



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

**VIVIANE IZAIAS DA SILVA**

**ABORTO LEGAL NO BRASIL**

**Assis/SP  
2022**



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

**VIVIANE IZAIAS DA SILVA**

## **ABORTO LEGAL NO BRASIL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a):** Viviane Izaias da Silva

**Orientador(a):** Prof.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Lenise Antunes Dias

**Assis/SP  
2022**

## FICHA CATALOGRÁFICA

D111a SILVA, Viviane Izaias da.

**Aborto Legal no Brasil** / Viviane Izaias da Silva – Assis, SP:  
FEMA, 2022.

52 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Fundação  
Educativa do Município de Assis – FEMA, curso de Direito, Assis,  
2022.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Lenise Antunes Dias.

1. Aborto Legal. 2. Direito das Mulheres.

CDD 363.460981

Biblioteca da FEMA

# ABORTO LEGAL NO BRASIL

VIVIANE IZAIAS DA SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

**Orientador:**

---

Prof.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Lenise Antunes Dias

**Examinador:**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elizete Mello da Silva

Assis/SP  
2022

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus e à minha família, pois, foram essenciais para que eu conseguisse concluir essa monografia com êxito.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pela minha vida, e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização desse trabalho. Foi ele que esteve comigo nos momentos de angústia, com muita fé em momentos que o medo surgia, me dando forças, me encorajando e me fortalecendo para continuar a lutar pelos meus sonhos.

Aos meus ídolos, minhas maiores inspirações: meu pai João e minha mãe Fátima, que ofereceram apoio e carinho nessa fase decisiva da vida acadêmica, que estiveram me apoiando em todos os momentos, me proporcionando a tranquilidade e o conforto que tanto precisava para vencer. É por vocês que eu sigo em frente todos os dias, vocês são meus exemplos e pretendo retribuir da melhor forma possível esse carinho e amor incondicional que sempre recebi.

Agradeço também, os meus irmãos que tanto amo e estimo, Angélica, João Marcos e Mônica e todos os familiares que estiveram presentes durante todo esse tempo.

Ao meu namorado Lucas, por toda compreensão e carinho, que sempre esteve me apoiando e me incentivando a persistir até o final, por todos os dias dessa longa jornada, acompanhando com calma para que eu pudesse concluir as tarefas até aqui. Me lembrando por vários momentos do meu potencial e a capacidade de conquistar os meus objetivos. Obrigada, sou grata por tudo!

Em especial, eu agradeço a minha Orientadora Lenise Antunes Dias e minha Coorientadora Elizete Mello da Silva, detentoras de imensurável saber. Obrigada por toda dedicação, disposição e carinho a mim direcionados na realização deste trabalho. Cada uma de vocês, tiveram uma participação fundamental para a realização do mesmo. Minha eterna gratidão as duas, tenho uma admiração muito grande por vocês.

Por fim, agradeço por todo incentivo que recebi durante esse período, para que esse sonho se tornasse realidade.

Uma vida sem desafios não vale a pena ser  
vívuda.

**Sócrates.**

## RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso busca oferecer uma análise geral sobre o Aborto na legislação brasileira, partindo dos aspectos históricos, até as condutas tipificadas como criminosas no Código Penal, agregado o direito que as mulheres possuem em realizar o aborto nas exceções expressas na legislação: quando a gestação é decorrente de estupro, quando não há outro meio de salvar a vida da mulher e com base em uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2012, nos casos de anencefalia. Não tem o objetivo de defender se o aborto deve ser legalizado ou não. Logo, é abordado o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida, mas o enfoque gira em torno das dificuldades que as mulheres encontram para realizarem um aborto legal seguro, devido à falta de informação, julgamentos morais e religiosos e despreparo dos profissionais de saúde. Nesses casos, é dever do Estado em prestar o auxílio necessário para amparar aquelas mulheres que legalmente têm o direito a abortar.

**Palavras-chave: Aborto Legal; Direito das Mulheres.**

## **ABSTRACT**

The course conclusion monograph offers a general analysis of Abortion in Brazilian legislation, starting from historical aspects, such as the conduct typified as criminal in the Brazilian Penal Code, added to the right they have to perform abortion in the exceptions expressed in Brazilian legislation. pregnancy is the result of rape, when there is no other way to save the woman's life and based on a decision handed down by the Federal Supreme Court in 2012, in cases of anencephaly. It is not intended to defend whether abortion should be legalized or not. Soon insured is the religious person of the people, the principle of the union of information rights for women, due to the lack, of realization of the information rights of people, due to the lack, of the realization of the parents' life of the information. health. In these cases, it is the duty of the State to provide the necessary assistance to support those women who legally have the right to have an abortion.

**Keywords: Legal Abortion; Women's Right.**

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ART. - Artigo

CEM - Código de Ética Médica

CP - Código Penal

CF - Constituição Federal

MPF - Ministério Público Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2. CAPÍTULO.....</b>	<b>14</b>
2.1 Precedentes Históricos do Aborto.....	14
2.2 O Aborto no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	17
2.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
2.4 Direito a Vida.....	22
<b>3. CAPÍTULO.....</b>	<b>25</b>
3.1 Conceito e Tipificação do Crime de Aborto.....	25
3.1.1 Conceito Doutrinário do Aborto.....	25
3.1.2 Conceito Legal.....	27
3.2 Objetivo do Legislador.....	27
3.3 Sujeitos do Delito.....	28
3.3.1 Sujeito Ativo.....	28
3.3.2 Sujeitos Passivo.....	30
3.4 Tipo Subjetivo.....	31
3.5 Consumação e Tentativa.....	31
3.6 Formas Qualificadas.....	32
<b>4. CAPÍTULO.....</b>	<b>34</b>
4.1 Aborto Legal No Brasil.....	34
4.1.1 Aborto Necessário ou Terapêutico.....	34
4.1.2 Aborto Sentimental, Humanitário ou Ético.....	36
4.1.3 Aborto em Caso de Anencefalia.....	39
4.2 O Aborto Legal e o Direito á Saúde da Mulher.....	41
4.3 Caso da menina de 11 anos.....	46
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>6. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>49</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico, tem por escopo realizar um estudo acerca do Aborto na legislação Brasileira, com base em pesquisas bibliográficas, que auxiliaram a elucidar conhecimentos sobre o tema abordado.

Inicialmente, foi feita uma explanação a respeito dos precedentes históricos do aborto, do qual nem sempre foi considerado crime, tanto que, era comum acontecer entre os povos gregos e hebreus. Com o passar do tempo, a sociedade foi evoluindo e modificando a forma de agir e pensar e a prática do aborto começou a ser vista de uma forma diferente.

Na legislação no Brasil, o aborto passou a figurar como um delito a partir de 1830 no Código Criminal do Império. Entretanto, o Código Penal de 1940 tipificou a prática do mesmo como crime contra a vida e foram implementados os permissivos legais para a interrupção da gravidez, que atualmente estão previstos nos artigos 124 á 128.

Além disso, foram apontados o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida, ambos expressos na Constituição Federal, do qual possuem conflitos de interesses quando refere-se ao tema descrito, devendo ser valorados segundo situações específicas.

Posteriormente, foi abordado a tipificação do crime de aborto no CP, logo, o aborto pode ser definido como a interrupção da gravidez com a destruição da concepção, ou seja, gerando a morte do feto que se encontrava em formação até o início do parto, não havendo a necessidade de fato da expulsão do feto do útero materno.

A expressão Aborto tem origem do latim “Abortus” e traduz a ideia de privar o nascimento, já que “Ab” significa à privação e “ortus” o nascimento. Além disso, deriva da palavra (Aboriri), que significa separar do lugar adequado, ou seja, se refere a ideia da interrupção da gravidez, com a expulsão ou não do feto, resultando na morte do nascituro.

Na sequência, foram explanados também, quem o legislador pretende proteger com a punição desse delito, os sujeitos ativos e passivos que o compõe, o tipo subjetivo, a consumação, a tentativa e as formas qualificadas do crime.

Por fim, no último capítulo, foram elencados as excludentes de ilicitude relacionadas ao abortamento, previsto no mesmo Código, no artigo 128, inciso I e II, que tem amparo legal quando a gestação apresenta risco à vida da gestante ou quando é resultante de violência sexual, que estando em conformidade com os requisitos exigidos, poderá deixar de ser

punido. O Supremo Tribunal Federal decidiu por ampliar essa permissividade também nos casos de anencefalia, com base em uma decisão proferida no ano de 2012. É importante apontar que nesses casos em que a prática é permitida, não envolvem a liberdade de escolha da mãe, mas sim uma causa expressiva e externa.

Assim, diante das situações permissivas apresentadas no início do capítulo terceiro, também foi discutido o direito a saúde da mulher, pois, mesmo sendo expressamente excluído a punibilidade nesses casos em que as mulheres atendem a esses critérios, elas encontram muitos obstáculos para realizar o procedimento, seja pelos fatores morais e religiosos dos profissionais de saúde ou pela própria precarização do Sistema Único de Saúde, prejudicando assim, os direitos a elas previstos, do qual deveriam ser respeitados e garantidos.

## 2. CAPÍTULO

### 2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ABORTO

A prática do aborto, nem sempre foi tida como um ato criminoso, tal qual verificamos atualmente e era muito natural acontecer entre os povos hebreus e gregos.

