</sup> JUS NAVIGANDE. O Aborto. Leon Frejda Szklarowsky advogado e consultor jurídico em Brasília, subprocurador geral da Fazenda Nacional aposentado, editor da revista jurídica Consulex.

*de reprodução não assistida. E ainda “há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de a criança apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”.*

Nas palavras do Dr. Leon Frejda a atitude dos médicos que agem em favor dessas pessoas que sofreram este tipo de agressão, o estupro; é atitude de independência e destemor, que enobrecem o ser humano e a profissão e dão novo alento a essa humanidade sofrida.<sup>29</sup>

Após estudarmos vários pontos de vista e opiniões a respeito deste tema tão polêmico quanto ao aborto por estupro, vemos que é uma questão controvertida e que nos leva a inúmeras reflexões. E neste momento para mostrar-nos o quanto é sublime a liberdade do ser humano podemos confirmar através de um pensamento que nos leva a refletir sobre isso

*“A vida é o bem mais precioso do ser humano, mas a vida sem liberdade não tem qualquer significado, nem dignidade. A liberdade, porém, não se confunde com a licenciosidade”.*<sup>30</sup>

### **3 Sujeito ativo**

Nos termos do art. 128 do CP não se pune o aborto praticado por médico, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade nem escusas absolutórias ou causas extintivas de punibilidade. Nota-se que o CP diz que “*não se pune o aborto*”. Fato imprescindível em matéria penal, é fato lícito. Assim na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por

---

<sup>29</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 22.

<sup>30</sup> JUS NAVIGANDI., op. cit., p. 22.

exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse: “*não se pune o médico*”.

O que tratamos até o momento foi o sujeito ativo na figura do médico, mas neste trabalho não podemos deixar de abordar outros fatos que ocorram nesta mesma situação, só que praticados por outros sujeitos ativos, como por exemplo. E se o aborto for praticado por enfermeira?

Diz a doutrina que isso vai depender, por tratando-se de aborto necessário, em que não há outro meio de salvar a gestante, não responde por delito. Não por causa do art. 128, uma vez que esta disposição só permite a provocação por médico. Na hipótese a enfermeira é favorecida pelo estado de necessidade prevista no art. 24 do CP, que exclui a ilicitude do fato. No caso de aborto sentimental, porém, a enfermeira responde pelo delito uma vez que a norma permissiva faz referência expressa a qualidade do sujeito que pode ser favorecido, deve ser médico.

E se a enfermeira auxilia o médico, responde por delito de aborto? Dia a doutrina que não, pois como se punir alguém por um fato impunível? Se o fato principal, praticado pelo médico é lícito, a conduta da enfermeira não pode ser punível.<sup>31</sup>

O CP também permite a prática do aborto no caso de resultar a gravidez de estupro.

O médico deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro ou atentado violento ao pudor (inquérito policial, processo criminal, peças de informação).

Inexistindo esses meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual, não é exigida autorização judicial pela norma não incriminadora. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente. Como o tipo não faz nenhuma exigência, as condições da prática não abortiva podem ser alargadas.

---

<sup>31</sup> DAMASIO, E. J., op. cit., p. 118.



O consentimento da gestante ou de seu representante legal só é exigível no aborto sentimental. Tratando-se de aborto necessário, é perfeitamente dispensável.

Outro aspecto a ser analisado é o que se segue: e se a gestante se recusa e o médico provoca o aborto?

Entende-se que o médico não responde por delito de aborto. Seu comportamento é lícito diante do estado de necessidade.

Ao longo de todo o estudo tratamos da questão apenas do ponto de vista do estupro, mas existem outras atitudes que podem ser tipificadas em nossa legislação penal, como por exemplo, se o aborto praticado por médico é punido, quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor.

Neste caso entende-se que o sujeito não responde por delito de aborto, aplicando-se a analogia in bonam partem. A resposta, não obstante a restrição legal, referindo-se somente ao delito de estupro, deve ser no mínimo favorável ao médico. As duas hipóteses são semelhantes, diferenciando-se exclusivamente em face da circunstância de no estupro, o sujeito visar a conjunção carnal, enquanto no atentado violento a pudor pretende a prática de qualquer ato de libidinagem, salvo a conjunção carnal. Diante da semelhança de situações, haveria flagrante injustiça em punir-se o médico por delito de aborto em face da diversidade do elemento subjetivo do autor do delito sexual.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup>DAMASIO, E. J., op. cit., p. 24.

