



**FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ**  
**MARCELO AUGUSTO DE MELLO FRETE**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO  
DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO**

PONTA PORÃ-MS  
2017

MARCELO AUGUSTO DE MELLO FRETE

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO  
DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã – como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Larissa Satie Fuzishima Komuro

PONTA PORÃ-MS  
2017

MARCELO AUGUSTO DE MELLO FRETE

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO  
DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã – como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Larissa Satie Fuzishima Komuro

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Me. Larissa Satie F. Komuro  
Faculdades Integradas de Ponta Porã

---

Prof. Gianete Paola Butarelli  
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã, 07 de Dezembro de 2017

Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP –  
Magsul

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho aos meus pais que são as bases da minha vida, que lutaram arduamente contra tudo e contra todos para ter o sonho realizado de ver seu único e amado filho formado.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus por ter me proporcionado o Dom da Vida, o Dom da Ciência para que pudesse estudar e compreender as lições da faculdade durante essa trajetória de cinco anos de batalha.

Agradeço ao meu pai Marcelo Frete, meu exemplo de homem, o qual me ensinou a ser uma pessoa do bem, que dedicou toda a sua vida longe da família na labuta para ter o seu sonho realizado de ver seu filho formado.

Agradeço a minha mãe Livrada de Mello Frete, uma pessoa bondosa que ama a família acima de tudo, aquela que acreditou em minha capacidade enquanto ninguém mais acreditava.

Agradeço as minhas amigas Auriely e Kamila, as quais o direito me deu a honra de conhecer, que alegraram os meus dias durante essa jornada, mesmo quando eu não tinha motivo para sorrir.

Agradeço a minha namorada Duda por ter me apoiado e dado força durante essa trajetória de formação.

Agradeço a minha orientadora, professora mestre Larissa Satie Fuzishima Komuro, a quem proporcionou a elaboração deste trabalho com muita competência, atenção e carinho.

Agradeço também a aquelas pessoas cujo nome eu não citei, mas que contribuíram enormemente nesta caminhada e estão guardadas dentro do meu coração.

Em toda sociedade em que há fortes e fracos, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta.

Piero Calamandrei

## **RESUMO**

A prática do aborto é um problema que vem se arrastando desde os primórdios da sociedade e até hoje não é pacificado. O objetivo deste trabalho é esclarecer a possibilidade da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação frente ao ordenamento jurídico atual. O que ampara a pesquisa é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n°. 124.306/ RJ, a qual julgou procedente o pedido de revogação da prisão preventiva dos impetrantes e, de ofício, se mostrou favorável a tal prática, invocando a inconstitucionalidade dos artigos do código penal que trata sobre o tema. Ressalta-se ainda, que os fundamentos dessa decisão são baseados nos direitos individuais fundamentais da mulher previstos na Constituição Federal.

**PALAVRA CHAVE:** Aborto, Inconstitucionalidade, Legalização, Gestação.

## **ABSTRACT**

The practice of abortion is a problem that has been creeping since the dawn of society and is not pacified until today. The objective of this study is to clarify the possibility of legalizing abortion up to the third month of gestation in relation to the current legal system. What supports the research is the decision handed down by the Federal Supreme Court in Habeas Corpus n. 124.306 / RJ, which upheld the request for revocation of the pre-trial detention of the petitioners and, ex officio, was in favor of this practice, invoking the unconstitutionality of the articles of the penal code that deals with the subject. It should be emphasized that the basis of this decision is based on the fundamental individual rights of women provided for in the Federal Constitution.

**KEY WORD:** Abortion, Unconstitutionality, Legalization, Gestation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – CONTEXTO HISTÓRICO DO ABORTO</b> .....	<b>12</b>
1. CONCEITO DE ABORTO .....	12
2. O ABORTO ATRAVÉS DOS SÉCULOS .....	12
<b>CAPÍTULO 2 - ABORTO NO CÓDIGO PENAL</b> .....	<b>19</b>
1. NOÇÕES PRELIMINARES .....	19
1.1. Aborto como crime especial .....	19
2. ESPÉCIES DE ABORTO .....	22
2.1. Aborto natural .....	23
2.2. Aborto Acidental .....	23
2.3. Aborto legal ou permitido .....	23
2.3.1. Aborto necessário .....	24
2.3.2. Aborto sentimental .....	25
2.3.3. Aborto Eugênico .....	26
2.4. Aborto Criminoso .....	27
2.4.1. Auto-aborto e aborto consentido .....	27
2.4.2 Aborto não consentido .....	29
2.4.3 Aborto qualificado .....	29
<b>CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS E DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>30</b>
1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	30
2. VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	31
3. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	33
3.1. Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais .....	33
3.2. Princípio da Proporcionalidade .....	33
3.3. Princípio da Máxima Efetividade .....	33
3.4. Princípio da Unicidade .....	34
4. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....	34
5. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	35
5.1. Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos .....	36

