

**FACULDADES SÃO JOSÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

JULIANNA SENA DE CASTRO  
THIAGO MACENA DE AZEVEDO  
ORIENTADOR PROF. SERGIO MOUTA

**ANÁLISE DO ABORTO A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO**  
**BRASILEIRO**

Rio de Janeiro  
2019

# **ANÁLISE DO ABORTO A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

## **ANALYSIS OF ABORTION THE LIGHT OF BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE**

**Julianna Sena de Castro**

Graduando em Direito

**Thiago Macena de Azevedo**

Graduando em Direito

**Orientador Prof. Sergio Mouta**

Mestre em Direito Penal

### **RESUMO**

O artigo, busca oferecer uma visão dogmática sobre o aborto a luz do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo desde a parte histórica até sua aplicabilidade atual. Abordaremos também sobre o direito à vida do feto e a saúde da mãe, traremos, com base na doutrina, limites norteadores que estabelecem diferenças entre os tipos de aborto. O artigo objetiva mostrar que o aborto se trata de uma medida excepcional e não opcional, empregando uma diretriz metodológica qualitativa, utilizando o método jurídico como interpretação sistemática e pesquisa bibliográfica. Desta forma deve-se garantir a aplicabilidade da atual lei penal, visando resguardar o direito à vida e a saúde da mulher, assim como investir na educação sexual e orientação dos cuidados com a saúde e métodos contraceptivos.

**Palavras-chave: Aborto. Direito a vida. Saúde da mulher.**

### **ABSTRACT**

The article seeks to offer a dogmatic view on abortion in the light of the Brazilian legal system, bringing from the historical part to its current applicability. We will also address the right to life of the fetus and the health of the mother, we will, based on the doctrine, bring guiding limits that establish differences between the types of abortion. The article aims to show that abortion is an exceptional and not optional measure,

employing a qualitative methodological guideline, using the legal method as a systematic interpretation and bibliographical research. In this way, it is necessary to guarantee the applicability of the current criminal law, in order to safeguard women's right to life and health, as well as invest in sexuality education and guidance on health care and contraceptive methods.

**Key-words: Abortion. Right to life. Women's health.**

## **INTRODUÇÃO:**

Este artigo, engloba uma visão dogmática sobre o aborto no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se pela parte histórica até sua aplicação nos dias de hoje.

Abordaremos sobre o direito à vida do feto e a saúde da mulher, as variações das espécies de aborto conforme a lei e a doutrina, e assim realizar uma análise no tocante aos direitos e as responsabilidades jurídicas, ou seja, situações as quais são permitidas o aborto, e os crimes relacionados.

A questão central deste trabalho é demonstrar que o aborto não se trata de uma medida opcional, mas sim de uma exceção, ou seja, aquela na qual a gestante se submete em último caso. Logo, quando tratar-se de situação de risco a vida, que é o caso do aborto preventivo, como também na situação de aborto sentimental, onde se faz a interrupção da gravidez em caso de estupro, ou então em se tratando de aborto terapêutico, nos casos de gestação de fetos anencéfalos.

Se faz necessário a apreciação do tema, , uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a debater sobre o assunto, tendo em vista que, parte da sociedade vêm defendendo que a mulher tem o direito de aspirar se leva ou não uma gestação até o fim, o que levaria ao aborto ser visto como um método contraceptivo.

Portanto, é imprescindível destacar a inviolabilidade do direito à vida conforme preceitua o art. 5º da nossa Constituição Federal e ao mesmo tempo resguardar a saúde da mulher perante os efeitos negativo que o aborto pode trazer a saúde da gestante.

O desenvolvimento deste artigo se dá de forma metodológica qualitativa, utilizando o método jurídico como interpretação sistemática e pesquisa bibliográfica. Tal

estudo se dá em caráter exploratório, referenciando o método de enfoque dedutivo, uma vez que serão analisadas as situações onde há cabimento ou não para a realização do aborto, a luz do ordenamento jurídico brasileiro.

A corrente pesquisa se dá com base na apreciação bibliográfica constituída por doutrinadores, na aplicabilidade da legislação brasileira e jurisprudência dos Tribunais.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Configura-se aborto a interrupção da gravidez com a resultante destruição do produto da concepção. Alusivo a esse conceito ensina Teles (2004, p. 171) que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a morte do ser humano em formação. A gravidez, que começa com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, 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.