### **III - AS INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS NO ABORTO POR ESTUPRO**

## **1 Responsabilidade civil do médico**

O profissional da área médica ao assumir esta posição dentro da sociedade, leva consigo uma série de deveres, ou melhor, obrigações em relação à um âmbito jurídico e até mesmo médico. Entre eles está consagrado o Código de ética médica, o qual dita uma série de normas e regras que deverão ser seguidas para um exercício da profissão sem vícios.

Neste momento trataremos desta responsabilidade no âmbito civil.

É nítido o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Assim, se o médico operador for experiente e tiver usado meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são de meio e não de resultado. Se nenhuma modalidade de culpa, ficar demonstrada, como não há risco profissional, independente de culpa, deixará de haver base para fixação de responsabilidade civil, pois as correlações orgânicas ainda são pouco conhecidas e surgem às vezes resultados inesperados.

O médico que atende a um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo. Há, portanto, um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como uma obrigação de meio e não de resultado, por não

comportar o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina.<sup>33</sup>

Assim sendo, se o paciente vier a falecer, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. Portanto a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa.

A vantagem de colocar a responsabilidade do médico no campo do contrato é limitada, pois em rigor, o fato do médico não conseguir curar o doente não significa que inadimplir a avenca. Isso ocorre pois como já foi dito, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado.

Daí a razão porque os tribunais são severos na exigência da prova de imperícia ou de desídia do médico, nas ações em que se procura responsabilizá-lo por danos experimentados por seus pacientes.

## **1.1 O profissional médico**

O contrato médico contém, implicitamente os seguintes deveres, de dar conselhos ao seu cliente, logo, o médico responderá por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente no que concerne às precauções exigidas pelo seu estado, de cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, ainda será responsabilizado se não ser assistência ao seu cliente ou se negligenciar as visitas, abandonando-o e prosseguindo, deve abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois o médico não terá o direito de tentar experiências médicas sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente. Todavia, a regra não pode ser entendida com rigor absoluto; não se pode entravar a liberdade do profissional que ouse tentar novos métodos científicos.

---

<sup>33</sup> . DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 245.

O médico não poderá ultrapassar os limites contratuais, devendo responder pelos danos que causar. Entre eles estão o fato de se contrariando pedido do doente ou de seus familiares, não requisitar a presença de especialista<sup>34</sup>; e o que nos chama a atenção para este estudo, se praticar aborto fora dos casos permitidos em lei.

Vemos aqui que o legislador é bem claro quando diz “*nos casos permitidos em lei*”. Sendo assim, a cada momento deste estudo percebemos o quanto há um aparato legal que protege a atitude do médico em casos de aborto por estupro, que está tipificado em lei.

## 1.2 Profissionais da área da saúde

Ainda tratando deste mesmo aspecto em outra linha de raciocínio vemos que ao mencionar especialmente os médicos, cirurgiões, dentistas, farmacêuticos, parteiras, o art. 1545 do Código Civil tem em vista que esses profissionais sujeitam-se a exigências destinadas a considerá-los aptos para o exercício de suas atividades. Por isso mesmo, presume-se habilitado “*todo aquele que exercita uma arte, ofício ou profissão*”, daí decorrendo a presunção de culpa se incide imperícia na execução das respectivas atividades.<sup>35</sup>

Há legislação especial, como já foi dito anteriormente, que estabelece os requisitos para o exercício da profissão, desde a diplomação em curso universitário até a inscrição em órgãos especializados, como o Conselho Regional de Medicina. A inobservância de regras pertinentes sujeita o infrator a penalidades administrativas e à punição criminal, sem prejuízo do dever de ressarcir o lesado pelos danos sofridos.

---

<sup>34</sup> DINIZ, M. H., op. cit., p. 28.

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil: Forense*, 1999, p. 148.

Sendo assim, ao mencionar estes profissionais médicos, dentistas, entre outros, estabelece que respondem uns e outros pelos danos que venha alguém sofrer por imperícia, imprudência ou negligência deles.

