



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

---

**HENRIQUE NOGUEIRA HERNANDES**

**UMA ABORDAGEM AO CRIME DE ABORTO NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

**ASSIS/SP  
2013**

**HENRIQUE NOGUEIRA HERNANDES**

**UMA ABORDAGEM AO CRIME DE ABORTO NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientando: Henrique Nogueira Hernandes

Orientador: Prof. João Henrique do Santos

Linha de pesquisa: Direito Penal

**ASSIS/SP  
2013**

Hernandes, Henrique Nogueira

Abordagem ao crime de aborto no direito penal brasileiro/ Henrique Nogueira Hernandez. Fundação Educacional do Município de Assis. Assis, 2013.

49.p

Orientador: João Henrique do Santos

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis.

1. Aborto, 2. Anteprojeto do código penal.

CDD 340  
Biblioteca da Fema

**HENRIQUE NOGUEIRA HERNANDES**

**UMA ABORDAGEM AO CRIME DE ABORTO NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientando: Henrique Nogueira Hernandez

Orientador: Prof. João Henrique do Santos

Linha de pesquisa: Direito Penal

Orientador: Prof. João Henrique do Santos

Analizador 1:

Analizador 2:

**ASSIS/SP  
2013**

## DEDICATÓRIA

À minha família, razão do meu viver e motivo de minhas alegrias.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por me sustentar e me capacitar para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor João Henrique, pela orientação deste trabalho, mostrando-se sempre disponível e generoso. Sinto-me muito honrado por ter contado com seu inestimável auxílio. Tenho grande gratidão, pois, desde o início, quando optei por escolhê-lo como orientador, prontamente aceitou, comigo, o desafio.

Ao Dr. Thiago Baldani Gomes de Felippo, Juiz de Direito, por compartilhar comigo seu conhecimento acerca do assunto abordado neste trabalho.

Aos meus cunhados Jesualdo Eduardo de Almeida Junior e Luis Fernando Rocha, pelos grandes ensinamentos durante a elaboração deste trabalho. A convivência diária com pessoas de currículo tão rico, e suas importantes intervenções, em muito qualificaram esta obra.

À minha namorada, Nathalie, que me acompanhou em todos os dias durante a construção desta obra, mostrando-se paciente e grande incentivadora.

À minha família, Pai, Mãe e Andréia, pois sempre estiveram comigo nos momentos mais difíceis, com palavras de incentivo e de cobrança, sempre com grande sabedoria. Nada em minha vida é mais importante do que a família que tenho, pois tudo que sou é fruto do que aprendi durante todos esses anos. Sou extremamente grato pela família abençoada que Deus me deu e, buscarei a todo instante da minha vida retribuir o que me foi dado.

*O cavalo prepara-se para o dia da batalha,  
mas a vitória vem do Senhor.*

*Provérbios 21:31.*

## RESUMO

O presente trabalho científico tem como análise o delito de aborto que se encontra tipificado no vigente Código Penal Brasileiro, e a forma como este crime é abordado e conduzido por nossa Legislação, doutrinadores e principalmente pelo atual posicionamento da jurisprudência de nossos tribunais superiores. É sabido que tramita pelo Congresso Nacional uma proposta de reforma integral do Código Penal Brasileiro, proposta esta que busca alterações relevantes para a sociedade brasileira como um todo. Desta forma, este trabalho busca trazer ao leitor considerações sobre tais alterações, mais especificamente em relação ao crime de aborto, foco do trabalho. Este estudo não contém posicionamentos pessoais em relação ao tema, sendo o único objetivo do trabalho a discussão de forma imparcial sobre o assunto, visando trazer a outros pesquisadores e estudiosos do assunto uma pequena colaboração.

## **ABSTRACT**

The present work analyses how the misdemeanor known as abortion and which is typified at the present Brazilian Penal Code, and how this crime is addressed by our Legislation, indoctrinators and especially by the current position of the jurisprudence of our higher courts. It is known that a proposal of reforming the Brazilian Penal Code is under way at the National Congress, and that this proposal aims important changes that are relevant to the Brazilian society as a whole. This way, this work aims to bring the reader some considerations about these changes, specifically concerning the crime of abortion, which is the focus of this study. This work must not contain personal positioning concerning the theme, once the only objective of the work is the unbiased discussion about the subject, aiming to bring other researchers and academics a small collaboration.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO PENAL</b> .....	16
<b>3. O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO</b> .....	22
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	22
3.2. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO (ART. 124).....	24
3.3. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO, SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (ART. 125).....	26
3.4. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO, COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (ART. 126).....	28
3.5. FORMAS MAJORADAS (ART. 127).....	29
3.6. ABORTO LEGAL (ART. 128).....	31
3.6.1 Aborto necessário (art. 128, I).....	32
3.6.2 Aborto humanitário ou piedoso (art. 128, II).....	33
3.7. FETOS TOTALMENTE INCOMPATÍVEIS COM A VIDA – A QUESTÃO DO FETO ANENCÉFALO.....	34
<b>4. O ABORTO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL</b> .....	38
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>6. BIBLIOGRAFIA</b> .....	48

## 1. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como análise o delito de aborto previsto no vigente Código Penal, a forma como este delito vem sendo trabalhado e conduzido pela Legislação, por doutrinadores e principalmente pela jurisprudência atual. Sabe-se que tramita pelo Congresso Nacional uma proposta de reforma integral do Código Penal Brasileiro, e, desta forma, o presente trabalho pretende visualizar minuciosamente como este anteprojeto lidará com o crime de aborto, dando atenção especial para as relevantes e polêmicas alterações propostas pelos juristas.

Discutirei acerca das dificuldades que tais mudanças e alterações na Legislação penal causaram na sociedade, tanto no seu entendimento, e principalmente na sua aplicação normativa pelos Magistrados.

Dentre todas as alterações previstas no anteprojeto do Código Penal, é interessante visualizarmos o motivo e a razão de tratarmos especificamente do delito de aborto em todas as suas circunstâncias legais.

Uma destas razões é o fato do aborto, por si, ser tema de grande relevância social, ultrapassando a barreira de tema jurídico ou relacionado apenas operadores do Direito, sendo pauta em discussões e posicionamentos da população brasileira de maneira geral.

Outra importante motivação para a escolha do tema é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente da ADPF 54, que decidiu acerca da admissão do aborto em caso de gestação de feto comprometido pela anencefalia. O posicionamento de nossa Corte Suprema foi bastante discutido pela população geral brasileira, servindo para disseminar ainda mais, temas relacionados à prática abortiva.

A sessão do STF, no dia 12 de abril de 2012, que descriminalizou e admitiu o aborto em caso de gestação de feto anencefálico, foi transmitida ao vivo por

inúmeros canais abertos de televisão, tamanha a sua importância e relevância social.

A terceira motivação da escolha da temática do aborto é prontamente visualizada ao lermos e nos interarmos dos propostas de alterações do Código Penal na redação do ante projeto. É latente que nos artigos que tipificam e explanam acerca do aborto se encontram as alterações mais significativas e relevantes socialmente.

Além das alterações previstas para as imposições de penas para os crimes de aborto, não resta dúvida de que o grande momento da discussão será em relação as novas exceções para o crime. É sabido que o artigo 128 da redação do anteprojeto do Código Penal reservou as maiores discussões acerca do tema. Verifica-se um aumento demasiado nas possibilidades de descriminalização do aborto. Tal artigo vem à tela para aumentar os casos e situações em que, legalmente, serão admitidos os procedimento abortivos.