5.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	36
5.1.2. Do Direito à Vida.....	36
5.1.2.1 Direito a vida no Código Civil .....	38
5.1.3. Princípio da Isonomia .....	39
5.1.4. Igualdade entre homens e mulheres .....	40
5.1.5. Princípio da Legalidade .....	40
5.1.6. Direitos Sexuais e Reprodutivos .....	41
5.1.7. Integridade Física e Psíquica .....	41
5.1.8. Pena de Morte .....	41
<b>CAPÍTULO 4 - A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO .....</b>	<b>43</b>
1. ESTUDO DE CASO DA DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS N°. 124.306/ RJ .....	43
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade esclarecer a discussão que envolve a legalização do aborto até o terceiro mês de gestação e suas consequências jurídicas, os quais insurgem de forma relevante em discussões jurídicas e sociais.

O tema é bastante recente, já há julgamento no Supremo Tribunal Federal a respeito desse assunto, onde se levantou a possibilidade de descriminalizar o aborto realizado até o terceiro mês de gestação, em que se destacou o direito à liberdade de escolha da mulher no seu aspecto de resguardo a integridade física, psíquica, social, sexual e reprodutiva.

Ocorre que antes de se possibilitar a descriminalização do aborto é imprescindível analisar se existem outros direitos fundamentais constitucionais violados. No entanto, vale lembrar que em contraponto ao direito da mulher, há de se esclarecer a possível existência de violação do direito à vida do nascituro.

Dessa forma, inevitavelmente haverá o conflito entre direitos que são sem sombras de dúvidas fundamentais, mas que devem ser melhor analisados sob a ótica do Direito Constitucional, Penal e Civil, visando por fim, analisar e indicar as possíveis soluções ao caso em tela.

## CAPÍTULO 1 - CONTEXTO HISTÓRICO DO ABORTO

### 1. CONCEITO DE ABORTO

De acordo com o dicionário Aurélio, pode-se conceituar o aborto da seguinte maneira: “Expulsar, espontânea ou voluntária, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade”<sup>1</sup>.

O termo aborto provém do latim *aboriri* e significa “separar do lugar adequado” (MATIELO, p11, 1994).

Segundo Jesus, A palavra **abortamento** tem maior significado técnico que **aborto**. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras (2012, p. 151).

Já Bitencourt (2012, p. 164) conceitua o aborto da seguinte maneira: Aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite filosófico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina.

Para Capez (2012, p. 143), considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto na concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina.

Desta forma, conclui-se que aborto é uma ação espontânea, positiva ou negativa, que interrompe o processo de gestação ocasionando a morte do embrião ou do feto.

### 2. O ABORTO ATRAVÉS DOS SÉCULOS

A discussão da problematização do aborto vem atravessando os séculos, entre os diferentes povos, com variadas formas de tratamentos, desde a liberação do ato até a punição com a morte dos agentes responsáveis. O problema do abortamento envolve vários seguimentos como a ética, a medicina, a moral, a religião e principalmente a área jurídica.

---

<sup>1</sup> DICIONÁRIO AURÉLIO: Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/aborto>>. Acesso em: 13 Jun. 2017:

A primeira notícia relacionada a prática de aborto ocorreu no século XXVIII a.C, mais precisamente da China (MATIELO, 1994). Nesta época, tal conduta servia como controle de natalidade, utilizada como política estatal do governo. Portanto, o Estado não tratava o aborto como ato delituoso, algo passível de punição, mas o incentivava e até o praticava.

O código de Hamurabi se atentava mais com a compensação pelo dano causado do que propriamente com a prática abortiva.

Segundo Papaleo (1993, p.22), o valor da indenização variava de acordo com o status que a mulher ostentava, se fosse escrava a indenização seria paga em dinheiro para o seu senhor, mas se fosse mulher livre, o pai da gestante recebia a reparação civil, e ainda, a filha do provocador era punida com a morte.

Vale ressaltar que as demais modalidades de aborto não eram passíveis de reparação. Nesta mesma linha de pensamento, o livro de Êxodo em seu capítulo XXI, versículo 22 a 25 tratava o aborto da seguinte maneira:

22. Se homens brigarem, e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida, e esta der à luz sem nenhum dano, eles serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido da mulher, e que pagarão diante dos juízes. 23. Mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, 24. olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, 25. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

Não restam dúvidas que haja resquícios do código de Hamurabi no livro sagrado de Êxodo, vez que as punições são idênticas tanto no que tange a reparação quanto na pena “olho por olho e dente por dente”.