Embora o médico, como profissional, tenha por se a presunção de conhecimento e, portanto, a direção do tratamento, não se dispensa de orientar o enfermo ou as pessoas de cujo cuidado este depende, a respeito de como proceder seja no tratamento ambulatorial, seja no hospitalar, seja ainda no domiciliar.<sup>36</sup>

No caso de moléstia exigir a consulta a um especialista, ou uma intervenção cirúrgica, cumpre-lhe fazer a indicação cabível e em tempo oportuno. No dever de aconselhar, não pode omitir a informação sobre os riscos do tratamento.

Para podermos ilustrar o nosso trabalho, resolvemos falar um pouco sobre a responsabilidade civil de outros profissionais similares ao médico, já que o trabalho se concentra neste profissional citado.

No caso do farmacêutico, é ele encarado não só sob o ângulo do comerciante que vende drogas, como daquela pessoa de cultura universitária, que, além de as vender, as elabora sob receita médica, de modo que, se por negligência entrega um remédio por outro, se por imprudência exorbita e receita uma droga inadequada, ou se por imperícia prepara mal uma receita, o prejuízo que causar ao freguês deve por ele ser reparado. O art. 1546 ainda determina que o farmacêutico responde solidariamente pelos erros e enganos de seu preposto.<sup>37</sup>

No caso de se tratar dos enfermeiros e parteiras, aplicam-se quanto à atividade profissional os princípios alusivos à responsabilidade dos médicos no que diz respeito ao erro profissional, desde que oriundo de culpa, isto é, de imprudência, imperícia ou negligência.

---

<sup>36</sup> PEREIRA, C. M., op. cit., p. 29.

<sup>37</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 12 ed. São Paulo, 1989, p. 87.

Já no caso do dentista, assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética, principalmente em matéria de prótese.

Se o dentista cometer erro profissional, que acarrete morte, inabilitação de servir ou ferimento, será responsabilizado, devendo satisfazer o dano em caso de culpa. O dentista poderá cometer falta profissional, ou erro técnico, e falta ordinária.<sup>38</sup>

## **2 Natureza jurídica**

As intervenções médicas e cirúrgicas constituem exercício regular do direito.

Parte da doutrina entende que nesses casos a exclusão da ilicitude ocorre por força do estado de necessidade. De observar, porém, que nem sempre se acham presentes os requisitos do fato necessário. Assim, é possível a prática de uma cirurgia sem que o paciente esteja sofrendo perigo atual ou eminente à sua vida ou integridade corporal. Além disso, só praticá-la a pessoa habilitada para o exercício da medicina. O estado de necessidade apenas ocorre em casos excepcionais, quando o leigo, em face da impossibilidade absoluta de socorrer-se de um médico, realiza a intervenção para salvar a vida ou a saúde de terceiro de perigo certo, atual ou eminente.

Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza, e fiscaliza a profissão médica, impondo para seu exercício especiais condições de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimo os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos e ela inerentes.

---

<sup>38</sup> DINIZ, M. H., op. cit., p. 253.

Executando-os, o médico exercita uma conduta legítima, que, salvo hipóteses de irregularidade dolosa ou culposa, não pode resultar em incriminação.

Matéria por demais controvertida é o ato praticado pelo médico ou cirurgião no que tange ao tratamento sem êxito ou mesmo quando, obtendo-se sucesso, fica o paciente com órgão alterado, membro amputado, etc., o qual tem todas as características de uma lesão letal ou corporal, com o que concorda Hans Wezel<sup>39</sup>, porque, a seu ver “o tratamento de cura adequado à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais”.

Não obstante, no que diz respeito às intervenções cirúrgicas e ao resultado letal em consequência de medidas curativas realizadas de acordo com as regras da arte, considera-os o professor da Universidade de Born tipicamente adequados, vontade do ofendido, pois neste caso, entende que passarão a ser delitos contra a liberdade, como, verbi gratia, coação. Na sua opinião, ficam socialmente adequadas sob o ponto de vista curativo, mas não através da coação.