Nem sempre a prática do aborto se deu como objeto de crime, sua realização era comum entre as civilizações gregas e hebraicas.

Neste ínterim completa Capez (2004, p. 108-109), que:

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 dispusesse do próprio corpo.

Posteriormente o aborto passou a ser visto como lesão ao direito do marido à prole, e era imputado um castigo aos que o praticara. Com o surgimento do cristianismo, o aborto passou a ser reprovado no meio social, e sua prática era vista como pecado. Os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o direito e compreenderam o aborto criminoso ao homicídio.

No Brasil, as primeiras leis a versarem sobre o tema, foi o Código Criminal de 1830, que embora não condenasse o aborto cometido pela gestante, incriminava a prática, realizada por terceiros, com ou sem seu consentimento.

Com a chegada do Código Penal de 1890, o aborto praticado pela gestante passa a ser considerado crime. Por fim, o Código Penal de 1940 tipifica a prática do aborto nos artigos da seguinte forma:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

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

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

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 à morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No auto – aborto o objeto jurídico tutelado que tratamos nesse caso, é o direito à vida do feto, ou seja, a vida humana intrauterina. No aborto provocado por terceiros (com ou sem consentimento da gestante), também é tutelado o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 258-259) esclarece que:

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção (...). O nascituro é um ser humano (...) um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertence à espécie biológica do homo sapiens. Isso é o bastante para que seja titular do direito à vida – apanágio de todo ser que surge do fenômeno da fecundação

humana. O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie Homo sapiens.

## **ANÁLISE DO ABORTO EM VIRTUDE A INVOLABILIDADE DO DIREITO DA VIDA**

Temos como pressuposto dos demais direitos fundamentais, o direito a vida, uma vez que a existência deste, é primordial para que os demais possam ser exercidos. Sendo assim, mesmo não existindo hierarquia normativa entre tais direitos, temos a vida como sendo o principal. Rodrigo Padilha (2014, p. 213), discorre que:

Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.

### **1. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO**

O auto aborto, previsto no art. 124, 1ª parte do Código Penal, é aquele praticado pela própria gestante, ou seja, executa as manobras ou emprega os meios em si própria.

Já o aborto consentido, previsto no art. 124, in fine do Código Penal, ocorre quando a mulher apenas consente, e um terceiro realiza nesta a execução material do crime. Esse terceiro, que realiza a execução do aborto, responderá pelo crime previsto no art. 126, caput do Código Penal.

### **2. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE**

Com previsão legal no art. 125 caput do Código Penal, refere-se a forma mais gravosa da prática do crime, pois, ocorre sem o consentimento da gestante na execução das manobras ou emprego dos meios abortivos por um terceiro. Luiz Regis Prado (p.94) traz que, de modo geral:

No aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade e pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127, CP).

### **3. FORMA QUALIFICADA**

Prevista no art. 127 do Código Penal, quando um terceiro sem o consentimento da gestante, ao realizar a execução material do crime de aborto, e esta vir a sofrer lesão grave, terá sua pena aumentada em um terço. Se resultar na morte da gestante, a pena é duplicada.

### **4. ABORTO LEGAL**

Positivado no art. 128 do Código Penal, não cabe punição nas situações onde o aborto é praticado pelo médico se for o único meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário), ou nos casos de gravidez precedida por estupro, onde há o consentimento da gestante, ou nos casos de incapaz, o consentimento for dado pelo seu representante legal (aborto sentimental).

### **5. ABORTO EUGENÉSICO**

Nos casos de fetos anencéfalos, situação a qual resultaria na morte do feto em algum momento pós o parto, mesmo este tipo de aborto sendo considerado crime na legislação brasileira, passa a ser permitido de acordo com o entendimento do STF na

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Rogério Greco (2017, p. 158) esclarece que:

Durante muitos anos, discutiu-se a possibilidade de interrupção da gravidez na hipótese de feto anencéfalo. As decisões dos tribunais eram conflitantes e faziam com que reinasse a insegurança jurídica. Em 17 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs a ADPF nº 54, questionando a aplicação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, no que diz respeito ao feto anencéfalo. Em 12 de abril de 2012, o STF decidiu a questão por maioria (...). Assim, uma vez diagnosticada a anencefalia, poderá a gestante, se for de sua vontade, submeter-se ao aborto, sem que tal comportamento seja entendido como criminoso.