Na Grécia, os abortos eram frequentes. O filósofo Aristóteles admitia a prática quando o número de nascimentos excedesse o limite determinado para o índice demográfico da cidade. (LEITE, 2002)

Roma, não fazia menção ao aborto, pois esse povo considerava que o produto da concepção fazia parte do próprio corpo da mulher, do qual não se reconhecia ser um indivíduo autônomo, assim, a mulher que praticava o ato não fazia mal a outra pessoa, ao não ser ela mesma. Desta forma, ilustra Capez em sua obra, reforçando o fato apontado:

“A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo.” (CAPEZ, 2021, p. 73)

Tempos depois, a sociedade foi evoluindo e modificando a forma de agir e pensar, tanto que a prática do aborto começou a ser vista de uma forma diferente.

Conforme aponta Capez, o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido em relação ao filho, tendo essa prática punida, pois, embora a mulher tivesse liberdade, estava subordinada à vontade do seu cônjuge. (CAPEZ, 2021, p. 73)

Isso acontecia devido ao fato do pai argumentar que não queria ser privado do direito de um filho que julgava ser seu. O homem possuía o poder absoluto, por conta das civilizações serem patriarcais e as mulheres eram consideradas propriedades de seus maridos, assim, esse ato era punido devido a um interesse político, pois havia a necessidade de um herdeiro para a sucessão do poder.

Entretanto, devido à influência do Cristianismo a prática do aborto passou a ser efetivamente rejeitada no âmbito social. Sob influência da ideologia cristã, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio alteraram o antigo direito, passando a comparar o aborto criminoso ao delito de homicídio. (CAPEZ, 2021, p. 73)

Na mesma linha, o período do Cristianismo, conferiu ao homem uma nova valorização da vida, levando os povos a ter uma visão diferente do aborto, em razão da prática monstruosa, passando assim, a incriminar tal ato.

A partir da Idade Média, as práticas abortivas passaram a se tornar objeto de divergência entre os teólogos e eles disputaram em torno da incriminação do aborto. O teólogo Santo Agostinho, um dos maiores pensadores dos primeiros séculos do Cristianismo, baseado-se na doutrina de Aristóteles, defendia que o aborto só era considerado crime quando o feto já tivesse recebido alma, ou seja, um feto animado, da qual só se constituía após o embrião estar completamente formado, o que se presumia ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, dependendo ainda de seu sexo, se masculino ou feminino. (PRADO, 2021, p. 104)

Os fetos animados eram aqueles que recebiam a alma a partir dos 40 ou 80 dias após a concepção, antes disso o feto era considerado inanimado e isso implicava a punição, pois o aborto do feto animado era comparado ao homicídio, já o do feto inanimado era punido de forma menos rígida. (PRADO, 2021, p. 104)

De outro lado, o teólogo São Basílio, não admitia nenhuma distinção sobre o feto possuir ou não a alma (feto animado e inanimado), pois, para ele o aborto provocado era sempre um ato criminoso, pois acreditava que se a pessoa destrói um feto propositalmente, independentemente se o feto esteja formado ou não, incorre nas penas de assassinato. Atualmente, não mais é feita a distinção entre feto animado e inanimado, seguindo-se do princípio de que desde a concepção já existe vida.

Assim vejamos, de acordo com os dizeres de Prado:

“Na Idade Média, divergiram os teólogos acerca da incriminação das práticas abortivas (feticídio). Para Santo Agostinho – com lastro na doutrina aristotélica –, o aborto tão somente era delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino. Já São Basílio (374 d.C.) afirmava que o aborto provocado era sempre criminoso, não havendo porque corroborar a distinção entre feto animado (foetus animatus) e inanimado (foetus inanimatus).” (PRADO, 2021, p. 104)

Desta forma, os religiosos passaram a considerar a existência de indivíduos perfeitamente formados, e por isso dotados de alma, seguindo o pensamento de Tomás de Aquino. Ainda que avanços tecnológicos demonstraram que os embriões só adquirem forma humana, semanas depois da gestação, a Igreja Católica manteve a posição e equiparava o aborto com o homicídio, em qualquer fase da gravidez.

Assim, em relação a influência da religião ao aborto, aponta Capez:

“[...] É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais.” (CAPEZ, 2021, p. 73)

Ainda nesse ponto, para a Igreja Católica “O aborto provocado é a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento” (IGREJA CATÓLICA, 1995, n. 58).

Desta maneira, frisa que:

“A gravidade moral do aborto provocado aparece em toda a sua verdade, quando se reconhece que se trata de um homicídio e, particularmente, quando se consideram as circunstâncias específicas que o qualificam. A pessoa eliminada é um ser humano que começa a desabrochar para a vida, isto é, o que de mais inocente, em absoluto, se possa imaginar: nunca poderia ser considerado um agressor, menos ainda um injusto agressor! É frágil, inerte, e numa medida tal que o deixa privado inclusive daquela forma mínima de defesa constituída pela força suplicante dos gemidos e do choro do recém-nascido. Está totalmente entregue à proteção e aos cuidados daquela que o traz no seio. E todavia, às vezes, é precisamente ela, a mãe, quem decide e pede a sua eliminação, ou até a provoca.

É verdade que, muitas vezes, a opção de abortar reveste para a mãe um carácter dramático e doloroso: a decisão de se desfazer do fruto concebido não é tomada por razões puramente egoístas ou de comodidade, mas porque se quereriam salvaguardar alguns bens importantes como a própria saúde ou um nível de vida digno para os outros membros da família. Às vezes, temem-se para o nascituro condições de existência tais que levam a pensar que seria melhor para ele não nascer. Mas estas e outras razões semelhantes, por mais graves e dramáticas que sejam, nunca podem justificar a supressão deliberada de um ser humano inocente.” (IGREJA CATÓLICA, 1995, n. 58).

Portanto, nota-se que o Cristianismo sempre se opôs ao aborto, chegando a dar mais valor à vida do nascituro do que à da mãe. Passou-se a proteger o feto desde o

momento da sua concepção, pois acreditava-se que este já possuía uma alma e já tinha a proteção divina, sendo necessário preservar o direito a vida desde os primeiros instantes.

## 2.2 O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A prática do aborto nem sempre foi condenada juridicamente no ordenamento jurídico brasileiro, não estando prevista na legislação. Em um primeiro momento, quando o Brasil era colônia de Portugal, a prática do aborto era condenada por interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, buscando atender aos dogmas morais da Igreja Católica e à colonização do território pelo Estado português. (EMMERICK, 2008, p. 54)

Uma legislação específica no Brasil, que incluía o delito de aborto, passou a figurar somente a partir de 1830 no Código Criminal do Império, introduzido no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Destaca-se, que esse Código não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas era sancionado a conduta praticada por terceiro, independente do consentimento dela.

Assim, aponta Capez:

“No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela.” (CAPEZ, 2021, p. 73)

O fornecimento de meios abortivos também eram incriminados, mesmo quando não concretizado o aborto. A legislação de 1830 trazia a seguinte redação:

“Art. 199. Occasionar, aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.  
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.  
Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.  
Penas - dobradas.  
Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.  
Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.  
Se este crime fôr commettido por médico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.  
Penas – dobradas [sic]” (BRASIL, Código Criminal do Império, 1830)

Posteriormente, o aborto foi tipificado no Código Penal Republicano de 1890, que pela primeira vez, introduziu a punição para a mãe que cometesse ou consentisse com a prática do ato, sendo denominado auto-aborto. Esse delito tinha sua pena atenuada se a finalidade da gestante fosse esconder desonra própria. Além disso, cabe ressaltar que esse Código foi o primeiro a indicar a hipótese de aborto legal quando necessário para salvar a vida da gestante.

As condutas estão expressas nos artigos 300 à 302, onde percebe-se que o bem jurídico tutelado não era mais somente a segurança da pessoa ou a vida do feto, mas também a honra da mulher, não tendo ainda como foco a vida do feto. Nesse sentido, pontua Prado em sua obra:

“De seu turno, o Código Penal de 1890 fazia a distinção entre o aborto com e sem expulsão do feto, cominando àquele, pena mais grave. Eram as penas igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher. O autoaborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com o fim de ocultar desonra própria.

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

No primeiro caso: – pena de prisão celllular por dous a seis annos.

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

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

Pena – de prisão celllular de seis a vinte e quatro annos.

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

Penas – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação”.

O aborto consensual era previsto pelo artigo 301, caput, que assim dispunha:

“Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prissão celllular por um a cinco annos.” (PRADO, 2021, p. 105)

Por fim, o Código Penal de 1940 tipificou a prática do aborto como crime contra a vida e foram implementados os permissivos legais para a interrupção da gravidez, que atualmente vigoram da seguinte forma: aborto provocado, aborto sofrido, aborto consentido, forma qualificada do aborto e aborto necessário, previstos nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 respectivamente. No primeiro, a própria mulher assume a responsabilidade pelo ato; no segundo, a gestante não deseja a interrupção do ciclo da gravidez, o aborto acontece sem o seu consentimento através de atos praticados por terceiros; no terceiro, a gestante não provoca o aborto, mas consente que um terceiro o realize; em penúltimo temos as forma qualificada da qual admite uma punição mais

severa, e por último são consideradas as exceções a criminalização do aborto. Conforme apontado abaixo:

“Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento  
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:  
 Pena - detenção, de um a três anos.  
 Aborto provocado por terceiro  
 Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:  
 Pena - reclusão, de três a dez anos.  
 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:  
 Pena - reclusão, de um a quatro anos.  
 Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência  
 Forma qualificada  
 Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.  
 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:  
 Aborto necessário  
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro  
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (PLANALTO, 1940)

Por fim, com base no contexto histórico apresentado, a conduta do aborto foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1830, mas sempre esteve presente na história da humanidade, ainda quando não fosse positivado, levando-se em considerações questões morais, religiosas e posteriormente tutelando a proteção à gestante e à vida do feto. Nos dias de hoje, o aborto ainda é um tema fortemente discutido, pois, algumas pessoas entendem que deveria haver a legalização total de tal ato, devido ao reconhecimento dos direitos da mulher referentes à sexualidade, enquanto para outros a prática é totalmente reprovável, devendo possuir uma punição severa já que priorizam o direito à vida intrauterina e do nascituro.