Assim sendo, o trabalho estrutura-se de forma a abordar múltiplos aspectos no que diz respeito a este assunto. Pensando na didática e organização do trabalho, montamos a estrutura em capítulos que se segue explicitada nos parágrafos subsequentes.

No primeiro capítulo, discutiremos superficialmente acerca da necessidade de uma atualização no Código Penal Brasileiro, haja vista que nasceu no ano de 1940 e muitas mudanças sociais já aconteceram. O motivo principal desta alteração vem se mostrando a cada dia, pois a vigente lei penal brasileira tem estado em completo desalinhamento com os fatos presentes na sociedade moderna. É sabido que o direito realmente sempre está atrasado, pois vem sanar um fato social já existente e impossível de se solucionar por si só. Desta forma, claramente, a Legislação penal brasileira vigente não vem satisfazendo ou solucionando os fatos sociais, demonstrando sua ineficácia. Logo, a atualização para que, enfim a Legislação tente seguir o mais próximo possível dos fatos sociais, tem se mostrado necessária e o momento se faz oportuno para mudanças importantes na Legislação.

No segundo capítulo descrevemos e analisaremos a situação do crime de aborto no vigente Código Penal Brasileiro. Será apresentada a forma positivada do crime, bem como o posicionamento de importantes doutrinadores penais que discorrem sobre o tema. A atual situação do aborto no Brasil será discutida, atentando-nos a todos as suas formas e possibilidades. Suas tipificações previstas no Código Penal serão estudadas, inclusive, em suas lacunas, utilizaremos os posicionamentos doutrinários para um satisfatório entendimento. Apesar de não estar positivado, expresso em letra de lei, explanarei sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, de efeito *erga omnis*, que passou a admitir a prática de procedimento abortivo no caso de gestação de feto anencéfalo, inclusive sem nem mesmo necessidade de decisão judicial.

No terceiro capítulo analisaremos a forma como será apresentado o crime de aborto no novo Código Penal Brasileiro, caso seja alterado. O anteprojeto do Código Penal já está finalizado pelos juristas selecionados que o fizeram, necessitando apenas da análise dos poderes legislativo e executivo. Sabe-se que alterações relevantes sobre o aborto foram feitas, e são nessas alterações que este capítulo se pautará.

Analisaremos as possíveis novidades, apresentando entendimentos relevantes sobre elas. Sabe-se que há alterações em todos os artigos presentes no Código Penal que tratam de aborto. Passaremos a analisar desde as alterações nas penas previstas, observando o significado cada uma delas e buscando interpretar qual foi a preocupação dos juristas que a fizeram. As formas majorantes previstas para os crimes de aborto no artigo 127 do anteprojeto também será levada em consideração.

Buscarei novamente uma interpretação da forma como o jurista procurou se posicionar sobre o assunto. As alterações mais relevantes, de forma evidente, ficam destinadas ao artigo 128 do anteprojeto do Código Penal. Neste artigo estão expostas as admissões legais ao crime de aborto, explanando situações em que o procedimento de interrupção de gravidez será admitido pela Legislação penal brasileira. Nele, estão mantidas as duas hipóteses já previstas no Código Penal vigente, sendo elas quando não há outro meio que

se possa salvar a vida da gestante, bem como, quando a gravidez é resultante de estupro e, neste caso, o procedimento deverá ser consentido pela gestante. No tocante as novidades previstas, três novas situações são elencadas na redação do anteprojeto, e nelas serão admitidas o procedimento abortivo. São elas o emprego não consentido de técnicas de reprodução assistida, a anencefalia ou situações em que o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina e, se por vontade da gestante até a 12ª de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

No quarto e último capítulo, pretendi levantar ao menos parte das dúvidas, questionamentos, polêmicas e críticas, tanto negativas quanto positivas, acerca das alterações no crime de aborto previstas no anteprojeto do Código Penal Brasileiro.

O tema é recente, motivo pelo qual o material usado para fundamentação deste capítulo é escasso. Desta forma, torna-se útil a leitura de teses e artigos escritos por interessados no assunto, sejam textos elaborados por médicos, operadores de direito e até mesmo mulheres na situação de cidadão comum, que expõem seus posicionamentos. Neste capítulo, serão expostas as críticas favoráveis e desfavoráveis às alterações da Legislação do crime de aborto, previsto na redação do anteprojeto.

Por fim, no tocante a conclusão, cumpre destacar que o presente estudo não busca se posicionar favorável ou não às mudanças e alterações previstas no anteprojeto do Código Penal. Faz-se necessário explanar que tampouco se busca um posicionamento em relação ao aborto de uma maneira geral. Serão apenas levantadas as condições do aborto atualmente, as condições previstas em um futuro Código Penal, e as polêmicas em relação a sua aplicabilidade. Sabe-se que o tema de aborto é extremamente polemico, até mesmo pelas questões religiosas, portanto, vale ressaltar que em momento algum a presente monografia entrará no âmbito religioso, atentando-se apenas na questão jurídica, e eventualmente, para melhor entendimento de alguns pontos de difícil

interpretação do direito, far-se-á o uso de entendimentos e posicionamentos de profissionais da medicina.

Além disso, nenhum estudo busca esgotar as discussões e os olhares acerca de assunto nenhum. Por outro lado, existe para levantar perguntas, suscitar questionamentos, buscando, dentro de uma perspectiva de utilidade, atender a outros pesquisadores e interessados no assunto, como o faz este trabalho.

## 2. NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

O **Código Penal Brasileiro**, conforme se aplica aos demais normativos brasileiros, decorre também de um processo histórico de formulação e de caracterização de conceitos.

O nosso Código Penal Brasileiro vem desde o ano de 1940, portanto, passou a vigorar ainda no Governo ditatorial de Getúlio Vargas, e sob o manto da Constituição Autocrática de 1937. Importante destacar que o CP é originário também de um período difícil da história, porque exatamente em plena II Guerra Mundial. O Decreto instituidor é o Decreto- Lei 2.848 de 07.12.1940, sendo que a Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, se incorporaram posteriormente através do Decreto-Lei 3.914 de 09.12.1941.

Este Código também é composto pela Parte Geral e Especial, de forma semelhante ao Código Civil. Entretanto, no Código Penal, no que se refere à Parte Geral, são descritos e explicitados os conceitos e as compreensões gerais sobre os seguintes aspectos: Aplicação da Lei Penal, Do Crime, Da Imputabilidade Penal, Do Concurso de Pessoas, Das Penas, Das Medidas de Segurança, Da Ação Penal, Da Extinção de Punibilidade.

A Parte Especial é exatamente a tipificação do crime e a pena relativa. Isto porque, como a própria Constituição prevê no seu Artigo 5º, Inciso XXXIX, em consonância com o Código Penal:

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Isto quer dizer que é necessário estar exatamente e literalmente o crime e a pena respectiva para eventual aplicação legal. Não se pode inovar nesta seara, sob prejuízo da incolumidade do cidadão. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.)

É evidente que na perspectiva de um Código, o legislador pretende congrega, em um único documento, todo o tema que desejar versar, sempre com a intenção de facilitar e possibilitar o acesso mais objetivo às questões necessárias. Entretanto, por vários motivos, gradativamente, os Códigos sofrem a ação do tempo e das mudanças sociais, que mais frequentemente forçam ajustes ou legislações paralelas. No caso específico da Área Penal, as mutações não ocorrem, pelo menos até agora, de forma tão reiterada quanto na área civil.