Os Assírios, por sua vez, foram os primeiros povos a tratar o aborto como ato ilícito, passível de punição:

“Os Assírios puniam severamente as práticas abortivas, de forma que se aplicava a pena de morte a quem fizesse abortar mulher que ainda não teve filhos. Pena desmedida infligia-se também à mulher que se submetesse a tais manobras sem o consentimento do marido, consistindo a punição na empalção, do que resultava a morte.” (MATIELO 1994, p.13)

Há dois fatores importantes a serem destacados: o primeiro é o fato de a mulher ser taxada apenas como um objeto sexual, como uma barriga que pode gerar filhos; e o segundo que ela somente poderia cometer o aborto com o consentimento do esposo, caso contrário era morte certa.

É importante ressaltar ainda a figura da criança, a qual detinha mais relevância social e jurídica do que a própria vida gestante.

Na Pérsia, o aborto era tratado de forma diferente comparado com os Assírios. Os Persas adotaram o sistema de repressão à mãe e ao pai, os quais eram punidos com morte caso a filha cometesse o delito (MATIELO, 1994).

Os legisladores gregos condenavam a prática do aborto por meio da criação de leis que salvaguardavam o direito do pai e os interesses da sociedade. Contudo, a exceção à regra seria no caso de gravidez ocorrida fora do casamento.

Como mencionado no parágrafo anterior, o aborto era condenado pelos legisladores gregos, mas do mesmo modo que havia pessoas que defendiam a vida, existiam aqueles que eram favoráveis ao abortamento, de forma inconsequente, ilimitada e sem fundamento.

O poder de decidir o destino dos filhos, inclusive do feto, pertencia ao pai, sendo que a mãe não detinha opinião e, portanto não decidia nada, ficando ao seu encargo apenas obedecer.

Os médicos da época criaram métodos contraceptivos para tentar controlar o aborto, mas o efeito foi contrário, esses parâmetros passaram a serem usados como meio de controle populacional.

Os filósofos Aristóteles e Platão eram favoráveis ao aborto. Aristóteles entendia que somente através do aborto era possível o controle populacional e, por consequência, a pobreza iria diminuir, mas aconselhava que a realização da interrupção da gravidez devesse ocorrer antes que o feto desenvolver o sentido da vida. Platão, por sua vez, entendia que a decisão de abortar deveria ser tão somente da mulher, e não do marido ou dos pais, pensamento evoluído para o seu tempo (MARQUES, 1994).

Os Romanos seguiam a mesma linha de tratamento ao aborto que os gregos. No início do império romano, o poder familiar era muito forte, o pai “chefe da família” detinha todo o poder sobre seus entes, principalmente sobre a mulher, nestes moldes é o ensinamento de Matielo (1994, p. 14).

Nos primórdios de Roma, a punição em relação ao aborto assumiu caráter privado, já que o *pater familiae*, expressão que designava o pai, chefe da família, tinha poder absoluto sobre a vida de seus filhos, e, portanto, dos que nasceriam. Caso a mulher procurasse abortar sem o consentimento do *pater familiae*, este poderia puni-la severamente, inclusive com a morte.

O cenário mudou com a ascensão da “Republica Romana”, pois nesta época, os romanos trataram o aborto como um ato imoral, e as mulheres abortavam de forma ilimitada, em razão de compreenderem ser apenas questão de aparência. Desta forma, houve o crescimento drástico da pratica abortiva, ensejando mudanças na forma de tratamento do aborto, transitando o status de caráter imoral para ato criminoso.

Em consequência disso, a Lei Cornélia cominou pena de morte a morte à mulher que consentisse com a prática abortiva. Quanto aos que a faziam, previu pena igual, com a possibilidade de aplicação de pena menor caso não ocorresse a morte da gestante em função do aborto. (MATIELO,1994, p. 14).

Na idade média, a discussão sobre o aborto e sua punição era fundamentada por dois pensamentos, o primeiro na doutrina de Aristóteles e o segundo era baseada na autoridade de Santo Agostinho, entre feto animado (com alma) e não animado (sem alma).

Só seria possível o aborto, se o feto já fosse dotado de alma, o que se entendia ocorre comumente, quarenta (40) dias após a concepção, conforme fosse varão ou mulher. [...]. Não havia, porém, unanimidade sobre o termo em que se podia reputar animado o feto; para uns isso se dava no quadragésimo dia de gravidez; para outros, no sexagésimo dia ou ainda no terceiro mês. (SPOLIDORO, 1997, p.31).

Por sua vez, São Basílio não fazia distinção sobre ser com alma ou ser sem alma, condenava o aborto sempre como crime independente do tempo da gestação.

Como se sabe, o cristianismo deu nova ótica ao tema, condenando toda a prática de aborto e, sob seus influxos, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio. (SPOLIDORO, 1997).

O advento do Cristianismo foi o divisor de águas para o tratamento do aborto, ele trouxe uma nova concepção ao tema, a qual é adotada até os dias atuais, no sentido de que o feto, mesmo no ventre materno, representa um ser a quem a sociedade deve proteger e garantir à vida.