## 2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em primeiro momento é importante ressaltar que a convivência dos seres humanos em sociedade, ao longo dos anos, fez com que fossem criadas formas de organização

com o objetivo de garantir a ordem e o equilíbrio da sociedade. Assim, surgiram Estados, regras, normas e direitos, criados conforme as relações evoluíam e se tornavam mais complexas.

Os princípios não nasceram prontos, eles foram evoluindo conforme a sociedade e funcionam como um alicerce da norma, são a base de onde se extrai o norte a ser seguido por um ordenamento jurídico ou onde se encontra a sustentação em caso de lacunas para a sua aplicação.

Nos dizeres de Barroso, é destacado o seguinte:

“Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.” (BARROSO, 2009, p.157)

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana está contemplada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos essenciais do ordenamento jurídico brasileiro, consistindo em grande importância para todos, já que esse princípio atribui garantias e direitos da vida digna ao homem, pelo simples fato de nascer humano. Assim vejamos:

“Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (Constituição Federal de 1988).

A Segunda Guerra Mundial foi um dos momentos históricos que agregou a concepção de dignidade, devido as inúmeras barbáries cometidas nesse período. Em razão disso, passou-se a ter a dignidade como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Mas, é importante apontar que a noção de dignidade humana, desde a Constituição de 1934 já estava incorporada no constitucionalismo brasileiro. (PEREIRA, 2020)

Esse princípio não é só um reconhecimento do valor do homem em relação a liberdade que ele possui, mas também de que o próprio Estado se constrói com base nele, pois em essência, a Constituição, é o limite do poder estatal em face dos indivíduos e o exercício da democracia, devendo ser usadas com base nas decisões que o estado toma, levando em conta os interesses, juntamente o bem-estar dos cidadãos.

A conceituação desse princípio é bem dificultoso, mas não são poucos os doutrinadores e autores que definiram as importantes considerações sobre ele. Explica Maihofer que:

“A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.” (MAIHOFFER APUD TAVARES, 2020, p. 453)

Na visão de Moraes, há as seguintes considerações:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. [...] A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: honestere vivere (viver honestamente), alterum non laedere (não prejudique ninguém) e suum cuique tribuere (dê a cada um o que lhe é devido).” (MORAES, 2021, p. 47)

Desta forma, a dignidade do ser humano é imprescindível perante o ordenamento jurídico, tornando-se assim um dos seus pilares, sendo reconhecido como um princípio

fundamental, pois assegura ao ser humano o respeito pela vida, a integridade física e moral, com condições mínimas para viver perante as situações da sociedade como um ser humano pleno e o colocando como principal agente de transformação do seu meio e desta forma, do mundo.

Deste modo, a criminalização do aborto seria uma forma de violação da dignidade da mulher, retirando seu direito de escolha, de não ser obrigada a manter uma gravidez indesejada, restringindo sua autonomia para exercer seus direitos à igualdade, à vida, à integridade física, moral e psíquica. De outro lado, o Estado tem o dever de proteger os interesses da sociedade, principalmente os interesses daqueles que não podem se proteger por conta própria, assim, também afronta-se à dignidade da vida intrauterina, da qual será abordada mais adiante.

Portanto, quando se refere ao tema aborto, há um conflito de interesses, dos quais são valorados segundo cada situação específica.

## 2.4 DIREITO A VIDA

O Direito a vida, é o bem mais relevante de todo o ser humano, cuja titularidade lhes pertence independentemente de cor, crença religiosa, convicção política, etc, protegido pela Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 5º, do qual aponta que todos os Brasileiros e estrangeiros que residem no País, tenham esse direito garantido, desde o nascer ao morrer, sendo pois criminalizado o aborto, para proteger a vida do feto.

Sobre o que diz ao início da vida, aponta Prado:

“Biologicamente, porém, o começo da vida é marcado pela concepção ou fecundação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo feminino e o espermatozoide masculino se unem. Não obstante, o início da vida humana como limite mínimo de sua proteção jurídica é fixado pela nidação, isto é, com a implantação do embrião na parede do útero, quatorze dias após a fecundação. Até então não é possível se falar em gravidez. Isso não implica alteração na realidade das manifestações biológicas: “Estas são apenas valoradas pelo Direito em função da consecução de seus próprios fins. Ou seja, aos dados biológicos são adicionados outros – entre os quais a oportunidade – que determinam no momento atual a noção normativa do começo da vida humana” (PRADO, 2021, p. 109)

Sobretudo, o direito a vida deve ser levado em conta, com direito de existir de forma digna, com condições mínimas para sobrevivência, além da integridade física e moral, constituindo assim, a base dos direitos fundamentais de outros direitos igualmente assegurados, conforme expresso abaixo:

“Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Constituição Federal de 1988).

Branco, aponta em seu livro de Direito Constitucional a importância desse direito perante nossa constituição:

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostas na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.” (BRANCO, 2010, p. 441).

Assim, esse direito vale para qualquer ser humano e apesar de ser pressuposto significativo para o exercício dos demais direitos, ele não possui caráter absoluto. Isso porque quando possui conflito com outros princípios de peso relativamente maior, poderá sofrer delimitações no seu domínio de proteção.

Moraes pontua que:

“A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando

os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.” (MORAES, 2021, p. 88)

A respeito, há uma decisão Supremo Tribunal Federal que aponta: “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.” (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000).

Portanto, a autorização do aborto nas hipóteses legais no Brasil, é umas dessas situações em que o ordenamento jurídico permite relativizar o direito à vida, decorrentes de previsão legal e de decisão do Supremo que serão abordadas mais adiante.

### 3. CAPÍTULO

#### 3.1 CONCEITO E TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ABORTO

##### 3.1.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO DO ABORTO

O aborto pode ser definido como a interrupção da gravidez com a destruição da concepção, ou seja, gerando a morte do feto que se encontrava em formação até o início do parto (ovo, até três semanas, embrião, até 3 meses e feto, a partir dos 3 meses), não havendo a necessidade de fato da expulsão do feto do útero materno. Depois disso se avistam as figuras típicas do homicídio ou do infanticídio.

O professor e jurista Capez conceitua o aborto sendo:

“Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião(3 primeiros meses), ou feto(a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.” (CAPEZ, 2021, p. 73)

Enfatizando sobre o conceito, leciona o Doutrinador Teles:

“Aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, é o processo de formação do ser humano, que termina com o início do parto. A gravidez pode ser interrompida antes de chegar a termo naturalmente ou por provocação cirúrgica sem que ocorra a morte do ser humano em formação – parto cesariano. Quando a gravidez é interrompida, disso resultando a morte do feto, há aborto ou abortamento.” (TELES, 2004, p. 171)

Por fim, complementando a conceituação, há o apontamento do jurista Nucci, elucidando sobre o fato:

“Aborto é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião (de abortus, ou seja, parto sem nascimento, cuida-se de palavra latina, que expressa a ação e o efeito da interrupção do processo reprodutivo da espécie, vale dizer, da gestação, antes do término normal, com consequências eliminatórias, cf. Bernaldo de Quirós, Derecho penal – parte especial, p. 83).” (NUCCI, 2021, p. 582)

Do ponto de vista jurídico, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, não fazendo apontamento na legislação. Já em relação ao ponto de vista médico, com base no conselho regional de medicina o aborto é conceituado como a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, quando o feto mede até 16,5 cm.

Esse fato pode acontecer de forma natural ou espontâneo, ocorrendo geralmente nos casos oriundos de causas patológicas da gestante; acidental, em decorrência de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques; ou até mesmo criminosa, decorrendo de uma conduta provocada, direta ou indireta que leva a interrupção do processo gestacional, mediante a realizações de cirurgias, uso de medicamentos e até mesmo por outros meios clandestinos ao qual a mulher se submete; e por fim o aborto legal, que são os casos da interrupção da gravidez, permitidos e amparados em lei. Assim, complementa Nucci:

“O aborto natural é quando a interrupção da gravidez origina-se de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime); Aborto acidental: é a cessação da gravidez por causas exteriores e traumáticas, como queda e choque (não há crime); Aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião; Aborto permitido ou legal: é a cessão da gestação com a morte do feto ou embrião, admitida em lei.” (NUCCI, 2009, p. 635).

A expressão Aborto tem origem do latim “Abortus” e traduz a ideia de privar o nascimento, já que “Ab” significa à privação e “ortus” o nascimento. Além disso, deriva da palavra (Aboriri), significa separar do lugar adequado, ou seja, se refere a ideia da interrupção da gravidez, com a expulsão ou não do feto, resultando na morte do nascituro.