## **6. DESCRIMINALIZAÇÃO OCORRIDA EM ALGUNS PAÍSES**

Os defensores da legalização do aborto, argumentam que a criminalização da prática abortiva é ineficiente, pois, proibido ou não, a mulher que pretende abortar, o fará de uma forma ou de outra.

Alegam que a descriminalização melhoraria a vida das pessoas, porém, desconsideram os problemas que surgiram nos países que o legalizaram. Nos Estados Unidos a legalização levou à mercantilização e à banalização do aborto, resultando no surgimento de indústria nefasta, que lucra U\$ 300 milhões por ano. Na Europa ocorreu o aumento da eugenia, que é a seleção dos melhores indivíduos para continuarem a raça humana. Na Espanha, 95% das crianças diagnosticadas com Síndrome de Down foram abortadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo visa abordar sobre um assunto bastante controverso, que é o aborto, partindo do raciocínio, que este só deve ocorrer em último caso, pois, o atual



ordenamento jurídico brasileiro, visa garantir os preceitos do artigo 5º da CRFB/88, considerando a vida como o direito primordial, pois sem este, os demais não teriam valia.

O aborto é um tema polêmico e complexo, que lida diretamente com a vida de dois seres, cuja há uma relação de dependência e um conflito de direitos. Conforme a evolução e os anseios da sociedade, o direito vem sofrendo modificações para melhor atendê-la. E com relação ao referido tema, este posicionamento jurídico, até o momento, é tido como o mais adequado no Brasil, devendo ser realizado em paralelo um trabalho de conscientização e prevenção, não só para prevenir uma gravidez indesejada, mas também resguardar a saúde da população.

Nesse sentido, a vedação do aborto, busca resguardar o direito à vida do feto, assim como a saúde da mulher, considerando como crime a interrupção voluntária e intencional da gravidez. Contudo, em se tratando do risco de vida da mulher, e no tocante a sua integridade física e mental, ocorrerá a exceção ao aborto de forma legal.

Podemos aprender e tomar como exemplo para reflexão, a experiência vivida por alguns países do exterior, cuja a descriminalização do aborto, atingiram resultados negativos.

Para o desenvolvimento deste artigo, fora utilizado como base, o ponto de vista de renomados doutrinadores, levando em conta que o objetivo não é esgotar todo o conteúdo, mas sim discorrer sobre os pontos específicos aqui abordados.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Thomaz Henrique, Obvious, **5 argumentos contra o aborto**. Disponível em: [http://obviousmag.org/cronicas\\_obsessoes/2016/5-argumentos-contr-o-aborto.html](http://obviousmag.org/cronicas_obsessoes/2016/5-argumentos-contr-o-aborto.html)  
Acesso em 12 de abril de 2019.

BINDA, Ângela Regina, **Criminalização do aborto: inconstitucionalidade e contradições legislativas**. Disponível em:

[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo\\_criminalizacao-do-aborto-inconstitucionalidades-e-contradicoes-legislativas,56972.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_criminalizacao-do-aborto-inconstitucionalidades-e-contradicoes-legislativas,56972.html) Acesso em 13 de abril de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte especial. 2. São Paulo, Ed. Saraiva, 2004. v. 2.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

INSTITUTO POLITEIA, **6 coisas sobre aborto**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/6-coisas-sobre-aborto/> Acesso em 11 de abril de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet **Curso de Direito Constitucional** - 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

Nunes, Leonardo Lima, Procurador federal, Jornal de hoje, **Visão dogmática dos defensores do aborto**. Disponível em:

<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/opiniao/2014/09/04/noticiasjornalopiniao,3309024/visao-dogmatica-dos-defensores-do-aborto.shtml> Acesso em 14 de abril de 2019.

PADILHA, Rodrigo **Direito Constitucional**, 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO – 2014.

**Penal 3 em 1**, Código Penal + Código de Processo Penal + Constituição Federal, Saraiva – 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Vol.2 – 11ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2013.

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