O que não quer dizer que, após 73 anos do Código Penal, não tenhamos sérias e importantes mudanças sociais que requereram e ainda necessitam de ajustes, notadamente pelo aprimoramento de novas tecnologias e novas condutas sociais aceitas ao longo do tempo. Nesse particular, podemos citar como exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei que trata da violência doméstica, chamada de Lei Maria da Penha; a Lei que disciplina a proibição do uso de bebidas por motoristas e condutores de veículos, e tantas outras que também introduziram novos artigos e adequações existentes no Código Penal. Destaque também para a Lei sobre crimes na área de informática e comunicações “virtuais”, popularmente chamados de *cybercrimes*.

A necessidade de reforma e atualização do Código Penal brasileiro sempre esteve na pauta de ilustres penalistas brasileiros, Magistrados e Membros do Ministério Público, bem como de advogados e até estudantes engajados na área penal.

Com o passar do tempo, este assunto rompeu os limites da esfera jurídica e passou a fazer parte do cotidiano das pessoas, principalmente pelos crimes que se tornaram sucessos midiáticos, tal qual o famoso julgamento do “Mensalão”, ou, tecnicamente chamado de ação Penal 470, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2013, que envolveu a condenação de figurões da política nacional, pertencentes ao partido que então governava o país.

Ressalta-se ainda outros inúmeros fatos e julgamentos que ajudaram a romper a barreira técnica do judiciário e tiveram grande relevância para a popularização do Direito Penal, principalmente em relação a júris que chamaram a atenção da grande mídia, como por exemplo o “Caso Suzanne Von Richthofen”, “Caso Mércia Nakashima” e caso do “Goleiro Bruno”, como foram popularmente chamados.

Diante deste olhar, é possível dizer que se tornou questionável a manutenção do Código Penal Brasileiro de 1940, que tem se mostrado por vezes desatualizado e desalinhado com o contexto social atual.

As temáticas criminais recentes que são colocadas perante o Código Penal de 1940, além de ganharem novas proporções, se mostram como novidades e se tornam obscuras e confusas, agravando o conceito de crise ao vislumbrar uma dificuldade de transformar teorias soltas ao vento em respostas práticas para problemas vividos no cotidiano.

O projeto do Novo Código Penal que já tramita no Congresso Nacional é uma proposta de reduzir o amplo conjunto de leis extravagantes que passou a caracterizar o Direito Penal brasileiro e ao mesmo tempo ajustar a nossa lei penal ao as temáticas constitucionais. Além dessas preocupações está também a necessidade de atualizar e adequar o Direito Penal brasileiro às normas dos Tratados, Pactos e Convenções assinados pelo Brasil.

Tal projeto também terá um efeito importante no sentido de equalizar a normatização penal brasileira em relação às evoluções históricas nas condutas sociais.

Há que se ressaltar que o Direito Penal deve se aproximar dos fatos reais e alcançar o mais próximo possível do fenômeno social através de sua Legislação e aplicabilidade. O contrário é fato impossível, ou seja, não existe sequer a mínima possibilidade de se alterar o fenômeno social para se adequar ao Direito Penal.

Um importante exemplo que podemos citar para a visualização desta evolução e alteração dos conceitos e condutas sociais na aplicação da Legislação são os crimes sexuais. Nesta modalidade criminosa, fica evidente que as alterações no comportamento social devem ser imediatamente alterados também na normatização penal, pois se tratam de crimes de gravidade elevada e imensa comoção social.

Uma situação de fácil percepção desta evolução e alteração da sociedade atual é a antiga presunção de violência e hoje, de vulnerabilidade, fundada em critério etário, prevista no artigo 217-A do Código Penal, que se trata de estupro de vulnerável.

Neste caso, o Código Penal aborda o entendimento no sentido de que, toda pessoa menor de quatorze anos de idade, será considerada vulnerável, e caso pratique qualquer ato sexual, seu consentimento não será levado em conta, haja vista que se entende que não possui capacidade para optar pela relação.

Neste caminho, é o mesmo que pensar toda pessoa menor de quatorze anos que praticar qualquer ato sexual, mesmo que haja a sua vontade, terá seu parceiro denunciado, processado e certamente condenado pelo crime de estupro de vulnerável.

Desta forma, pode ser questionável a ideia de que, nos dias atuais, qualquer pessoa menor de quatorze anos deva ser tratada como vulnerável. Tal critério deve ser baseado no desconhecimento da vítima e não puro e simplesmente em sua idade na data dos fatos.

Quando o Ministro Francisco de Campos remeteu a Getúlio Vargas o então projeto do atual Código Penal em 1940, fez constar da exposição de motivos a seguinte justificativa para a redução do critério etário da presunção de violência dos dezesseis para os quatorze anos:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso

dos adolescentes, é a “*innocentia consilii*” do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.” (GOMES, 2001)

É preciso ressaltar, portanto, dois pontos. O primeiro é o de que o fundamento da presunção de violência, como hoje da de vulnerabilidade, é a “*completa insciência [da vítima] em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento*”. (GOMES, 2011)

Conforme verificamos acima, foi necessário atender aos fatos e alterações de sociedade no momento em que a Legislação estava sendo criada. Verifica-se, ainda, que nossa Legislação penal pudesse, talvez, necessitar passar a atender tais fatos e alterações, para que passe a dar uma resposta segura e eficaz à população.

O segundo ponto seria de que em 1940 o próprio legislador reconhecia que seria hipocrisia negar que um adolescente com dezesseis anos completos tivesse “*uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se prestar à lascívia de outrem*”. (GOMES, 2001)

Se, naquele contexto, justificava-se a fixação da presunção aos quatorze anos, fica a indagação sobre, hoje, com a evolução dos meios de comunicação, qual seria a idade em que essa “noção teórica” se faria presente. Isso até justificaria a redução do parâmetro legal, “*de lege ferenda*”.

O exemplo acima pode deixar nas entrelinhas a possibilidade de uma adequação de nossa Legislação vigente penal em relação à sociedade.

Nos próximos capítulos, visualizaremos a abordagem de nossa Legislação ao delito de aborto. Nosso olhar se dará sobre como tal delito é tratado em nosso Código Penal vigente, bem como as possíveis alterações que venha a sofrer

em decorrência do anteprojeto do Código Penal, que poderá vir a substituir nossas normas penais.

Os legisladores e os juristas convidados para a elaboração do anteprojeto estão buscando justamente essa adequação que discorreremos no presente capítulo. As alterações previstas para o crime de aborto acompanham a evolução e alteração das condutas sociais, porém, sua eficácia é impossível de ser calculada.

Desta forma, o capítulo seguinte dedica-se, então à análise do crime de aborto no vigente Código Penal Brasileiro.

### 3. O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Preliminarmente, para iniciarmos o estudo do aborto na vigente Legislação penal brasileira, faz-se necessário buscarmos conceituações doutrinárias acerca do tema.

Nas palavras do Mestre em Direito Penal, Cléber Masson (2013), entende-se que o *aborto é a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção*.

De acordo com Maggiori (1948), *é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez mediante a ocasião de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno* (MAGGIORE apud Masson, 2013).

Segundo nos ensina o Penalista Fernando Capez (2011), aborto é a [...] *interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção*, não se diferenciado a forma como foi realizado, se foi retirado do ventre materno ou se foi destruído e posteriormente será absorvido pelo organismo.