Nascituro é entendido como aquele que nascerá, que foi gerado no ventre materno, mas não nasceu ainda.

### 3.1.2 CONCEITO LEGAL

O Direito Penal brasileiro, como regra, pune a prática do aborto, admitindo-a apenas em três situações excepcionais: perigo à vida da gestante; gravidez resultante de estupro; inviabilidade do feto por anencefalia. O Crime de Aborto está enquadrado no Código Penal, nos artigos descritos abaixo:

“Artigo 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos”.

“Artigo 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos”.

“Artigo 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”.

### 3.2 OBJETIVO DO LEGISLADOR

A objetividade jurídica tutelada pelo legislador é a proteção da vida humana intrauterina, sendo o direito à vida do feto e também é protegido o direito à vida e à integridade física e psíquica da própria gestante, principalmente quando o aborto é praticado sem o seu consentimento.

Em relação a proteção que se dá ao direito a vida humana intrauterina, já foi alvo de intensos debates, mas não em relação ao conceito do nascituro, mas sim, no âmbito jurídico em relação ao surgimento da sua personalidade jurídica, pois, de acordo com o Código Civil, o ser humano adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida e assim põe salvo os direitos e obrigações do nascituro, sendo um atributo indispensável

para se tornar um sujeito de direitos, mas isso foi algo resolvido com as legislações que adotaram a teoria da concepção, do qual o legislador põe salvo os direitos inerentes à personalidade do nascituro desde a sua concepção e desta maneira, a prática de atos contra o nascituro que visam causar mal a seus direitos poderá ter reflexos e consequências no âmbito do Direito Penal.

Artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Seguindo o mesmo raciocínio, Filho e Araújo expõe:

“A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele.” (PAMPLONA FILHO e ARAÚJO 2007, p. 33-48)

Portanto, entende-se que o nascituro tem seus direitos assegurados desde a concepção.

### 3.3 SUJEITOS DO DELITO

#### 3.3.1 SUJEITO ATIVO

Temos 4 formas distintas de aborto criminosos, das quais duas delas estão contempladas no artigo 124 do Código Penal:

- **Autoaborto** está transcrito na primeira parte do artigo e aponta que é o comportamento de provocar o aborto em si mesma, ou seja, a própria gestante realiza o meio delitivo para a consumação do ato desejado.
- **Aborto consentido** está transcrito na segunda parte do artigo e remete que não é a gestante que realiza o ato, mas é ela que concorda que o terceiro

provoque o ato abortivo. Nesse aspecto, é importante ressaltar que somente pode consentir a gestante que se encontre em pleno gozo das suas faculdades mentais e que seja maior de 14 anos de idade.

Esses comportamentos do autoaborto só podem ser praticados pela gestante, pois trata-se de crime de mão própria. E são próprias justamente pelo fato do legislador exigir uma condição especial no sujeito ativo, sendo essa condição o fato de ser gestante.

Todavia, admite-se o concurso de pessoas que se estabeleça na modalidade da participação de terceiros, quando não consiste em atos de execução, ou seja, o terceiro pratica a colaboração de natureza moral; induz, instiga ou presta auxílio material, assim ele também pode ter seu comportamento capturado no artigo 124 do Código Penal, porque se por ventura ele praticar qualquer ato de execução na provocação do aborto, ele será responsabilizado pelo artigo 126 do mesmo Código, que é próprio para terceiros que ajuda a gestante a concretizar o delito mediante aos atos de execução.

Já as outras duas formas, estão previstas nos artigos 125 e 126 do Código Penal, respectivamente:

- **Aborto sem o consentimento da gestante** ocorre nas hipóteses em que o terceiro pratica atos que são capazes de interromper a gravidez e não há efetivamente qualquer autorização ou ciência por parte da gestante, razão pela qual a pena é mais severa.
- **Aborto com o consentimento da gestante** refere-se a infração penal que pune quem realiza a manobra abortiva contando com a prévia autorização e o consentimento da grávida, do qual deve ser válido, pela gestante capaz e de forma pessoal. Ressaltando, que há a necessidade que esse consentimento pendure por todo o tempo das manobras abortivas, pois, se por ventura o terceiro iniciou o ato e a gestante solicita que o mesmo interrompa, o consentimento dela foi revogado e a partir daí, se o terceiro continuar praticando o ato, ele modificará a capitulação do comportamento e o crime a partir desse momento, passa a ser praticado sem o consentimento dela.

Em ambas as formas previstas, o crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não tendo nenhuma exigência ou configuração própria para que a pessoa figure o sujeito ativo.

Assim, com base nesses apontamentos, Prado (2021, p.108) expõe em sua obra, que “o sujeito ativo do crime de autoaborto (art. 124, CP) é a própria mãe – mulher grávida (delito especial próprio). Nas demais hipóteses – aborto consentido e não consentido – sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (delito comum)”.

### 3.3.2 SUJEITO PASSIVO

Costuma-se afirmar que o sujeito passivo do crime de aborto é o produto da concepção, do qual é praticamente unânime essa interpretação pela doutrina, mas a questão é discutida. Desta forma, Prado aponta:

“Sujeito passivo vem a ser o titular do bem jurídico lesionado ou posto em perigo – a vida do ser humano em formação – do concebido (óvulo fecundado/embrião/feto), titular do bem jurídico vida dependente. Resguarda-se a vida intrauterina, de modo que o produto da concepção vem a ser protegido nas várias etapas do seu desenvolvimento. Caso sejam vários os fetos, a morte dada a eles conduz ao concurso de delitos.

É, pois, o nascituro o portador do bem jurídico vida humana dependente. A mãe tão somente figura como sujeito passivo do delito quando se atente também contra a sua liberdade (aborto não consentido) ou contra a sua vida ou integridade pessoal (aborto qualificado pelo resultado), como bens jurídicos mediatos.

Nos demais casos (autoaborto/aborto consentido/aborto consensual), porém, não é a mulher, a um só tempo, sujeito ativo e passivo, pois não há crime na autolesão.

A comunidade ou o Estado não são sujeitos passivos do delito de aborto, como postula parte da doutrina.

[...]

Logo, não se justifica por que no aborto pudesse haver um interesse maior capaz de outorgar ao Estado ou à comunidade sua titularidade.”  
PRADO (2021, p.108)

Dando seqüência ao fato apontado, há quem diga que o sujeito passivo seria o Estado e a comunidade nacional, pois esses sustentam que o feto não é titular do bem jurídico. Porém, ainda que essa questão sirva de argumentos para contestar o feto como sujeito do crime, o próprio Código Civil, põe salvo os direitos do nascituro e dentro dessa proteção é que se sustenta a grande parte da doutrina de termos adotado a teoria concepcionista para termos de aquisição dessa personalidade jurídica, referindo-se a lei, evidentemente, à vida do feto. Assim, pode-se dizer que a própria lei define ser sujeito passivo do crime o produto da concepção.

E por fim, no aborto praticado sem o consentimento da gestante, a infração penal tem duplo sujeito passivo, sendo a gestante pois ela não possui o consentimento do ato praticado e o produto da concepção, conforme mencionado acima.

### 3.4 TIPO SUBJETIVO

O elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo, seja ele direto, indireto ou eventual, devido a gestante e o terceiro agir com a intenção de praticar a conduta criminosa, sendo que em todas as modalidades é praticado exclusivamente na forma dolosa, assumindo o risco da prática delitiva, e no consentimento, a gestante possui a vontade de consentir.

Além dessa vontade mencionada acima, há a necessidade que o agente tenha a ciência do estado de gravidez da vítima, pois, esse conhecimento compõe o dolo.

Em relação ao terceiro que age culposamente, Capez expõe: “A conduta do terceiro que, culposamente, dá causa ao aborto, dirá com o delito de lesão corporal culposa, em que a vítima será a gestante.” (CAPEZ, 2021, p. 75)

Desta forma, não há punição para o aborto culposo, pois esse comportamento não caracteriza o crime. Assim, se por negligência, imprudência ou imperícia a gestante der causa ao aborto, a conduta é atípica, pois não se pune a autolesão.

### 3.5 CONSUNTAÇÃO E TENTATIVA

A consumação se efetiva com a conjunção da interrupção da gravidez e a morte do produto da concepção, independentemente se morreu do lado de dentro ou de fora do ventre materno, sendo desnecessária sua expulsão, conforme os dizeres do ilustre Capez:

“Consuma-se com a interrupção da gravidez e conseqüente morte (cerebral) do feto. A ação física deve ser realizada contra a vida humana intrauterina, podendo a consumação do delito realizar-se após a

expulsão do feto das entranhas maternas, ou seja, nada impede que após o emprego de manobra abortiva o feto seja expelido pela mãe ainda vivo, vindo, no entanto, a falecer posteriormente. Ressalte-se que a expulsão do feto é irrelevante para a consumação do crime, pois a medicina aponta diversos casos em que o feto morto não é expelido das entranhas maternas, mantendo-se no organismo da gestante.” (CAPEZ, 2021, p. 75)

“A comprovação da materialidade do crime de aborto pressupõe demonstração de que a mulher estava grávida. Essa prova normalmente é pericial – exames no corpo da mulher ou nos próprios restos fetais.” (GONÇALVES, 2021, p. 76)

Na gravidez de gêmeos ou trigêmeos para cada feto é uma gravidez, então, se consegue interromper a gravidez e apenas um dos fetos morre e os outros continuam vivos, vai haver um aborto consumado e os demais se enquadrará como tentativa, porque houve a manobra abortiva, mas não foi o suficiente para atingir todos eles.