A Igreja Católica sempre condenou a prática abortiva como atentado contra a vida, pecado mortal, em todas as modalidades, até mesmo nos casos de aborto terapêutico. Segundo a doutrina Católica, o feto adquire sensibilidade e vida a partir do momento da concepção.

A vida humana deve ser respeitada e protegida de maneira absoluta a partir do momento da concepção. Desde o primeiro momento de sua existência, o ser humano deve ver reconhecidos os seus direitos de pessoa, entre os quais o direito inviolável de todo ser inocente à vida (AQUINO, 2014 p.19).

Desta forma, a igreja fundamenta sua posição com base em vários princípios dentre os quais podemos destacar dois deles: o primeiro deles é o mandamento de “não mataras” previsto no livro de Êxodo, capítulo XX, versículo seis da Bíblia, e o segundo é relacionado ao amor com o próximo, pregado por Cristo no novo testamento.

O professor Felipe Aquino (2014 p.19) ensina ainda que Deus, senhor da vida, confiou aos homens nobres encargo de preservar a vida para ser exercida de maneira condigna ao homem. Por isso a vida deve ser protegida com o máximo cuidado desde a concepção. O Aborto e o infanticídio são crimes nefandos.

Assim, para a fé cristã o ato de interromper a gravidez de forma não natural afronta diretamente a Lei Divina, a dignidade da pessoa humana, o direito a vida do feto além de ser imoral. Em razão disso, a Igreja aplica uma pena canônica de excomunhão pela prática deste delito contra a vida humana.

O Evangelium Vitae, de São João Paulo II nos ensina que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus para um destino de vida plena e perfeita. Deste modo, é vedado a todos a prática do crime contra a vida, ainda que tenha intenções humanitárias, pois somente Deus tem o poder sobre a vida e a morte.

Segundo Milanesi (1970), um estudo realizado no EUA nas igrejas protestante Batista, Luterana, Metodista com os pastores a respeito do tratamento do tema aborto. Com isso foi constatado que não uma radicalidade em favor a vida como ocorre na Igreja Católica.

É oportuno salientar que algumas igrejas protestantes aderiram à realização do aborto terapêutico, aquele que realizado para salvar a vida da gestante.

Nessa mesma linha de pensamento, houve uma declaração feita pela Assembleia Geral dos Unitários-Universalistas, em 1963, que traz o seguinte pedido:

Nesta declaração é pedida a legalização do aborto para os casos em que haja perigo físico ou mental para a mãe; a criança nasça com serio defeito físico ou mental; a gravidez resulte de estupro ou incesto; quando existir alguma forte razão física, psicológica, metal ou econômica (MILANESI, 1970 p.21).

Nota-se que o pensamento é de total liberação ao aborto, uma cultura voltada a morte, mais parecida com o atual tratamento que o Brasil dá ao aborto, em suas formas que não tipificadas como crime.

O Código Penal do Império de 1830 foi à primeira legislação brasileira a abordar sobre o tema aborto.

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 medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.  
 Penas - dobradas<sup>2</sup>

Desta forma, o Código Penal do Império não penalizava o crime cometido pela gestante, mas apenas o realizado por um terceiro, independente de consentimento ou não daquela.

Assim, era Criminalizada a modalidade de aborto consentido e aborto sofrido, mas não a do aborto provocado. Ressalta-se ainda, que se punia o fornecimento de atos preparatórios. E a pena era aumentada nos casos em que o agente passivo fosse médico ou similar.

Já o Código Penal da República de 1890, em seus artigos 300 a 302, diferentemente do Código anterior, previu a punição do crime aborto quando praticado pela gestante.

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.  
 § 1º 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.  
 § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:  
 Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.  
 Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:  
 Pena - de prissão celllular por um a cinco annos.  
 Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com

<sup>2</sup>CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO DE 1830. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.html). Acesso em 26 de Set. 2.017.

reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação<sup>3</sup>.

Ademais o referido código autorizava o aborto para salvar a vida da gestante, assim, desta forma, punia eventual imperícia do médico ou parteira que, culposamente, causassem a morte da parturiente (Bitencourt, 2012).

O Código Penal de 1940 é vigente até hoje, passou a tipificar o aborto provocado no rol dos crimes contra a vida. A conduta será ilícita se for cometida pela própria gestante (art. 124), ou por um terceiro com ou sem consentimento desta (art. 125 e art. 126).

---

<sup>3</sup> CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA 1890. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em 27 de set. 2017.

## **CAPÍTULO 2 - ABORTO NO CÓDIGO PENAL**

### **1. NOÇÕES PRELIMINARES**

#### **1.1. Aborto como crime especial**

O Direito Penal visa à proteção integral de diversos bens jurídicos, como a vida, o patrimônio, a honra e etc. No que concerne ao direito a vida, a área penal realiza a tutela criminalística, de forma a abranger qualquer aspecto de vida.