Estes conceitos nem mesmo diferem com precisão o momento em que o aborto realizado torna-se crime, gerando interpretações diversas e distintas se estará configurado apenas com o feto já formado, durante a fase embrionária ou até mesmo na existência de apenas o óvulo fecundado.

O jurista Bittencourt (2010) obtempera que:

para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da

morte do feto, pois somente com a concorrência desta o crime se consuma. (BITTENCOURT, 2010)

A medicina possui posicionamento pacífico ao determinar que a gravidez se inicia apenas após o óvulo fecundado. Torna-se curioso o fato de que alguns métodos anticoncepcionais admitidos no Brasil, como o DIU (dispositivo intrauterino), por exemplo, que age somente após a fecundação do óvulo, levam a pensar na possibilidade de as mulheres que se utilizam destes métodos anticoncepcionais estarem cometendo um crime, que seria um aborto.

Porém, tal raciocínio deve ser refutado, haja vista que é permitido o uso de tais meios para o controle de natalidade. Portanto, as mulheres que deles se valem, não cometem crime algum, pois estão sob o escudo do exercício regular de direito, que é causa de exclusão de ilicitude, prevista em nosso atual Código Penal.

Em relação às circunstâncias necessárias para adquirir direitos e obrigações, é necessário que o feto nasça com vida, porém, é o próprio Código Civil Brasileiro (2002) que excepciona ao explicar da seguinte maneira: *[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*

No Brasil, o nascituro não é considerado pessoa, porém, ele não é apenas considerado uma coisa qualquer, uma simples parte integrante do corpo da mulher, como qualquer outro órgão, que caso deixe de cumprir sua função, ou causar perigo de vida a gestante, deverá ser retirado de seu corpo. Este possui direito que lhe são previstos pela Legislação brasileira.

Vejamos, portanto, quais são esses direitos.

Segundo a Legislação brasileira, os nascituros possuem direitos de modalidade patrimonial e direitos da modalidade da personalidade. Assim, antes do nascimento, o nascituro não adquire direitos puramente patrimoniais, porém a lei resguarda esses direitos até o seu eventual nascimento. No tocante ao direito a personalidade, a Legislação prevê que o nascituro possua e defenda os seus direitos. É o caso dos alimentos gravídicos, que possuem como titular

do direito o próprio nascituro, pleiteando por alimentos suficientes e despesas da gestante com a gravidez e com o parto.

Desta forma, é possível dizer que a vida é o bem máximo tutelado pela Legislação, inclusive previsto na Carta Magna, do qual decorrem todos os demais direitos, e em razão disto, deve ser amplamente protegido, sendo extremamente estrito o rol de possibilidades que autorizem tirar a vida de outrem.

Destacamos que as autorizações legais para o extermínio da vida devem se revestir de caráter excepcionalíssimo, o que se dá com o aborto, com a eutanásia e com a pena capital. Deste modo, passamos a analisar a normatização do aborto no Código Penal no subcapítulo que se segue.

### 3.2. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM O SEU CONSENTIMENTO (ART. 124):

O dispositivo está assim redigido:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:  
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Ao analisarmos tal dispositivo, é necessário que façamos uma distinção e o dividamos em duas partes a fim de ter um melhor entendimento de suas duas figuras típicas que nos apresenta.

Primeiramente, o dispositivo expõe o aborto provocado pela própria gestante. Trata-se do *autoaborto*, em que a gestante efetua contra si própria o procedimento abortivo por qualquer meio capaz de assim fazê-lo, seja por

golpes de instrumentos contundentes, seja pela ingestão de remédios abortivos.

A título de conhecimento, sabemos que não se pune a tentativa de suicídio, haja vista que trata-se de autolesão. Porém, entende o Penalista Cléber Masson (2013) que, no caso de suicídio frustrado praticado pela gestante resultando o aborto, a esta será imputado o presente artigo de lei. Já o penalista Victor Eduardo Rios Gonçalves (2007) doutrina: *Em caso de tentativa de suicídio da mulher. Há tentativa de aborto? (R=) Não, pois não se pune a autolesão.*

Em um segundo momento, o artigo traz à tela o consentimento da gestante para que terceiro lhe provoque o aborto. Neste sentido, é o consentimento para o aborto. Não é praticado pela gestante, não há nenhuma das ações demonstradas acima, realizadas pela gestante em busca de uma interrupção da gravidez.

Esta situação elencada pelo nosso Código Penal é curiosa, pois neste momento está afastada a teoria monista ou unitária aplicada por ele, determinando que, ao consentir que terceiro lhe provoque aborto, a genitora responderá pelo artigo 124 do Código Penal, e o terceiro responderá pelo artigo 126 do Código Penal, que analisaremos mais à frente.

Este artigo analisado trata-se do crime de aborto cuja pena é a mais branda prevista no Código Penal. Apenas a gestante pode praticá-lo. Assim, os demais, ou terceiros, serão partícipes. É indiferente que ela própria provoque em si o aborto ou que ela consinta com a prática por terceira pessoa, como um médico. Os patamares da pena prevista para a gestantes serão os mesmos nas duas situações. Desta forma, o que a lei visa proteger, exclusivamente, é a vida do feto.

Apesar disso, tal dispositivo, conforme já citado no início do capítulo, não estipula o meio pelo qual o aborto poderá ser cometido, podendo tanto a gestante ou terceiro valer-se de meios químicos, que atuam por meio de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina etc.; ou

mesmo meios psíquicos, como um susto. Além disso, podem ser considerados os meios físicos, tanto mecânicos, como a curetagem, térmicos, como a aplicação de bolsas de água quente e fria sobre o ventre materno.

Observamos ainda que o descarte de embriões excedentários não caracterizam o delito de aborto.

Dessa forma, os embriões resultantes das fertilizações *in vitro* não utilizados transformam-se, mais cedo ou mais tarde, em lixo hospitalar. Tal posicionamento que prevalece em nosso Direito entende que o procedimento de descarte é lícito em razão dos embriões não serem considerados sujeitos de direitos e sim objetos de direitos.

Mesmo que os embriões acima citados sejam destinados a pesquisas científicas, o resultado final não se alterará, sendo os embriões da mesma forma fatalmente destruídos. Cumpre salientar que tal situação é inclusive tema de debates e polêmicas incessantes que cercam o tema do aborto, com manifestações distintas entre diversos grupos ativistas e entidades.

Muito embora muitos condenem a aludida destruição, para que se possa cogitar da existência de crime, é imprescindível que exista uma alteração legislativa, porque no Brasil, em matéria de direito penal, não há a menor possibilidade do uso de *analogia* em casos de normas penais incriminadoras.

### 3.3. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO, SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (ART. 125)

Vejamos o dispositivo:

Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:  
Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

A conduta tipificada no presente artigo se trata da forma mais gravosa dos possíveis delitos tratados como aborto. Para caracterização da conduta e tipificação do delito neste artigo, é necessário que não haja o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas. O não consentimento da gestante poderá ser classificado de duas maneiras distintas, são eles *real* ou *presumido*.

Abaixo, iremos visualizar de maneira mais profunda e clara estas duas hipóteses de dissenso da gestante, observando e levando em conta a motivação de sua classificação.

O dissenso da gestante poderá ser real quando estiver evidenciada e comprovada a fraude, violência ou/e grave ameaça. Haverá fraude quando o sujeito, ora terceiro praticante dos métodos abortivos, induzir a gestante em erro. Podemos citar como exemplo, quando um médico, sob o pretexto de realização de exames de rotina durante a gravidez, acaba por realizar o aborto.