Assim, por se tratar de um crime material, a tentativa é perfeitamente admissível. Isso ocorre quando são realizadas as manobras abortivas e por circunstâncias alheias a vontade do agente, não consegue efetivação na interrupção da gravidez ou ainda quando, apesar das manobras ou meios utilizados, o feto nasce prematuro mas mantém-se vivo.

Se por ventura, depois de expelido o feto sobrevivente, havendo viabilidade de vida e exista outro comportamento que lhe tire a mesma, haverá tentativa de aborto e homicídio. Tentativa, porque o feto não morre pelo ato do aborto e homicídio porque morreu um ser que tinha vida extrauterina viável, em decorrência do segundo comportamento praticado.

### 3.6 FORMAS QUALIFICADAS

São dois resultados que constituem em causas especiais que aumentam a pena no crime de aborto e por serem mais lesivos, servem para tomar maior gravidade as penas previstas para ele:

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

Por expressa disposição legal, essas majorantes (a morte e as lesões corporais de natureza grave em relação a gestante) só são aplicáveis ao terceiro que realiza o aborto com ou sem o consentimento da gestante, ou seja, aos artigos 125 e 126 do mesmo Código, excluindo, portanto, o autoaborto e o aborto consentido, uma vez que o Ordenamento Jurídico não pune aquele que se mata ou aquele que pretende se auto lesionar.

Esses resultados são hipóteses de preterdolo, ou seja, quando há o dolo para praticar o delito abortivo, mas não há a intenção de matar a gestante ou causar alguma lesão mais grave, mas acaba causando um desses resultados, assim será realizado a análise do mesmo, conforme as majorantes.

Complementa Gonçalves que:

“Não obstante o artigo 127 do Código Penal contenha hipóteses preterdolosas, é possível que o aumento seja aplicado quando o aborto não se consuma, mas a gestante sofre lesão grave ou morre. É evidente que não se trata de situação corriqueira, porém ela é possível. Com efeito, se for realizado ato abortivo na fase final da gestação e a gestante falecer em decorrência da manobra, mas o feto for expelido com vida e sobreviver, o crime de aborto considera-se tentado e a majorante será aplicada em razão da morte da mãe. Em tal hipótese, deverá, ao final, ser aplicado o redutor referente à forma tentada do delito de aborto.” (GONÇALVES, 2021, p. 77)

“Deve-se salientar, por fim, que, se alguém realiza uma manobra abortiva e, com isso, provoca culposamente a morte da gestante, mas, posteriormente, é produzida prova de que o feto já estava morto por causas naturais, há de se reconhecer crime impossível em relação ao delito de aborto, de modo que o agente só poderá ser punido por crime de homicídio culposo.” (GONÇALVES, 2021, p. 77)

Conclui-se assim esse pensamento a respeito dos tópicos acima em relação ao aborto, do qual será dada continuidade nas hipóteses de aborto legal no Brasil mais adiante.

## 4. CAPÍTULO

### 4.1 ABORTO LEGAL NO BRASIL

#### 4.1.1 ABORTO NECESSÁRIO OU TERAPÊUTICO

Como visto anteriormente, o crime de aborto está tipificado no Código Penal Brasileiro e o agente é penalizado pela prática do mesmo de acordo com as situações apresentadas nos artigos 124 a 127. Entretanto, o mesmo Código, em seu artigo 128, inciso I e II, estabeleceu excludentes de ilicitude relacionadas ao abortamento, dando o amparo legal em determinados casos, que estando em conformidade com os requisitos exigidos, poderá deixar de ser punido. O Supremo Tribunal Federal decidiu por ampliar essa permissividade também nos casos de anencefalia, com base em uma decisão proferida no ano de 2012. É importante apontar que nesses casos em que a prática é permitida, não envolvem a livre escolha da mãe, mas sim uma causa expressiva e externa. Fora dessas situações, o procedimento continua sendo proibido.

Desta forma, é apontado o artigo 128 do Código Penal:

“Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:  
Aborto necessário  
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;  
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro  
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (Código Penal, 1940)

Assim, a primeira hipótese elencada no artigo 128, é denominado como aborto necessário ou terapêutico, tendo em vista quando a gestante se encontra em risco e não há outra forma de salvar a vida dela, devendo o médico decidir sobre o estado de necessidade, onde deve haver a constatação de que a mulher está correndo perigo de vida, mas não há a exigência de que o perigo seja atual, sendo considerado também se a gravidez apresentar risco futuro a mãe.

É possível verificar, que neste caso existem dois bens jurídicos; a vida, sendo a da gestante e a do feto. Assim, o legislador optou em preservar o bem maior, que neste caso seria a vida da mãe, diante do sacrifício de um ser que ainda não está plenamente formado, pretendendo proteger a vida de um ser, em vez de arriscar severamente a de dois.

É importante apontar, que não é necessário que tenha uma concordância por parte da gestante ou de um representante legal para que a prática do aborto seja praticado nessa hipótese mencionada, podendo o médico intervir a vontade deles, se presentes e comprovados os riscos, caso seguisse com a gravidez.

Desta forma, reforçando os fatos apresentados, o jurista Capez frisa em sua obra:

“Aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I)

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado.

[...] Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do nosocômio onde o aborto foi praticado.

É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.” (CAPEZ, 2021, p. 79)

Por fim, a excludente da ilicitude em relação ao crime de aborto somente abrange a conduta praticada pelo médico, que está expressa no artigo e tem a liberdade para efetuar o aborto. Entretanto, se o aborto é praticado por pessoa não habilitada legalmente, ou seja, por uma enfermeira ou parteira e se apontado que existia um perigo atual para a vida mulher, estando ela prestes a morrer em decorrência de complicações da gestação, as mesmas poderão praticar o ato, sem que haja punição, conforme previsão do artigo 24 do Código Penal, da qual estão acobertadas pela excludente do estado de necessidade de terceiro, conforme aponta Capez:

“Sujeito ativo. Enfermeira ou parteira: a excludente da ilicitude em estudo do crime de aborto somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, a enfermeira, ou parteira, não responderá pelo delito em questão se praticar o aborto por força do art. 24 do Código Penal (estado de necessidade, no caso, de terceiro); no entanto, nesse caso, exige-se que o prosseguimento da gravidez acarrete perigo atual e inamovível, pois se o perigo não for atual, a conduta será criminosa, tendo em vista que o inciso I do art. 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante.” (CAPEZ, 2021, p. 79)

Portanto, é importante ressaltar que para ser amparado com a excludente do estado de necessidade de terceiro é necessário que o perigo seja atual, pois caso contrário, a conduta será criminosa.

#### 4.1.2 ABORTO SENTIMENTAL, HUMANITÁRIO OU ÉTICO

Dando sequência, o segundo inciso do artigo 128 do CP, contempla o aborto sentimental, também denominado como ético ou humanitário. Trata-se do aborto que também deve ser realizado por médico, nos casos em que a gravidez é resultante de um crime de estupro, de uma gravidez não desejada, decorrente de ato sexual forçado.

Primeiramente, é importante demonstrar o que seria o crime de estupro comum, previsto no artigo 213 do CP, do qual será apontado de acordo com os ensinamentos do autor Capez:

“De acordo com o art. 213 do CP, constitui crime de estupro a ação de 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”.

O dispositivo legal abarcou diversas situações que não se enquadrariam na acepção originária do crime de estupro, o qual sempre tutelou a liberdade sexual da mulher, consistente no direito de não ser compelida a manter conjunção carnal com outrem. Portanto, a nota característica do delito em exame sempre foi o constrangimento da mulher à conjunção carnal, representada pela introdução forçada do órgão genital masculino na cavidade vaginal.

[...]

Constranger significa forçar, compelir, coagir alguém a: (i) ter conjunção carnal; ou (ii) praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Os meios executórios são a violência física e a grave ameaça. O fato pode ser praticado por ação (regra) ou omissão (quando o sujeito possuir o dever jurídico de agir – art. 13, § 2º, do CP; por exemplo, o carcereiro que permanece inerte diante da prática de crimes sexuais de um detento contra seu companheiro de cela).

(i) Conjunção carnal: é a cópula vagínica, ou seja, a penetração efetiva do membro viril na vagina.

(ii) Ato libidinoso: compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.” (CAPEZ, 2022, p. 26)

Além do estupro elencado no artigo 213 do CP, será apontado o estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do CP, que também é abarcada pela excludente de ilicitude do aborto. Assim menciona Capez em sua obra:

“O estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura “estupro de vulnerável”. Seu teor é o seguinte: “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 (Vetado.) § 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”.

[...]

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual.” (CAPEZ, 2022, p. 40)

Assim, é notório o quanto esse crime é estremante brutal as vítimas. As mulheres que sofrem estupro, passam por um trauma severo e além de serem submetidas a atividades sexuais forçadas, essa situação pode ocasionar sérios danos psicológicos, causar lesões físicas, adquirir doenças sexualmente transmissíveis ou gerar uma gravidez não desejada, além de correr risco de não receber o atendimento e o respeito a que tem direito por lei.