Tal afirmativa encontra respaldo e evidência nos crimes previstos nos art. 124 ao art. 128 do Código Penal, vez que protege a vida desde a sua concepção, durante a gestação, até o momento do parto. Nota-se a preocupação do direito com a vida do indivíduo, principalmente ao se perceber que o zelo começa com a nidação, conforme se verá mais adiante.

Acerca da tutela da vida, leciona Mirabete e Fabbrini (2012, p. 58):

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo, e ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida.

Destarte, não se pode confundir o aborto com o infanticídio ou com o homicídio, vez que o momento da execução destes dois últimos crimes, ocorre após o nascimento do feto, enquanto que o aborto insurge no momento de gestação do feto (BITENCOURT, 2012).

Conforme mencionado no capítulo anterior, o aborto é ação espontânea, positiva ou negativa, que interrompe o processo de gestação ocasionando a morte do embrião ou do feto. As leis penais não definem a consistência do aborto, se a sua origem surge apenas pela simples expulsão do feto, ou se o resultado morte é relevante para sua caracterização (BITENCOURT, 2012).

No código penal vigente não é diferente, ele limita-se apenas as expressões provocar aborto e consentir, de forma branda, inexata. Marques (2000) aduz que o crime se consuma com a morte do feto ou embrião, pouco importando se o evento morte ocorreu no ventre materno ou fora dele.

Menciona-se que é admissível a incursão na modalidade tentada do crime ora discutida, ou seja, quando o crime de aborto não se consome por vontades alheias a vontade da gestante ou do terceiro. Cita-se como exemplo, a hipótese de se praticar o aborto (própria gestante ou terceiro), e o feto nascer com vida, contrariando a vontade original do agente que realizou a conduta abortiva.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, pois se trata de crime comum, tanto a gestante quanto um terceiro podem praticá-lo. Agora, configura-se sujeito passivo o produto da concepção (feto ou embrião) e, por consequência, á própria gestante.

É inexorável a presença do dolo, pois não existe crime culposos, sendo este dividido em dolo direto e dolo eventual, assim nos ensina Jesus (2012, p.155):

O dolo pode ser direto e eventual. Direto, quando há vontade firme de interromper a gravidez e de produzir a morte do feto. Eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir esses resultados: Ex.: a mulher pratica esporte violento, tendo consciência de que poderá vir a abortar.

Como dito anteriormente, não se admite crime culposos, portanto, a imprudência da mulher grávida não é conduta punível. No caso de terceiro que, culposamente, praticar o aborto, responderá pelo crime de lesão corporal culposa.

Há uma enorme discussão entre juristas e médicos sobre o momento em que se inicia a gestação, para alguns a gravidez começa com a fecundação, ao passo que para outros se dá após a nidação (implantação do óvulo fecundado no útero), o que é adotado atualmente.

Gonçalves (2012, p.154), em sua obra *Direito Penal Esquematizado Parte Especial* nos ensina que: O Ministério da Saúde permite o uso da pílula do dia seguinte no Brasil, e com isso, as mulheres que utilizarem referido medicamento ou os médicos que o prescrevam não correm o risco de serem acusados por crime de aborto, já que, para os que entendam que a gravidez se inicia com a nidação, o fato é atípico, e, para os que acham que já existe gravidez com a fecundação, o uso constitui exercício regular de direito.

Recebido que seja um elemento masculino, fecha-se ao ingresso do outro, e as duas células sexuais – o espermatozoide e o óvulo – passam, desde então, a constituir uma célula única, o ovo ou zigoto, da qual se formará o novo ser (MARQUES 2000, p. 192, apud ALMEIDA JUNIOR, 1948).

Para o âmbito jurídico, os métodos anticoncepcionais (pílula do dia seguinte e demais medicamentos) não são considerados como métodos abortivos, pois são utilizados antes da nidação.

O pressuposto indispensável para a consumação do aborto é a gravidez, independentemente se é proveniente de conjunção carnal ou inseminação artificial. Assim, a tentativa de aborto cumulada com a inexistência da gravidez não configura o tipo penal, pois esta conduta se enquadra em uma das possibilidades de extinção da punibilidade do agente, já que se trata de crime impossível em razão do objeto.

Deste modo, Gonçalves (2012, p. 163) prevê duas hipóteses de crime impossível em razão do objeto:

- a) Quando o feto já está morto, e o agente, sem saber disso, realiza uma manobra pretensamente abortiva.
- b) Quando a mulher se engana, pensando estar grávida, ou quando o resultado de um exame é falsamente positivo, e o agente realiza um ato visando causar a morte do feto, que obviamente não ocorrerá em razão da inexistência de gravidez.

Há um entendimento pacificado pela doutrina quando se trata de gravidez inviável:

Já se decidiu que não importa ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial conclui que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida (MIRABETE E FABBRINI, 2012, p.59).