Outra possibilidade de dissenso real é a violência no emprego de força física ou ameaça de mal grave. No tocante a ameaça, utilizaremos de exemplo uma situação corriqueira na vida de jovens que possuem uma gravidez indesejada. Torna-se comum ver namorados ameaçando de morte suas namoradas, ora gestantes, caso não decidam por realizar, seja ele qual for, o procedimento abortivo.

Os casos elencados acima demonstram a inexistência de consentimento, por parte da gestante, dos métodos abortivos, porém, ressalva-se que no que tange à possibilidade de grave ameaça, é necessário uma maior cautela para que se verifique se a gravidade da ameaça é suficiente para impedir que a gestante de optar pela continuidade de sua gravidez.

Já o dissenso presumido será invocado conforme as duas primeiras hipóteses presentes no parágrafo único do artigo 126 do Código Penal. São elas:

Caso a gestante possua menos de quatorze anos de idade ou se ela é alienada ou portadora de debilidade mental. Nestes casos, mesmo que haja um

consentimento, ainda que por escrito, da gestante, tal ato não será válido, haja vista que não poderá expressar livremente sua vontade, caracterizada pela incapacidade.

Nos casos de dissenso presumido, não há dúvida em relação ao critério etário, impossibilitando margem para interpretação. O critério etário é concreto, sendo caracterizado tão somente pela idade da gestante, estabelecendo que, não sendo maior de quatorze anos, não será válido qualquer ato de consentimento.

No que tange à alienação ou debilidade mental, faz-se necessário uma avaliação do caso concreto, necessitando de maior cautela e maior perícia das condições da gestante. Neste momento, há margem para interpretação, não havendo margem ao consentimento apenas em casos de alienação ou debilidade mental profunda ou absoluta.

Neste último caso, o consentimento da gestante será válido e, por este motivo, torna-se indispensável a realização de perícia para se aferir a gravidade da debilidade mental da gestante.

### 3.4. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO, COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (ART. 126)

Este dispositivo encontra-se redigido da seguinte forma:

Provocar aborto com o consentimento da gestante:

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. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Nesta situação, o agente provoca o aborto na gestante, porém, desta vez, há o consentimento dela para que assim o faça. Curioso e necessário explicar que

trata-se de caso que, em ocorrendo, os agentes irão ser responsabilizados por diferentes dispositivos do nosso Código Penal.

Apesar de já estar devidamente aprofundado no capítulo 3.2 desta obra, faz-se necessário reiterarmos o posicionamento do Código Penal Brasileiro na seguinte hipótese.

O sujeito que provocar o aborto na gestante, com o consentimento desta, será increpado nos termos do artigo 126 do Código Penal, ao passo que a gestante será responsabilizada pelo dispositivo do artigo 124 do Código Penal.

Trata-se, uma vez mais, da exceção à teoria unitária ou monista adotada pelo Código Penal Brasileiro presente em seu artigo 26. A teoria monista defende que, se duas ou mais pessoas praticam um crime, elas responderão pelo mesmo delito, na medida de sua culpabilidade, sejam elas coautoras ou partícipes. Desta forma, não haverá delitos diferentes para os agentes que cometem um igual crime.

A hipótese apresentada acima representa uma exceção a essa teoria de nosso ordenamento criminal, muito embora a pena mínima culminada para ambos os delitos sejam iguais. As considerações sobre o parágrafo único já foram feitas no tópico acima.

### 3.5. FORMAS MAJORADAS (ART. 127)

Eis a redação do artigo 127 do Código Penal:

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

O dispositivo penal em destaque traz as hipóteses de agravamento de pena pelo alcance de resultados mais gravosos. O agravamento em questão não abrange o crime previsto no art. 124 do Código Penal (auto-aborto ou aborto consentido), porque nosso sistema penal não pune a autolesão<sup>1</sup>.

Além disso, obviamente, o resultado mais grave, lesão corporal grave ou morte, conforme o caso, não pode ter sido querido pelo agente. Trata-se de resultado que sucede de *culpa*. O agente tem o desejo, simplesmente, de abortar e acaba, em razão de sua conduta, causando lesão corporal grave ou morte. No caso do agente, ao provocar o aborto, resolver também por querer lesionar gravemente ou matar, a gestante, ele será responsabilizado por ambos os crimes: aborto e lesão de natureza grave ou aborto e homicídio, dependendo do resultado obtido.

Cumpra observar, ainda, que esses aumentos de pena pelo resultado ocorrerão ainda que a gestante tenha havido o consentimento da gestante pela prática abortiva, porque a vida e a integridade física são bens indisponíveis.

Surge, ainda, uma questão que pode causar interesse e curiosidade, e que apresenta-se, inclusive bastante questionada em concursos da área penal. Se o agente tenta abortar, não consegue, mas acaba provocando lesões graves ou a morte da gestante. De que forma ele será responsabilizado?

Nesta situação, o agente responderá por tentativa de aborto, acrescida desta causa especial de aumento de pena. O próprio dispositivo legal é claro ao dispor que haverá aumento de pena “[...] *em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo*”. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

---

<sup>1</sup> É a aplicação do chamado *princípio da transcendência*, segundo o qual ninguém pode ser punido por ter feito um mal a si próprio. O Direito Penal somente se preocupa com o mal (ou a iminência dele) provocado a terceiros ou à coletividade. O princípio foi desenvolvido pelo alemão Claus Roxin, segundo o qual “[...] só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente –, falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal” (cf. Nilo Batista. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 91 (1990).

### 3.6. ABORTO LEGAL (ART. 128)

O aborto é crime no Brasil. Suas exceções legais são apenas duas, como se vê no artigo abaixo transcrito:

Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

À primeira vista, podemos sugerir que o legislador tenha se utilizado de uma certa ênfase quando diz que os abortos lícitos no Brasil somente poderão ser executados por médicos. Esta afirmação, entretanto, não é integralmente verdadeira e absoluta. Necessário observar que algumas situações podem ser vislumbradas de configuração do chamado estado de necessidade, que dispensariam a atuação desse profissional.

Para tal, podemos trazer à baila o exemplo de uma mulher grávida em local de difícil acesso, que não possua a presença de médicos no momento, como uma ilha ou quem sabe em alguma floresta. Nesta ilustração, esta grávida começaria a ter problemas, sentir dores e fica na iminência de perder a vida. Uma parteira do local, então realizaria então o aborto, porque, caso contrário, a morte da gestante seria inevitável. Neste caso, exigir que um médico se dirigisse ao local para salvar a gestante poderia implicar em inevitável decreto de morte.

Assim, nenhuma reprovação penal deve sofrer a gestante que consentiu com o aborto, tampouco a própria parteira, pois o estado de necessidade é causa geral de exclusão de ilicitude, com aplicação ampla no Direito Penal, mais especificamente em seu artigo 23.

Ao visualizarmos o caso de estupro, faz-se necessária a presença de um médico para a realização do procedimento abortivo. Forçoso imaginar que a

vítima de um estupro esteja em situação de emergência a ponto de descartar a figura do profissional habilitado para o procedimento. A presença do médico é demasiadamente necessária para que o aborto ocorra sem maiores riscos a saúde e a vida da gestante. Neste momento, passo a analisar cada uma das hipóteses legais.

### **3.6.1 Aborto necessário (art. 128, I)**

Também conhecido como aborto terapêutico, tal hipótese é realizada quando não existe outro meio de se salvar a vida da gestante, a não ser realizando o procedimento de interrupção de gravidez. Na hipótese de aborto necessário, o legislador foi claro ao optar por tutelar pela vida da gestante em detrimento da vida do feto. Assim o fez para a preservação do bem maior que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, qual seja, um ser que ainda não foi totalmente formado.