Tendo em vista estes fatores, o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho advindo de uma violência sexual, caso seja contra a vontade dela. Desta maneira, para

evitar o prolongamento do trauma sofrido e a lembrança de um ato de crueldade, algumas mulheres optam por abortar e isso deve ser legalmente amparado conforme aponta a legislação brasileira, devendo ser enquadrada na excludente de ilicitude do referido artigo apontado acima.

Seguindo este mesmo raciocínio, Nucci (2021, p. 107) afirma em sua obra que em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião, do qual são dois valores fundamentais, mas é melhor preservar aquele já existente.

Para a realização do procedimento, até como forma de não causar ainda mais sofrimento à gestante em decorrência do ato de violência do qual ela foi vítima, a legislação não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime. A palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade, bastando que o médico se convença através de prova idônea do atentado sexual, com exames que tenha feito na vítima, boletim de ocorrência, a narrativa da gestante, o período de gestação, depoimentos de testemunhas, que leve a indícios de veracidade dessa narrativa.

Além disso, diferente do aborto necessário ou terapêutico, para que o ato não seja considerado crime, é obrigatório que haja a concordância da gestante ou quando incapaz, de seu representante legal.

Já no que tange em relação a conduta da enfermeira ou parteira, Capez faz a seguinte observação:

“Sujeito ativo. Enfermeira: se a autora for enfermeira, esta responderá pelo delito, pois a lei faz referência expressa à qualidade do sujeito que deve ser favorecido: médico. É o posicionamento adotado por Damásio E. de Jesus<sup>120</sup>. Cezar Roberto Bitencourt adota em parte esse entendimento, pois sustenta que, apesar de a conduta da enfermeira se revestir do caráter de tipicidade e antijuridicidade, ou seja, não ser abrangida pela causa excludente da ilicitude em estudo, pode estar presente no caso uma causa excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa<sup>121</sup>, ou seja, dentro das circunstâncias concretas não havia como se exigir outra conduta da enfermeira que não a realização do aborto na gestante. Partícipe. Enfermeira: se ela auxilia o médico na realização do aborto humanitário, não há crime, uma vez que a conduta daquele não constitui fato típico e ilícito.” (CAPEZ, 2022, p. 40)

Assim, como nessa modalidade de aborto não há situação de emergência, se o procedimento não for realizado por médico e for praticado pela própria gestante, por enfermeira ou qualquer outro indivíduo, estará configurado o crime de aborto, não havendo exclusão da ilicitude, ainda que a gestante prove ter sido vítima de estupro.

#### 4.1.3 ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA

Antes de tratar sobre a terceira hipótese que não é objeto do crime de aborto, por uma decisão proferida em 2012 pelo STF, faz-se necessário conceituar o que é anencefalia. Assim, determina o jurista Gonçalves:

“A anencefalia consiste na malformação do tubo neural, a caracterizar-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante o desenvolvimento embrionário. Em seu diagnóstico, é necessária a constatação da ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo, além da presença de um tronco cerebral rudimentar ou, ainda, a inexistência parcial ou total do crânio.” (GONÇALVES, 2021, p.78)

Em outras palavras, o feto é anencefálico quando há ausência parcial do encéfalo, impossibilitando por completo a vida do produto da concepção, tornando a vida extrauterina inviável.

Reforçando esse conceito, o autor Capez, afirma:

“Não é configurado o crime de aborto neste caso, pois não existe possibilidade de vida viável. A anencefalia é caracterizada pela má formação do tubo neural, estando ausentes, portanto, o encéfalo e a calota craniana, que como consequência leva à morte do recém-nascido, em razão da absoluta impossibilidade de vida independente. Nesses casos, inexistente atividade cerebral e a patologia em questão é considerada letal pela Medicina.” (CAPEZ) 2021, p. 80)

Logo, é possível observar mais uma vez a proteção abarcada em relação a gestante, elucidando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sendo assim, reconhecido o direito de realizar o abortamento, devendo a mãe não ser obrigada a manter uma gravidez de produto inviável à vida, pois, o prosseguimento da gestação, abala a saúde física dela, além de causar sofrimento psíquico. Por esta razão é entendido

extremamente desnecessário e brutal a mãe seguir com a gestação de um filho incapaz de sobreviver fora do útero, caso seja a opção dela.

A decisão deve ser da mulher, sem juízo de valor, sem imposição de nenhuma atitude que possa influenciar sua decisão, mas é importante destacar que é necessário que seja provado através de profissionais habilitados que essa vida não vingará, do qual poderá ser detectada na maioria das vezes através das consultas de pré-natal, através de exames de ultrassom.

Sobre a possibilidade de interromper a gravidez, aponta Bittencourt:

“Apenas se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a – além da perda irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.” (BITTENCOURT, 2012, p. 192)

Desta maneira, é possível verificar que essa hipótese busca a proteção da gestante levando em consideração, os riscos que poderia causar na vida da gestante e seguindo esse mesmo princípio, o STF em 2012 julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), número 54, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, permitindo assim a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, caso seja a vontade da mãe e declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual se decidiu que não há crime contra a vida, quando há a interrupção da gravidez de feto anencefálico.

Nos dizeres do Ministro relator Aurélio: “(...) manter-se a gestação resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”. (AURÉLIO APUD PRADO, 2021, p. 453)

Portanto, é importante apontar, que para a realização do procedimento, não é necessário a prévia autorização judicial, basta o diagnóstico efetuado por um profissional habilitado.

## 4.2 O ABORTO LEGAL E O DIREITO À SAÚDE DA MULHER

Existem inúmeras razões que levam as mulheres a provocar o aborto ou vá em busca de alguém para que possa ajudá-la a concretizar a sua vontade, sendo elevado o número de mulheres que morrem em decorrência da realização de tais atos em clínicas clandestinas ou até mesmo em suas próprias casas, locais estes que não possuem condições apropriadas para a realização do procedimento, nem supervisão médica adequada.

Uma situação apresentada em relação ao que pode levar a mulher a praticar o abortamento, mas nesse caso não é amparado por lei, são as mulheres jovens, menores de idade, que nem sempre tomam as devidas precauções e prevenções e para não seguir com a gestação precoce, acabam se submetendo a situações perigosas e muitas vezes sem buscar informações confidenciais, realizam o ato.

Outro fator que pode ser levado em consideração são as mulheres que conseguem um serviço e logo na sequência são pegadas de “surpresa” por uma gestação inesperada e pelo medo de ficarem desempregadas, abortam com facilidade, para que seja suprido esse momento inconveniente.

Nesse mesmo tocante, (Vieira, 2014) expõe que “as razões econômicas também é um fator que influencia muito na decisão das mulheres, sendo que em vários casos, uma gravidez não planejada pode se tornar indesejável, pois uma família pode não estar preparada para arcar com os encargos que uma nova criança pode trazer”.

Logo, é evidente que vários são os motivos e esses são apenas exemplificativos, já que aqui a questão não é discutir se esses casos estão corretos ou não, e nem mesmo ser contra ou a favor da legalização ou não do aborto, mas sim que, embora ele seja ilegal no Brasil, há as exceções expressas e são essas que serão feitas as indagações.

Assim, diante das situações permissivas apresentadas no início do capítulo terceiro, ocorre que, mesmo sendo expressamente excluído a punibilidade nesses casos em que as mulheres atendem a esses critérios, elas encontram muitos obstáculos para realizar o procedimento, seja pelos fatores morais e religiosos dos profissionais de saúde, que influenciam no funcionamento das instituições e no comportamento dos profissionais, ou pela própria precarização do Sistema Único de Saúde (SUS) que apresenta colapsado

diante das inúmeras demandas e escassos investimentos, prejudicando assim, os direitos a elas previstos, do qual deveriam ser respeitados e garantidos.

Conforme destaca Senapeschi, em um artigo publicado em 2021, nos casos previstos em lei, ainda há muitas falhas que acabam prejudicando o direito que as mulheres possuem:

“Nos casos previstos em lei, o Ministério da Saúde deve assegurar o acesso aos serviços de aborto legal, todavia, existem infindáveis falhas na atenção integral à saúde da mulher vítima de violência sexual e na atenção humanizada ao abortamento. Essas falhas produzem barreiras e dificultam o acesso universal, integral e equânime das mulheres ao aborto legal, seguro e gratuito no SUS.

Até a atualidade, o acesso a esses serviços ocorre em meio a uma série de obstáculos para a maioria das brasileiras e é uma das expressões das injustiças sociais no país. Não são raras as ocasiões em que veículos de imprensa nacionais noticiam casos de mulheres que enfrentam longo percurso entre os serviços de saúde e a Justiça para obtenção do atendimento. Ao final do percurso, nem sempre o atendimento é realizado. Nos casos de gravidez indesejada e forçada decorrente da violência sexual, com base em relatos abundantes de visibilidade nacional, muitas vezes as autoridades envolvidas conduzem o processo de modo a inviabilizar a interrupção da gravidez, postergando o atendimento até que a gestação atinja idade avançada para o procedimento.” (SENAPESCHI, 2021, p. 208,209)

No que diz respeito a moralidade e religiosidade, Conceição, nos mostra que isso não elenca apenas os profissionais de saúde, mas sim a sociedade. Mesmo em casos de extrema necessidade, que seria as hipóteses protegidas pelo ordenamento jurídico e pelo STF, se a mulher opta em seguir com a interrupção da gravidez, ela sofre extremamente com isso, pois além da decisão ser muito difícil, ela tem que lidar com julgamentos diversos, muitas vezes tirando a própria honra dela, devido ao fato cometido:

“Ademais, perpetua-se o moralismo de séculos atrás ao vincular a imagem da mulher que engravida sem ter um relacionamento, como namoro ou casamento, com alguém que não tem princípios, que não tem valor e que não merece ser sujeito de direitos. Apesar de um absurdo, essa linha de raciocínio ainda vive em muitos brasileiros e oprime mulheres.