O aborto pode ser realizado por qualquer meio, em outras palavras, é um crime de ação livre, seja por ação ou omissão, desde que o modo de execução seja apto. Dentre esses procedimentos, podemos destacar a ingestão de medicamento, raspagem e curetagem, sucção do feto, introdução de objetos pontiagudos pelo canal vaginal, entre outros.

Capez (2012, p. 131), por sua vez, classifica em modalidades os meios executórios:

- a) meios químicos:** são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estriquina, ópio etc.;
- b) meios psíquicos:** são a provocação de susto, terror, sugestão etc.;
- c) meios físicos:** são os mecânicos (p. ex., curetagem); térmicos (p. ex., aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (p. ex., emprego de corrente galvânica ou farádica).

Caso o meio seja inapto, insurge a possibilidade de crime impossível em razão do meio ineficaz. Nesta modalidade, o agente tem a intenção de provocar o aborto, percorre todo o *iter criminis*, mas não atinge o resultado almejado, por consequência da utilização de mecanismos impróprios.

Como crime de forma livre, qualquer meio e qualquer forma de comportamento podem ser utilizados na provocação do aborto, desde que tenha idoneidade para produzir o resultado. Assim, benzedeiros, rezas, despachos e similares não são idôneos para provocar o aborto e caracterizam crime impossível, por absoluta ineficácia do meio (art.17 do CP) (BITENCOURT, 2012, p. 165).

Como dito anteriormente, o aborto pode ser configurado em caso de omissão. Na referida modalidade, o crime se configurará quando o indivíduo possuir o papel de agente garantidor, ou seja, aceitou a responsabilidade de prestar os cuidados necessários e evitar a insurgência do resultado, conforme previsto no art. 13, §2º, “b”, do Código Penal.

Para que se caracterize o crime de aborto é necessário o preenchimento de vários requisitos, dentre os quais se destacam o dolo, a gravidez, método abortivo e a morte do feto ou embrião. Em outras palavras, é necessário que haja nexo de causalidade entre a ação, vontade, meio e o resultado.

O aborto é crime que deixa vestígios, razão pela qual é imprescindível que haja um laudo de exame de corpo de delito, conforme preceitua o art. 158 do Código de Processo Penal. Todavia, há casos em que por conta das circunstâncias excepcionais, é inviável a elaboração de laudo de exame de corpo de delito, surgindo à viabilidade de se admitir apenas a produção de prova documental ou testemunhal.

## **2. ESPÉCIES DE ABORTO**

O Código Penal, na parte especial, no título dos crimes contra a vida, tipifica a prática do aborto, tendo sido realizado sua divisão em auto-aborto, aborto consentido, aborto provocado não consentido e aborto qualificado.

Destaca-se ainda, que o ordenamento jurídico pátrio aduz que o fato de ocorrer o aborto, não enseja necessariamente a criminalidade do indivíduo, vez que há previsão de abortos legais, classificados em acidental, natural e legal.

## 2.1. Aborto natural

O aborto natural refere-se aos casos em que a gestante sofre a interrupção da gravidez de maneira espontânea e natural.

Basicamente, trata da prática abortiva realizada de forma involuntária, na qual a vontade da gestante não contribui em nada, e o seu próprio organismo é o responsável pela incidência do evento.

Por conta disso, obviamente não há fundamento lógico para que se tipifique o aborto natural como crime, em razão de a gestante não ter praticado conduta ilícita.

Ademais, verifica-se que neste caso a gestante é a vítima de seu próprio organismo, e não possui meios de evita-lo, e por isso, por inexistir conduta e vontade no resultado aborto, a gestante não pode ser responsabilizada penalmente.

## 2.2. Aborto Acidental

O aborto acidental ocorre quando a gestante, por circunstâncias contrárias a sua vontade, expulsa o feto em razão de um acidente.

Para elucidar a presente modalidade, indica-se o seguinte exemplo: a gestante sofre uma queda, ocasionando traumatismo, ou, na hipótese de ela levar grande susto (JESUS, 2010, p. 151).

Novamente, o aborto não foi consequência de vontade própria da gestante, razão pela qual este caso não está tipificado como crime.

## 2.3. Aborto legal ou permitido

O art. 128 do Código Penal traz em sua redação, a possibilidade da realização do aborto sem que este enseje em conduta criminosa, em outras palavras, são casos em que é permitida a realização do aborto de forma legal.

Desta maneira, o art. 128, do Código Penal dispõe:

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.

Como se nota, o aborto necessário e o sentimental é o ato de interrupção de gravidez, praticada pelo próprio médico. Tendo em vista sua natureza excepcional, onde se busca proteger a saúde e integridade física da gestante, é viável a incidência de excludente de ilicitude, todavia não enseja a excludente de culpabilidade ou punibilidade, apesar de existir semelhanças entre elas.