Que a intervenção médica e cirúrgica seja um ato típico de exercício regular de um direito como afirma a maioria dos autores, em cujos países a lei penal não é omissa excetuando-se é lógico, o aborto provocado por terceiro e no caso do art. 281, § 2º, id est, quando o médico “contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente”, porque, aqui, já não está mais agindo regularmente. Bem por isso realça o prof. Aníbal Bruno<sup>40</sup>, com carradas de razão:

*“Aí não há que falar em inexistência de dolo. O problema não é do domínio da culpabilidade, mas da antijuridicidade. O fato não somente impunível, por não culpável; não chega a ser ilícito”.*

---

<sup>39</sup> DAMÁSIO, E. J., op. cit., p. 11.

<sup>40</sup> DAMÁSIO, E. J., op. cit., p. 11. apud. Aníbal Bruno, p. 31.



Não se pode dizer que o consentimento do interessado não tenha eficácia, como no caso do aborto de estupro, mas como já ficou observado, o consentimento está regulado no exercício regular de um direito. Assim sendo, a ausência do consentimento tornará a intervenção ilegítima, de vez que o cirurgião não se conduziu regularmente.

Como também já assinalamos, transpondo-se os limites traçados por lei, violada está conseguintemente, a norma, ocorrendo, *ipso facto*, o constrangimento ilegal.

O Prof. Galdino Siqueira<sup>41</sup> expõe que GRISPIGNI dá como razão da justificativa do tratamento médico e cirúrgico o estado de necessidade. Trata-se, portanto, de um lapso de mestre fluminense, porque o professor italiano, no trabalho citado, argumenta que se não pode alegar para fundamentar a espécie, nem a legítima defesa nem tampouco o estado de necessidade.

Para JIMENEZ DE ASUA<sup>42</sup>:

*“Só o estado de necessidade pode servir para fundamentar a impunidade do tratamento cirúrgico arbitrário e violento qualquer que seja o êxito do mesmo, se a cura é necessária para salvar a vida ou a integridade do enfermo”.*

A excludente da ilicitude às hipóteses de ofendículos e de violência esportiva e intervenções médico-cirúrgicas. Quanto às lesões decorrentes de práticas médico-cirúrgicas a exclusão da ilicitude encontra-se no fato de que tais atividades são reguladas e estimuladas pelo próprio Estado, dentro de certos princípios e limites. Se as regras admitidas não são violadas, a atividade daqueles que se dedicam a tais práticas situa-se dentro do risco permitindo e acha-se acobertada pelo exercício regular de direito.

O exercício fora dos limites traçados pela lei configura o abuso de direito. O agente deixa o campo da ilicitude e adentra o terreno do abuso de

---

<sup>41</sup> MAGALHÃES, Délio. *Causa de exclusão de crime*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 129.

<sup>42</sup> SALLES JUNIOR, R. A., *op. cit.*, p.9.

direito, portanto, da ilicitude. Se ocorrer o abuso dos meios de correção, temos a figura do crime de maus-tratos (art. 136); se o agente procura fazer justiça pelas próprias mãos, incorre no crime de exercício arbitrário das próprias razões.<sup>43</sup>

Outro ponto a ser analisado é o juramento:

*“Prometo que, ao exercer a arte de curar, mostrar-me-ei sempre fiel aos preceitos da honestidade, da caridade e da ciência, penetrando no interior de lares, meus olhos serão cegos, minha língua calará os segredos que me forem revelados, os quais terei como preceito de honra. Nunca me servirei da minha profissão para corromper os costumes ou favorecer o crime”.*<sup>44</sup>

O texto acima refere-se ao juramento médico, ou seja, quando o profissional médico decide seguir esta carreira, tem uma série de preceitos aos quais deverá obediência, como o Código de Ética Médica.

Sendo assim fica importante sabermos qual seria o caminho adotado pelo profissional em questão, no momento em que ele se visse com uma paciente que necessitasse de fazer de um aborto precedido de estupro.

O médico o faria sem restrições, protegido pelo ordenamento jurídico, ou se recusaria em nome dos costumes ou preceitos sociais e religiosos?!