[...]

A Constituição da República determina que o Brasil é um Estado laico, ou seja, que não está vinculado a nenhuma religião e nem pode ter relações de dependência ou aliança. Todavia, não somente na questão do aborto, resta clara a interferência dessas crenças na atividade legislativa do país. Ao privar a mulher das suas escolhas, o embasamento sempre se refere a valores relacionados a Deus, Jesus, Bíblia e outras máximas religiosas.” (CONCEIÇÃO, 2021)

É importante apontar, que em alguns casos os médicos podem escusar-se de realizá-lo com base na alegação de objeção de consciência, pois o Código de Ética Médica (CEM), determina casos em que o indivíduo por alguma convicção, seja por liberdade de pensamento, crença, pode recusa-se, conforme apontado abaixo:

“Capítulo I: Princípios fundamentais.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009)

Porém, ainda que os profissionais de saúde tenham inegavelmente um direito à objeção consciente na prática do aborto legal, há limites a serem considerados, pois a recusa de consciência não será aceita, caso não tenha outro médico que o faça, se houver risco de morte ou se a omissão do atendimento puder causar danos a mulher. Ainda assim, isso pode ser tornar uma barreira para o atendimento das mulheres, uma vez que há dependência dos serviços públicos para a interrupção segura da gestação e, em muitas cidades, existe somente um serviço disponível.

Portanto, com base em todos os apontamentos, é nítido que abortar não é uma decisão fácil, mas é necessário para muitas mulheres, logo, esse fenômeno é um grave problema de saúde pública, pois se as mulheres não se sentirem seguras para realizar esses procedimentos em ambientes que são apropriados, as mesmas iram atrás do realizar a prática abortiva em locais clandestinos, em condições insalubres, o que coloca em risco ainda mais a saúde e a vida das mesmas, conforme aponta Maia:

“Os dados do Sistema Único de Saúde demonstram que aborto inseguro é um grave problema de saúde pública que contribui para os altos índices de mortalidade e morbidade materna. Realizado em condições inseguras nas clínicas clandestinas, o procedimento oferece às mulheres graves riscos à sua saúde, como a perfuração do útero, além de riscos de complicações generalizadas, como hemorragias e infecções. Muitas mulheres sofrem sequelas permanentes, como infertilidade e histerectomia, sendo esta última a quinta causa de internação hospitalar de mulheres na Rede Pública de Saúde. O abortamento inseguro representa a quarta causa de morte materna no País e responde por 9% dos óbitos maternos na Rede Pública de Saúde.” (MAIA, 2008, p. 95)

Deste modo, dando ênfase em tudo que já foi apontado, Morais destaca:

“A dimensão dos números comprova que o aborto inseguro é um assunto de saúde pública que deve ser priorizado pelos governantes, pelos legisladores e pela sociedade, seja por meio de uma reforma da legislação ou de uma campanha educativa séria. As mulheres não podem ser condenadas à morte por não terem acesso aos seus direitos previstos na legislação maior e infraconstitucional.

O Estado deve ser capaz de propiciar às mulheres condições de saúde adequadas, direito que está dentro do mínimo existencial e não lhe pode ser negado. A eficácia das políticas públicas depende do planejamento estatal e da participação popular e os gastos devem ser direcionados para as áreas prioritárias. Sendo o aborto a quarta causa de mortalidade materna, deve ser reavaliada a atenção que está voltada para a saúde da mulher, sem o comodismo da solução simplista de afirmar que o aborto é crime.” (MORAIS, 2008, p. 57)

Na maioria das vezes, a população não tem informações confiáveis sobre esse procedimento e o atendimento de qualidade é restrito principalmente as quem tem menos condições financeiras. Levando em consideração que não são todos os hospitais que realizam o procedimento, muitas vezes as mulheres são constrangidas em ter que ficar indo de um hospital para o outro, para conseguir algo que lhes é assegurado por lei, assim, o que poderia ser visto como proteção do Estado se torna um cerceamento de direitos.

Farias, aponta, em uma matéria elencada no portal G1, que nem todos os hospitais realizam o procedimento:

“O aborto legal é um procedimento de interrupção de gestação autorizado pela legislação brasileira e que deve ser oferecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). É permitido nos casos em que a gravidez é decorrente de estupro, quando há risco à vida da gestante ou quando há um diagnóstico de anencefalia do feto.

Embora este direito seja previsto em lei há mais de 80 anos, mulheres enfrentam dificuldade para abortar em hospitais brasileiros e precisam, às vezes, viajar mais de 1.000 quilômetros para se submeter ao procedimento de forma legal.

[...]

O problema é que nem todo estabelecimento que faz aborto legal no Brasil realiza o procedimento nas três situações previstas em lei. Segundo médicos e pesquisadores, é comum que casos de anencefalia encontrem menos resistência que os de violência sexual, por exemplo.

Levantamento do G1 encontrou 175 municípios com registro de aborto nos casos previstos em lei entre janeiro de 2021 e fevereiro de 2022. O Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, do Ministério da Saúde, indica que outros 20 municípios têm estabelecimentos que fazem interrupção de aborto.” (FARIAS, G1, 2022)

Com isso, é possível identificar que a carência de métodos qualificados para preservar a saúde da gestante, constitui um desrespeito para se viver de forma digna. Portanto, o Estado deve garantir os direitos constitucionais à vida, à dignidade e à saúde da mulher, além da constituição de uma equipe multiprofissional capacitada para atendê-las, com postura neutra, sem julgamentos de valores ou imposições, dos quais devem ser realizados com uma atenção empática, baseada no respeito à dignidade da mulher, na credibilidade de sua fala, expondo todas as alternativas possíveis para uma assistência eficaz.

Por fim, o dever de propiciar às mulheres condições de saúde adequadas é essencial, direito este que está dentro do mínimo existencial e não lhe pode ser negado.

### 4.3 CASO DA MENINA DE 11 ANOS

Diante de todos os fatos expostos, não poderia deixar de mencionar um importante caso que ganhou grande repercussão na mídia nacional e internacional, referente ao aborto decorrente de estupro em Santa Catarina no mês de Maio/Junho de 2022 e de grande relevância para fortalecer o que já foi apresentado neste capítulo.

No mês de Maio, a mãe de uma menina de 11 anos, levou a mesma para um hospital da cidade de Florianópolis, para efetuar o procedimento de aborto, devido a gravidez ter sido originada através de uma violência sexual, ou seja, um estupro. Naquele momento, a jovem, estava por volta da 22ª semana de gestação, porém, ainda que seja permitido em lei este tipo de procedimento e não haver prazos ou exigência de autorização judicial para seguir com o procedimento, o hospital se negou a realizá-lo, alegando que a interrupção só poderia ser feita se a gestação estivesse dentro do prazo de até 20ª semana, de acordo com as normas internas da unidade.

Diante da negação do procedimento, a mãe da menina, teve que buscar auxílio do Poder Judiciário, mas a juíza que estava a frente do referido caso, teria tentado convencer a menina e a mãe a manter a gestação em uma audiência realizada, sugerindo que a menina suportasse a gravidez por mais algumas semanas para conseguir dar à luz ao bebê, para ser entregue a adoção. A magistrada ainda determinou, que a menina fosse levada a um abrigo, utilizando como justificativa, em um dos despachos, de proteger a criança do agressor que a estuprou e que isso evitaria que a mãe dela efetuasse algum procedimento para operar a morte do bebê.

Conforme exposto no site O Povo, a menina foi liberada do abrigo após a Justiça de Santa Catarina determinar que ela voltasse a morar com a mãe. (O POVO, 2022)

Na sequência o Ministério Público Federal, enviou uma recomendação ao mesmo hospital, para que a unidade realizasse o aborto na garota. Foi somente em junho que ela a teve o procedimento da interrupção realizado pelo hospital.

Em nota, o Ministério Público falou sobre o caso, conforme aponta Gilona em uma notícia no site da Agência Cenarium:

“O Ministério Público Federal (MPF) em Florianópolis, considerando a grande repercussão do caso envolvendo menor vítima de estupro e que teve a interrupção legal da gestação negada pelo serviço de saúde, vem informar o acatamento parcial da Recomendação expedida nesta quarta-feira, 22, ao hospital.

O hospital comunicou à Procuradoria da República, no prazo estabelecido, que foi procurado pela paciente e sua representante legal e adotou as providências para a interrupção da gestação da menor.

Em relação aos demais termos da Recomendação, serão avaliadas, oportunamente, quais as providências a serem adotadas pela Procuradoria da República titular do 7º Ofício da Cidadania.