É importante ressaltar ainda, que há outra hipótese de realização de aborto de forma legal que não está disposto no art. 128 e seus incisos, conhecido como aborto eugênico, e está respaldada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a qual será melhor analisada adiante.

### **2.3.1. Aborto necessário**

Segundo o entendimento doutrinário, o aborto necessário ou aborto terapêutico como é denominado, está vinculado ao estado de necessidade da vida da gestante.

O aborto necessário é subdividido em curativo e preventivo. O primeiro é realizado para salvar a vida da gestante, já o segundo é praticado quando o prosseguimento da gravidez irá lhe causar um grande risco à vida.

Nesta modalidade abortiva, se faz necessário o preenchimento de dois requisitos seja quais: a) o perigo de vida da gestante; b) a inexistência de outro meio capaz de salva. Ressalta-se ainda, que o simples perigo a saúde, ainda que grave, não é suficiente para incidir a realização do aborto.

Muito se discute da necessidade ou não da outorga da gestante para a realização do aborto. Ocorre que esta espécie não se confunde com o aborto sentimental, o qual é necessário tal consentimento.

O médico tem o papel de garantidor, portanto não necessita de permissão para realizar o aborto, pois está em estrito cumprimento do dever legal, bastando apenas à verificação do iminente perigo a vida gestante. No entanto, quando o caso é de perigo mediato, mesmo respaldado pela legislação, é aconselhável que haja o consentimento da mesma, sem o qual não deve proceder ao ato.

O artigo 128 do Código Penal restringiu apenas aos médicos a conduta abortiva de forma legal, deixando de fora a possibilidade de um terceiro cometer o

abortamento. Todavia, o mesmo código em seus art. 23, inciso I e art. 24, autorizou a realização do aborto por terceiro leigo na medicina bastando apenas também, a simples aferição de estado de necessidade.

### **2.3.2. Aborto Sentimental**

Visivelmente entre os diversos crimes existentes na legislação brasileira, o estupro é alvo de diversas represálias, em razão de possuir características peculiares, interferindo na integridade física, bem como psicológica da vítima.

Em razão dessas circunstâncias, sem que haja a necessidade de a gestante correr risco de vida ou mesmo o feto, é concedida a mulher, vítima de estupro a escolha de realizar o aborto (art. 128, II do Código Penal).

O aborto humanitário, também denominado ético sentimental, é autorizado quando a gravidez é consequência do crime de estupro e a gestante consente na sua realização. Pelo nosso Código Penal não há limitação temporal para a estuprada-grávida decidir-se pelo abortamento (BITENCOURT, 2012, p.173).

Assim, nota-se, que o elemento temporal é irrelevante para a realização do aborto, desde que se preenchido os requisitos de gravidez resultante de estupro e prévio consentimento da gestante ou, no caso de incapaz, de seu representante legal.

É importante ressaltar ainda, que a doutrina e a jurisprudência tem um entendimento pacificado, o qual autoriza a realização da prática abortiva nos casos em que a gravidez resultar de atentado violento ao pudor, aplicando o dispositivo legal de forma analógica.

Nesta modalidade, são admissíveis todos os meios de prova admitida em direito para elucidar a veracidade dos fatos. É importante destacar ainda, que não se faz necessário à autorização judicial/processo criminal para realização do abortamento, bastando apenas, que o meio utilizado convença o médico da incidência do crime.

Nestes moldes, nos ensina Fabbrini e Mirabete (2012, p. 64):

Para que o médico pratique o aborto não há necessidade, evidentemente, de existência da sentença condenatória contra o autor do estupro e nem mesmo de autorização judicial. Deve ele se submeter-se apenas ao Código

de Ética Médica, admitindo como prova elementos sérios a respeito da ocorrência de estupro (boletim de ocorrência, declarações, atestados etc.).

Assim, caso o médico seja induzido ao erro, não sendo a gravidez oriunda de estupro ou atentando violento ao pudor e, por consequência, realize o aborto, não responderá criminalmente. Todavia, o mesmo não acontece com a figura da gestante, a qual deve responder pelo crime na íntegra.

### 2.3.3. Aborto Eugênico

Na maioria das espécies de aborto legal, o organismo da gestante não resiste à gestação, ou sofre alguma interferência que leva a expulsão do feto.

Em contraponto, está o aborto eugênico, no qual não é necessariamente o corpo da mulher que interfere na gestação, mas na realidade o próprio feto apresenta graves e irreversíveis problemas genéticos.

Como forma de melhor elucidar a presente modalidade, cita-se como mais comum exemplo, os casos em que se está gestando o feto anencefálico. Nesta hipótese não há crime, conforme nos ensina Capez (2012, p. 146).

Aliás, no que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, entendemos que não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida.