Diz jurisprudência a respeito:

*Aborto provocado. Absolvição da gestante, também pronunciada, pelo reconhecimento de que o feto se encontrava morto na ocasião da prática abortiva. Decisão transitada em julgado. Inexistência de justa causa para incriminação da parteira. Ação penal trancada. Recurso de hábeas corpus improvido. Inteligência dos art. 126 do CP de 1940 e 461, 574, I, 648, II, 649 a 650 do CPP.*

Um exemplo, o aborto praticado por médico, a prisão em flagrante. O arresto de bens feito por oficial de justiça. São causas de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, são situações reais. Pode ocorrer aqui

---

<sup>43</sup> HIPÓCRATES, 460 a.c

<sup>44</sup> HIPÓCRATES, op. cit., p. 34.

também a discriminante putativa de erro de proibição, sendo que ambas excluem a culpabilidade, art. 20 § 1º e 21 do CP.

Entre tantos fatores que cercam este ato praticado por médico no exercício de sua profissão, vemos que ele se vê envolvido não só num problema jurídico, mas também há o problema dos costumes morais e éticos que rege a vida em sociedade, principalmente quando dentro desta sociedade está tão presente a instituição da igreja, que condena com veemência a prática do aborto, mesmo que seja ele precedido de uma violência tão absurda quanto é o estupro.

## **IV - CONCLUSÃO**

Durante o estudo do tema que trata dos aspectos jurídicos das intervenções médico-cirúrgicas, como acadêmica de Direito, pensávamos em encontrar apenas questões de cunho jurídico junto a este fato do aborto.

Mas ao aprofundarmos nesta pesquisa foi possível verificar que não se trata apenas da questão do direito em si, mas principalmente das questões sociais, religiosas, que estão presentes na vida dos cidadãos, pois como podemos verificar o presente tema não trata de assunto divergente quando fala de aborto por estupro feito pelo profissional médico, uma vez que está assegurada em lei através da excludente de antijuridicidade. Mas o que estaria em pauta seria o fato de o médico querer ou não exercer um fato como este, mesmo que assegurado em lei.

Através deste trabalho foi possível salientar que o aborto é um fato típico e por isso é punido em nosso ordenamento jurídico, mas ao mesmo tempo foi mostrado através de pesquisas doutrinárias, que existe um tipo de aborto no Brasil que está embuído de uma excludente de antijuridicidade que é o exercício regular do direito, mais especificamente designado como intervenções cirúrgicas.

Apesar de ser tema polêmico perante a sociedade, principalmente quando se trata do ponto de vista da igreja, a qual não aceita em hipótese alguma o aborto, independente de como tenha ocorrido, a legislação é clara a este respeito.

No âmbito da legislação médica, os dizeres a este respeito são os mesmos, o médico não deverá ser punido em caso de aborto por estupro, pois há

tipificação específica em nosso código Penal indicando o procedimento para este tipo de aborto.

Foi de grande satisfação apresentar o referido tema deste trabalho, pois foi de importância se evidenciar a relação existente entre matérias que a princípio se regem por naturezas diferentes, mas que na verdade, para obter o verdadeiro sucesso, precisam estar acompanhados, para que com esta complementação possam atingir a um bem comum, que neste caso é a medicina e o Direito.

E além das ciências que regem o mundo não podemos nos esquecer que as mesmas não vivem isoladas, ou seja, existem as questões sociais ao redor de toda essa ciência, mostrando-nos o quanto é importante o estudo de um tema de forma completa não o separando do mundo.

Isso tornou o trabalho ainda mais gratificante no sentido de termos aprendido não só questões de cunho jurídico, mas também como ligar esta ciência a várias outras existentes.

## **V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil*, 11 ed. atualizada, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PRADO, Luiz Regis do; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado*, São Paulo: revista dos tribunais, 1997.

HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Informativo do Conselho Federal de Medicina. Ano XV, nº. 119/120.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEMOS, Ricardo T. *Essência do Direito penal*. ed. Bandeirante, 1998.

MAGALHÃES, Délio. *Causa de exclusão de crime*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 129.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. São Paulo: Atlas, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica*. Porto Alegre: Síntese, 2001.



Responsabilidade Civil (Atividade Médico-Hospitalar) Jurisprudência, 3 ed:  
Esplanada.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 12 ed. 1989.

SALLES Júnior, Romeu de Almeida. *Curso Completo de Direito Penal*. 7 ed.  
São Paulo: Saraiva, 1999.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo*, 17 ed: Saraiva, 1995.