O Ministério Público Federal lamenta a triste situação ocorrida e reafirma seu compromisso em zelar pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal”. (GILONA, 2022)

Assim, com base em tudo que já foi evidenciado neste trabalho, é possível demonstrar o absurdo do hospital e do poder judiciário em manter a gestação em primeiro momento e induzir que a menina de 11 anos seguisse com a mesma, não se mostrando preocupados com o que ela e sua responsável legal desejavam e não levando em conta todo sofrimento que isso ocasionaria a jovem, diante de ter carregar em seu ventre um feto de um crime tão bárbaro.

Por mais que esse caso teve um desfecho satisfatório para a família no final, é possível verificar que mais uma vez as pessoas se sentem desamparadas ao procurar realizar o procedimento legal e são esses pontos que devem ser observados, pois isso é um direito, amparado no Código Penal, do qual não poderia a ela ser negado. Diante disso, se essa situação não mudar, se o estado não tiver uma atenção maior para essas mulheres, elas continuarão a realizar o procedimento de forma irregular, colocando em risco suas próprias vidas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho destinou-se a apresentar o estudo acerca do tema Aborto, destacando sua origem, criminalização e práticas permitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que o aborto é um assunto polêmico e discutido com intensidade ainda nos dias de hoje, pois ao criminalizar o mesmo, o legislador pretende proteger o ser humano que se encontra em desenvolvimento, porém, em contrapartida, há as possibilidades de sua prática autorizada pelo Estado, em que abrange a necessidade de se praticar tal ato, devido a forças maiores, dada a delicadeza da situação, como já apontado anteriormente.

Logo, se verifica que o procedimento deveria ser realizado por uma equipe de saúde bem treinada e apta de infraestrutura apropriada abrangendo equipamentos e suprimentos dos sistemas de saúde, para a mulher possuir acesso rápido e adequado a esses serviços, já que a dificuldade e a lentidão do processo intensificam a angústia e a ansiedade nessas hipóteses. Também não deveriam ser discriminadas ou maltratadas pelas pessoas em sua volta devido a essa dura decisão, mas muitas vezes isso não acontece na prática.

Todavia, a falta de acesso à informação em tempo ágil, é um grande fator que influencia na probabilidade da mulher desistir ou perder o seu direito amparado por lei e como consequência acaba se submetendo a manobras perigosas, praticadas em locais impróprios.

Por fim, concluo esse trabalho ressaltando a importância que o Estado deve conduzir essas situações, já que o abortamento permitido é uma medida de saúde e proteção a essas mulheres que necessitam interromper a gestação, bem como é um meio necessário de assegurar o pleno exercício dos direitos constitucionalmente garantidos a elas, como já apontado anteriormente o ato de discriminar a mulher que procura o aborto seguro acaba penalizando ela duplamente e não amparando como deveria ser.

## 6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Gabriela. A vida como direito humano. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BARROSO, Luís R. Interpretação e Aplicação da Constituição, 7ª edição. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2012. 9788502075313. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil. Lei de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm). Acesso em: 02 ago. 2021

BRASIL. Código Criminal do Império. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm/). Acesso em: 04 jul. 2022.

BRASIL. Código penal. Lei de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 13 ago. 2021.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm/). Acesso em 13 de Abril. 2022.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009. Institui o Código de Ética Médica. In: Portal do Médico. Disponível em: [https://cremers.org.br/pdf/codigodeetica/cem\\_e\\_cpep.pdf](https://cremers.org.br/pdf/codigodeetica/cem_e_cpep.pdf). Acesso em: 22 jul. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Volume 2 Parte Especial: Dos Crimes contra a Pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 192.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial – arts. 213 a 359-T. v.3. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Editora Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594850/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal v2 – parte especial arts. 121 a 212. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555594850. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594850/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CONCEIÇÃO, Raphael Armando Moreira Matos da. Aborto: análise da legalização sob a perspectiva constitucional e do direito da mulher. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6703, 7 nov. 2021. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/94565/aborto-analise-da-legalizacao-sob-a-perspectiva-constitucional-e-do-direito-da-mulher>. Acesso em: 21 jul. 2022.

EMMERICK, Rulian. Aborto, (Des)criminalização, Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ESCOLARES, Trabalhos. O aborto. Disponível em: [https://www.trabalhoscolares.net/o-aborto\\_](https://www.trabalhoscolares.net/o-aborto_). Acesso em: 01 jul. 2022.

FIGUEIREDO e FARIAS, Patrícia e Victor. Entenda o que é o aborto legal e como ele é feito no Brasil. São Paulo – G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/06/10/entenda-o-que-e-o-aborto-legal-e-como-ele-e-feito-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 21 jul. 2022.

FURTADO, Rayssa Nayhara Souza. A divergência entre a autonomia da vontade da mulher e o direito à vida do nascituro nos casos de aborto consentido pela gestante. Web Artigos. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-divergencia-entre-a-autonomia-da-vontade-da-mulher-e-o-direito-a-vida-do-nascituro/147750>. Acesso em: 01 jul. 2022.

GILONA, Gustavo. Mediante decisão judicial, menina de 11 anos vítima de estupro faz aborto em Santa Catarina. Agência Cenarium. Disponível em: [https://cultura.uol.com.br/cenarium/2022/06/23/196799\\_mediante-decisao-judicial-menina-de-11-anos-vitima-de-estupro-faz-aborto-em-santa-catarina.html](https://cultura.uol.com.br/cenarium/2022/06/23/196799_mediante-decisao-judicial-menina-de-11-anos-vitima-de-estupro-faz-aborto-em-santa-catarina.html). Acesso em: 31 jul. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. CURSO DE DIREITO PENAL V 2. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593808. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593808/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

HISTÓRIAS, Aventuras na. Entenda Como Surgiu a Polêmica Sobre a Proibição do Aborto Pela Igreja Católica. Redação Publicado em 17 de agosto de 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/o-que-santo-agostinho-e-sao-tomas-de-aquino-pensavam-sobre-o-aborto.phtml>. Acesso em: 30 jun. 2022.

IGREJA CATÓLICA. Papa: (1978: João Paulo II). Evangelium Vitae. Evangelium Vitae: aos Presbíteros e Diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida Humana. Vaticano, 25 mar.1995. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html/](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html/). Acesso em: 20 jul. 2022.

JESUS, Nanda M. de. ABORTO: Uma Análise Jurídica em Relação às Implicações sobre a Perspectiva Religiosa e de Tutela Penal da Vida Humana em Confronto com a Liberdade de Escolha da Mulher. Jus Brasil. Disponível em: <https://ernandamariadejesus.jusbrasil.com.br/artigos/767870641/aborto-uma-analise-juridica-em-relacao-as-implicacoes-sobre-a-perspectiva-religiosa-e-de-tutela-penal-da-vida-humana-em-confronto-com-a-liberdade-de-escolha-da-mulher>. Acesso em: 03 jul. 2022.

LEITE, Gisele. Conheça os diferentes tipos de aborto e suas leis no mundo. Consultor Jurídico. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2002-jun-02/polemica\\_questao\\_aborto\\_historia\\_mundo](https://www.conjur.com.br/2002-jun-02/polemica_questao_aborto_historia_mundo). Acesso em: 01 abr. 2022.

MACÊDO, Welton Charles Brito. O direito à vida deve ser entendido à luz da dignidade da pessoa humana. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/290092/o-direito-a-vida-deve-ser-entendido-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 27 abr. 2022.

MAIA, Mônica B. Direito de decidir - Múltiplos olhares sobre o ABORTO. [Digite o Local da Editora]: Grupo Autêntica, 2008. 9788582179635. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582179635/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

Menina estuprada consegue fazer aborto após ser impedida por juíza. O Povo. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/06/23/menina-estuprada-consegue-fazer-aborto-apos-ser-impedida-por-juiza.html>. Acesso em: 31 jul. 2022.

MORAES, Alexandre D. Direitos Humanos Fundamentais. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 17 abr. 2022.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o\\_aborto\\_impacto.pdf?sequence=6#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Penal%20Brasileiro%20pune,artigo%20127%20descreve%20a%20forma](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Penal%20Brasileiro%20pune,artigo%20127%20descreve%20a%20forma). Acesso em: 17 jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788530993566. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>. Acesso em: 21 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial.6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. A tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 18, p. 33-48, maio/jun 2007.

PEREIRA, Aline Ribeiro. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. Aurum. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PRADO, Luiz R. Tratado de Direito Penal Brasileiro – Parte Especial – Vol. 2. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559640416. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640416/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 20ª edição. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2013. 9788502136557. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SANTOS, Ana Carolina Moreira. Ministério da Saúde comete equívoco ao dizer que todo aborto é crime. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/368016/ministerio-da-saude-comete-equivoco-ao-dizer-que-todo-aborto-e-crime> Acesso em: 13 jul. 2022.

SENAPESCHI, Emilia Miranda. Aborto Legal, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos na Pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Cw8vvq3UTEMJ:https://periodicos.ufba.br/index.php/feminismos/article/download/42688/24681+&cd=16&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 27 jul. 2022.

TAVARES, André R. Curso de direito constitucional. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019. 9788553616411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

TELES, Ney Moura. Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212. São Paulo: Atlas, 2004. v.2.

VIEIRA, Jakiannys Hallita Atoui. O aborto e seu contexto histórico. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34988/o-aborto-e-seu-contexto-historico>. Acesso em: 20 jul. 2022.