Importante notar que tal hipótese independe do consentimento da gestante, porque a ninguém é dado dispor da própria vida<sup>2</sup>.

Observo ainda que, caso o médico possua outro método disponível, que não seja o aborto, para tutelar pela saúde ou vida da gestante, este deverá ser o escolhido, sob pena de cometer o delito.

Outra observação faz-se necessária ser apresentada. Para a autorização do procedimento abortivo, não é suficiente que a saúde da gestante, física ou mental esteja em risco. Dever haver o risco iminente de morte da gestante.

Assim, se, em razão da gravidez, a gestante sofrer problemas físicos ou mentais incuráveis, ou qualquer outro mal que lhe comprometa, porém não apresentar risco de morte, a gestante não está autorizada a realizar o procedimento abortivo.

---

<sup>2</sup> Guilherme de Souza Nucci, *ob. cit.*, 427.

No Brasil, o médico deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, com a lavratura de ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto foi praticado.

Pode-se concluir, portanto, a rigidez com a qual a exceção é tratada no Brasil.

### **3.6.2 Aborto humanitário ou piedoso (art. 128, II)**

A segunda maneira de autorização legal para a realização de procedimento abortivo aparece nos casos de estupro. Nesta fase, a realização do procedimento necessitará de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal.

Entendo que o aborto seria admitido em decorrência da violência para a conjunção carnal. Pode ser considerado extremo o ato de sujeitar uma mulher que já sofreu o dano da violência carnal a dar continuidade à indesejada e traumatizante gravidez, mesmo porque o sistema não pode se opor às consequências imediatas e iminentes de um crime.

Observo ainda, que no Brasil, é patente a ideia de estupro a necessidade de violência ou grave ameaça<sup>3</sup>. Entretanto, também existe o crime denominado “estupro de vulnerável”, previsto no artigo 217-A do Código Penal<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Assim dispõe o artigo 213 do Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos; § 2º. Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

<sup>4</sup> Eis a redação do dispositivo: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º - revogado; § 3º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; § 4º - Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Não é exigido pela nossa Legislação que se tenha a existência de um processo criminal tramitando em face do autor do estupro para que se admita o aborto.

O parecer 135840 do Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo sugere não haver necessidade de autorização judicial, boletim de ocorrência ou exame de corpo de delito para que o médico realize o aborto. Afirma ainda que a mulher vítima de estupro que decide por realizar o aborto deve ser atendida por uma equipe de profissionais, que envolve médico, psicólogos, assistentes sociais e enfermeiros.

O referido parecer não tem força de lei e obtempera que

[...] seria absurdo incompreensível negar assistência médica a mulher que decide interromper uma gravidez decorrente de crime sexual, obrigando-a a suportar os riscos, inclusive ominosos, de um abortamento clandestino, marginal e inseguro, praticado sem as necessárias e imprescindíveis condições técnicas, em local inadequado, sem higiene, sem assistência psicológica, sem acompanhamento profissional e sem qualquer respeito à sua dignidade e à sua condição humana.

Partindo deste parecer, tem-se que exigir da gestante várias formalidades para o ato pode acabar por impedir acesso a seu direito constitucional, pois poderá optar por dar a luz a criança furto de um estupro ao invés de dar publicidade ao crime em que foi vítima.

Trata-se do processo de *revitimização*, que é matéria de muita importância abordada por estudiosos do direito e psicólogos forenses, no que tange os crimes sexuais.

### 3.7. FETOS TOTALMENTE INCOMPATÍVEIS COM A VIDA – A QUESTÃO DO FETO ANENCÉFALO

Até o momento, o presente trabalho já abordou as duas exceções existentes na Legislação penal brasileira que admitem a realização do aborto. Porém, apesar de não estar expressamente prevista em lei, é sabido da existência de algumas situações diversas em que a prática abortiva é autorizada, conseqüentemente, sem que haja sanção há a gestante ou a terceiro envolvido na prática.

Embora a Legislação não apresente brechas, demonstrando categoricamente as duas hipóteses admitidas para o aborto, muitos magistrados autorizam o procedimento, praticado por médico, nas hipóteses nas quais fiquem devidamente demonstradas a impossibilidade para a viabilidade do feto, desta maneira entendida como possibilidade de nascer vivo, ou de se manter vivo por período considerado breve.

Nestes casos, desde que totalmente incompatíveis com a vida fora do ventre materno, muitos juízes têm autorizado o aborto, mesmo que não exista previsão legal expressa. Eles se baseiam na chamada “inexigibilidade de conduta diversa”.

Nota-se que tais decisões entendem que não se pode exigir da mãe o comportamento de levar até as últimas conseqüências uma gravidez que, com toda certeza o feto morrerá durante a gestação ou logo após o seu nascimento.

O dia 12 de abril do ano de 2012 foi data marcante para o Direito Penal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal se posicionou e decidiu uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, que tinha como objetivo o reconhecimento da licitude da interrupção da gravidez em se tratando de fetos anencéfalos.

Como disse o até então advogado, e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2012), em sua sustentação oral: *“No feto anencefálico, o cérebro sequer começa a funcionar. Então não há vida em sentido técnico e jurídico. De aborto não se trata”*. (ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio)

A Suprema Corte Brasileira, em decisão de 08 votos favoráveis e 02 votos contrários - o *Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido, por já ter se manifestado a favor do aborto quando era Advogado Geral da União* - decidiu pela possibilidade e admissão do aborto de fetos anencefálicos, independentemente do mês da gravidez.

O relator da ADPF 54, Ministro Marco Aurélio Mello, posicionou de maneira favorável ao aborto do feto anencéfalo, defendendo a tese de que tal feto não goza de proteção estatal, pois não há a possibilidade de se tornar pessoa. (ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio)

Nas palavras do Ministro relator, temos que:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida. (ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio)

O voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio foi acompanhado pelos Ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Celso de Mello. O Min. Luiz Fux (2012) foi enfático ao afirmar que:

[...] Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente a possibilidade de haver consciência [...] Impedir a interrupção da gravidez sob a ameaça penal equivale à tortura. (ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio)

Os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski foram responsáveis pelos votos contrários à admissão do aborto em caso de feto anencéfalo. Para Peluso (2012) permitir o aborto de fetos anencefálicos é o mesmo que se permitir o cometimento de um crime. Ele afirmou:

Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo. (ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio)

Em relação ao voto proferido pelo Ministro Lewandowski, este apresentou aspectos formais e técnicos, afirmando que não cabe ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, usurpar-se das funções do Poder Legislativo, indicando que, este sim, deveria manifestar-se acerca das admissões legais de aborto.

A decisão proferida pelo Supremo possui caráter vinculante geral. Esta decisão vale para todos os casos de anencefalia existentes no país, ao passo que o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1989, de 10 de maio de 2012. Segundo a referida Resolução, a interrupção da gravidez do feto anencéfalo será realizada pelo médico, independente de autorização judicial. A doença deverá ser diagnosticada até a 12ª semana de gestação e o laudo deverá ser assinado por dois médicos capacitados.

Constatada a anencefalia, a gestante será informada e, a ela caberá decidir se deseja interromper a gravidez ou se pretende mantê-la. Caso decida pela interrupção, caberá novamente à gestante, decidir se deseja interrompê-la imediatamente ou se pretende adiá-la para outro momento.

Em todas as situações, a gestante contará com o apoio e o acompanhamento de um grupo multiprofissional. Ainda de acordo com a Resolução, deverá ser lavrado “ata de antecipação terapêutica do parto”, na qual deverá constar o consentimento da gestante ou de seu representante legal. Por fim, a mulher deve ser informada dos riscos de recorrência de anencefalia.

Nesta fase, passo a analisar o aborto na redação do anteprojeto do Código Penal.

## 4. O ABORTO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o projeto legislativo para um novo Código Penal no Brasil. Caso este projeto seja aceito, código vigente será integralmente revogado, sendo substituído por uma completamente nova versão.

No dia 18 de junho de 2012, a contestada comissão de juristas designada para apresentar o texto do anteprojeto do novo Código Penal (*conforme requerimento 756 de 2011 do senador Pedro Taques*) entregou à Presidência do Senado Federal o relatório final dos trabalhos, contendo o histórico dos trabalhos; o anteprojeto em si do novo Código Penal; bem como a motivação e fundamentação para as mudanças previstas.

No tocante ao delito de aborto, caso o projeto seja aprovado, assim se apresentará a Legislação:

**Aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento:**

Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.

Pena de prisão de seis meses a dois anos.

**Aborto consensual provocado por terceiro:**

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

Pena de prisão de seis meses a dois anos.

**Aborto provocado por terceiro:**

Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante:

Pena de prisão de quatro a dez anos.

§ 1º Aumenta-se a pena de 1 a 2/3 se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má-formação do feto sobrevivente.

§ 2º A pena é aumentada na metade, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

**Exclusão do crime**

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos;

IV – se por vontade da gestante até a 12<sup>a</sup> semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

No caso de aprovação do texto do projeto, ficam latentes algumas mudanças significativas. Primeiramente, verifica-se que as penas estabelecidas no texto, no caso de aborto provocado pela própria gestante ou por terceiro, de forma consentida ou não, receberá um tratamento significativamente mais brando.

No tocante à gestante, sua pena no Código penal de 1940 é de 01 a 03 anos, e passará para 06 meses a 02 anos de prisão. Quanto ao terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante, a pena atual é de 01 a 04 anos, e passará a ser de 06 meses a 02 anos. Assim, verifica-se o texto legal punirá a conduta de terceiro na mesma medida em que pune a conduta da gestante.

Entretanto, tratando de aborto praticado por terceiro e sem o consentimento da gestante, previsto no art. 126, a pena mínima prevista no projeto será majorada. As penas passarão de 03 a 10 anos para 04 a 10 anos de prisão.

No parágrafo 1º do artigo citado acima, a lei preverá um aumento de pena relativo à má-formação do feto sobrevivente ao procedimento abortivo. Tal aumento está atrelado à modalidade tentado do crime. Caso o delito de aborto não se consuma, não ocorra a interrupção de gravidez, e o feto nasça com deformidades relativas desta conduta criminosa, será aplicado o aumento de pena referido, variável de um a dois terços da pena.

Em relação aos aumentos de pena referentes às lesões de natureza grave à gestante, este será alterado de um terço no que diz respeito à atual redação, caindo para metade, conforme se vê na redação do anteprojeto.

Todavia, se em decorrência do aborto a gestante vier a óbito, o aumento de pena será mantido na mesma quantidade pela redação do anteprojeto, chegando até o dobro.

O grande destaque nas alterações previstas para o crime de aborto no anteprojeto fica, sem dúvida alguma, para as suas hipóteses de exclusão deste crime. Neste momento, vislumbramos as maiores polêmicas e os maiores campos de discussão.

Nos termos da redação do anteprojeto, observamos as seguintes hipóteses apresentadas. (a) risco à vida ou à saúde da gestante; (b) violação da dignidade sexual; (c) emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; (d) anencefalia ou outras anomalias graves e incuráveis, que inviabilizem a vida extrauterina; (e) vontade da gestante, até a 12ª semana de gestação, quando o médico ou psicólogo verificar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

A proposta ainda explana que, em todos os casos, salvo no risco à vida, será necessário o consentimento da gestante para a admissão do aborto. Caso a gestante seja menor de dezoito anos, for incapaz ou não estiver em condições de consentir com o procedimento abortivo, esta responsabilidade será dada ao seu representante legal, cônjuge ou companheiro.

Neste momento, passamos a aprofundar em cada uma das excludentes do crime prevista na redação do anteprojeto.

#### **a) Risco à vida ou à saúde da gestante**

A possibilidade de se realizar o procedimento abortivo em caso de risco à vida da gestante já está normatizada no atual código penal, conforme já destacamos no capítulo anterior, porém, vislumbramos que na redação do

anteprojeto está evidentemente redigida de forma mais incisiva: “*se não há outro meio de salvar a vida da gestante*”.

Trata-se do mais claro exemplo de estado de necessidade. O legislador optou por tutelar a vida da gestante em detrimento da vida do feto. Pode-se dizer que a decisão da lei é coerente na medida em que opta por zelar pela vida de um ser humano nascido vivo, ainda que contra a vontade deste.

Nesta fase, não há opção no que diz respeito ao médico, pois, ainda que a gestante manifeste intensamente sua vontade de salvar a vida de seu filho, não poderá o profissional assim agir, sob pena de responsabilidade criminal, mais especificamente, ao delito de homicídio doloso. Diz o art. 13, par. 2º, do Código Penal:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

Trata-se da figura do agente garantidor.

Observo, ademais, que o anteprojeto, de certa forma, corrige a falha do atual Código Penal no que toca à prática de aborto por médico. De acordo com uma interpretação simplesmente literal do art. 128 do atual CP, quando houver risco à vida da gestante, o aborto deve ser realizado por médico. Entretanto, não se pode ignorar que, muitas vezes, não existe essa possibilidade, como no caso de existir urgência para o aborto e não haver médico por perto. Nestes casos, é óbvio que aquele que realizar o aborto não responderá pelo crime, mesmo não sendo médico, porque agiu em estado de necessidade.

O doutrinador Nucci (2012) estabelece que:

Se a enfermeira ou qualquer outra pessoa assim agir, poderá ser absolvida por estado de necessidade ou até mesmo por inexigibilidade de conduta diversa, conforme o caso. (NUCCI, 2012)

A redação do anteprojeto não exige, nas hipóteses de risco a vida ou a saúde da gestante, que o procedimento seja realizado exclusivamente por médico. Porém, faz-se necessário imaginarmos que é de bom grado que apenas o médico realize o procedimento abortivo, haja vista que somente tal profissional teria condições de julgar o quadro da gestante, concluindo que não há opção de outros meios, há não ser o aborto. (NUCCI, 2012, p. 662) De todo modo, se em situações excepcionais não houver a presença do médico e se tornar impossível aguardá-lo, nada impedirá que qualquer pessoa realize o procedimento de aborto.

Outra importante questão, neste momento de cunho inovador, diz respeito à possibilidade de aborto no caso de risco a saúde da gestante. A redação não indicou se apenas a saúde física da gestante será tutelada, abrindo margem e ampliando o entendimento para a tutela também da saúde mental.

Tal entendimento, por se tratar de tema recente, ainda não foi amplamente discutido e não possui um posicionamento claro dos juristas, razão pela qual é necessário aguardar para acompanhar qual será o posicionamento entendido pelos Tribunais.

#### **b. Violação da dignidade sexual**

O vigente Código Penal no Brasil é enfático ao determinar o aborto apenas nos casos de estupro. Anteriormente à entrada em vigor da Lei Federal 12.015, de 07 de agosto de 2009, o conceito legal de estupro era desta maneira entendido.

Antes da alteração, estupro era apenas a conjunção carnal, assim entendido exclusivamente como o “[...] coito vaginal, a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, ocorrendo ou não ejaculação” (FÜHRER, 2009,

p. 159). Após a entrada em vigor da referida lei acima, o estupro passou a configurar qualquer ato de natureza sexual.

Assim, todo e qualquer ato sexual indesejado, obtido através de violência, grave ameaça ou meio que impeça a livre manifestação de vontade que resulte em gravidez, faz-se autorizado o procedimento abortivo.

### **c. Emprego não consentido de técnica de reprodução assistida**

Trata-se das hipóteses presentes na fecundação artificial. Para a autorização do aborto, a lei não exige que a fecundação artificial seja com o sêmem do marido e óvulo da mulher ou sêmem de terceiro, chamados de fecundação artificial homóloga e heteróloga, respectivamente.

O código civil, em seu artigo 1.597, estabelece a presunção de paternidade nos casos de: (a) fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inc. III); (b) em casos de embriões excedentários, desde que a concepção artificial também seja homóloga (inc. IV); (c) inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido.

Desta forma, observamos que, mesmo que o sêmem seja do marido, caso não haja o consentimento ou concordância da gestante, o aborto será autorizado.

### **d. Anencefalia ou outras graves e incuráveis anomalias, incompatíveis com a vida extrauterina**

Trata-se de caso de exclusão de crime, já amparada através de jurisprudência e decisão de STF e, se aprovado o texto do anteprojeto, passará a ter previsão legal, e será estabelecida sua normatização no Código Penal Brasileiro.

A Legislação brasileira passou a admitir o aborto no caso de fetos com anencefalia, e também passou a admitir o aborto em outras hipóteses de doenças incuráveis e que são incompatíveis com a vida extrauterina.

Destacamos que a Legislação não nomeia as doenças que são equiparadas a anencefalia, mas podemos citar a síndrome de *body-stalk* e a *síndrome de potter*.

Observo ainda, que com o novo texto, continua não podendo haver abusos. A vida é suficiente, não importando o grau de capacidade de viver. Para a configuração do próprio delito de homicídio, não importam a raça, o sexo, a nacionalidade, a condição ou o valor social da vítima.

Ora, se a vida humana deve ser protegida de qualquer modo, deve ser estendida esta proteção às crianças nascidas e também àquelas que se encontram em gestação. Ao admitirmos que haja o aborto nos casos de deformidades, nada impede que no futuro a *eugenia*<sup>5</sup> – aprimoramento da raça humana – volte a imperar em nossa sociedade, permitindo-se aos pais que escolham qual o tipo físico da criança que desejam ter<sup>6</sup>.

**e. Vontade da gestante, até a 12ª semana de gravidez, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade**

Neste momento, o legislador levou em conta a saúde mental da gestante, até porque a proteção à saúde física da gestante está abrangida pela primeira exceção. Assim, se a gestante não nutrir condições psicológicas de arcar com

---

<sup>5</sup> **Eugenia** é um termo criado em 1883 por Francis Galton, significando "bem nascido". Galton definiu *eugenia* como o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente

<sup>6</sup> Guilherme de Souza Nucci, 429.

a gravidez, poderá ocorrer o aborto, desde que seja nas primeiras doze semanas de gestação e haja um atestado médico ou psicológico.

Observo que, neste momento, seria interessante imaginar que devesse haver a anuência do genitor para a ocorrência da prática abortiva. Vislumbro que, embora a gestante não se ache em condições psicológicas de enfrentar a gravidez, o genitor poderá exercer este papel.

Para todos os efeitos, o atestado médico ou psicológico é exigido para se conferir a seriedade do dano emocional. Para que o aborto seja admitido, deverá ser evidenciado não apenas qualquer abalo psíquico, mas sim uma condição emocional que impeça completamente a gravidez.

Neste momento, encerro a análise do anteprojeto do código penal e passo a desenvolver as considerações finais pertinentes a esta obra.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma mudança na legislação penal é sempre bem vinda, conforme já discuti nos capítulos desta obra. Já ficou evidente que o código penal brasileiro necessita com urgência de atualizações e adequações no sentido do comportamento social.

O que se torna impossível precisar, é o quanto essas mudanças previstas serão aplicáveis de forma objetiva e clara no cotidiano brasileiro. Será que são essas mudanças que resolveram a matéria acerca do aborto no Brasil?

Esses questionamentos certamente só serão esclarecidos após muito tempo de vigência da provável futura legislação penal, e só assim, poderemos confirmar a sua eficácia.

Apesar das mudanças previstas e estudadas neste trabalho estarem apenas no anteprojeto, ainda distantes de se tornarem realidade, já vem sofrendo inúmeras críticas negativas e positivas dos mais variados posicionamentos. A título de conhecimento, cito pelo menos um posicionamento favorável e contrário a alguma das mudanças previstas.

Destaco que há um posicionamento impulsionado por órgãos de apoio à mulheres que tem se mantido apoiando veementemente as alterações por entender que darão maior liberdade para que as gestantes possam decidir sobre o futuro de sua gestação.

Revelam ainda que o aumento das admissões de aborto não aumentaria os casos de interrupção de gravidez, que já ocorrem em grande quantidade de forma irregular, causando riscos à saúde das gestantes. Tais admissões apenas possibilitariam que essas gestantes tivessem acesso a um procedimento abortivo com segurança.

Já o posicionamento desfavorável destacado, ataca diretamente a possibilidade e admissão do procedimento abortivo nos casos de fetos que possuem enfermidades ou deformidades graves.

Para esses críticos, tal admissão está evidentemente buscando um aprimoramento da raça humana, demonstrando a falta de aceitação de fetos com deficiências ou anomalias.

Os mais radicais desta ala, entendem que tal admissão estaria, sorrateiramente, seguindo os passos traçados por Adolf Hitler, que buscava este aprimoramento da raça humana, perseguindo e matando milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, por entender que eram raças inferiores ou desprivilegiadas.

Conforme destaquei acima, os posicionamentos têm sido diversos e constantes acima de um tema tão abrangente e instigante para a sociedade de maneira geral.

Persisto e finalizo dizendo que a única maneira de verificarmos a eficácia das alterações mencionadas será aguardarmos pelos dias em que serão aplicadas e concluímos se estará adequada a sociedade em que vivemos ou se uma nova alteração será novamente bem vinda.

## BIBLIOGRAFIA

ADPF 54-8/DF STF Plenário – Procurador Geral da República – Claudio Fonteles – 20/10/2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, ano. 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto Lei 2848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942.

COGAN, Arthur, *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - resolução 1989, de 10 de maio de 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA do estado de São Paulo, Parecer 135840.

FUHRER, Maximiliano Cláudio Américo; FUHRER, Maximilianus Roberto Ernesto. *Resumo de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FUHRER, Maximiliano Cláudio Américo; FUHRER, Maximilianus Roberto Ernesto. *Resumo de Direito Penal - Parte Especial*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF). <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/04/11/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf/>. Acesso em: 11abr. 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Sinopses Jurídicas; v. 8)

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MASSON, Cléber, *Direito Penal Esquematizado*. vol. 3: Parte Especial, art. 213 a 359. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

SENADO FEDERAL. Relatório final. *Anteprojeto de novo Código Penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/projeto.pdf>>. Acesso em 08 out. 2012.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.