Seguindo o mesmo pensamento a Lei de Transplante de Órgão (Lei n. 9.434, de 4-2-97) em seu artigo terceiro aduz que:

**Art. 3º** A retirada **post mortem** de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico **de morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.<sup>4</sup>

Com base no artigo supracitado, percebe-se que sem a atividade encefálica, não há vida, e sem o elemento vida é permitido à retirada de material post mortem.

<sup>4</sup> LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm) Acesso em 09 de out . 2017.

Portanto, o aborto de feto com anencefalia é considerado como fato atípico, sendo assim isento de punição.

O pleno do STF julgou o ADPF nº 54, impetrado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, no sentido de que não há prática de crime abortivo nos casos de interrupção da gravidez quando o feto apresentar anencefalia<sup>5</sup>.

## **2.4. Aborto Criminoso**

O aborto criminoso está previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal, é tipificado de quatro formas: o auto-aborto, o aborto consentido, o aborto provocado não consentido e o aborto qualificado.

### **2.4.1. Auto-aborto e Aborto Consentido**

Estas modalidades abortivas estão previstas no art. 124 do Código Penal:

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

Pena – detenção de um a três anos.

A primeira parte do artigo acima citado, aduz sobre a modalidade do auto-aborto, o qual é praticado pela própria gestante, sem ajuda de um terceiro. Trata-se de um crime especial, podendo ser realizado por qualquer meio desde a ingestão de medicamento até a queda intencional.

Vale destacar que não se pune tentativa de aborto quando o fato é oriundo de uma tentativa de suicídio da gestante, pois não se pune autolesão. Contudo, a doutrina diverge muito quando a tentativa de suicídio ocasiona apenas a morte do feto. O primeiro entendimento é de que o fato é atípico, vez que não há a intenção de cometer o crime, já o segundo posicionamento é que nestes casos deve-se incidir o dolo na modalidade eventual.

---

<sup>5</sup> ADPF 54/ DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acessado em 08/11/2017.

O sujeito ativo deste crime é a própria gestante, um requisito imposto pela lei, por se tratar de um crime de mão própria. Enquanto o sujeito passivo é o produto da concepção.

A segunda parte do artigo trata sobre o aborto consentido, este é realizado por um terceiro, com o consentimento da gestante, independente de pagamento para a realização do ato, sendo o mais utilizado atualmente.

Destarte, nesta modalidade, a gestante responde pelo artigo 124 do Código Penal, enquanto o terceiro responde pela prática tipificada no art. 126 do mesmo dispositivo, onde a pena é mais elevada.

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 débil mental, ou se o consentimento é obtido com o emprego de fraude, grave ameaça ou violência.

É Imprescindível que haja o consentimento, e que este dure até o termino do ato abortivo, sem o qual o crime muda de figura e passa a ser aborto provocado sem o consentimento da gestante art. 125 do Código Penal.

Ressalta ainda, que está previsto no paragrafo único do artigo 126 do CP, outras causas de incidência da aplicação do art. 125 do CP, o qual a pena é mais grave, por presunção de ausência de consentimento da gestante.

Jesus (2012, p. 201), em sua obra de Direito Penal Parte especial, classificou o não consentimento da de duas formas: O dissentimento da ofendida pode ser real ou presumido. Real, quando o sujeito emprega violência, fraude, ou grave ameaça. Presumido, quando ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental

Para este tipo penal, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo, desde que seja capaz de realizar o procedimento abortivo, e ainda, há à possibilidade de incidir a participação. Agora no que diz respeito ao sujeito passivo, somente é admitido o produto da concepção, vez que é afastado a hipótese da gestante ser tratada como vítima, em razão do seu consentimento.

Tanto no crime de auto-aborto, quanto no de aborto provocado com consentimento da gestante, é possível a suspensão condicional do processo por se tratarem de crimes cuja pena mínima é de um ano, desde que sejam preenchidos os requisitos impostos pela lei para a concessão de tal benefício.

### **2.4.2 Aborto não consentido**

Aborto provocado não consentido é dentre as modalidades abortivas, a que mais é punida com rigor, pois sua sanção é de reclusão, de três a dez anos, prevista no artigo 125 do Código Penal. Como mencionado anteriormente, se encaixa neste tipo penal também as hipóteses do paragrafo único do artigo 126 do referido código.

### **2.4.3 Aborto qualificado**

Aborto qualificado é uma das modalidades prevista no ordenamento jurídico pátrio que se configura quando os meios utilizados para a prática da interrupção da gravidez ocasionar lesão corporal de natureza grave (a pena é aumentada em um terço), ou resultar na morte da gestante (a pena é duplicada), estas hipóteses estão previstas no art. 127 do Código Penal.

Ressalta-se também, que é admitido o aborto qualificado somente quando o crime for praticado por um terceiro, motivo pela qual não é admitida a autolesão no ordenamento jurídico pátrio. Assim nos ensina Jesus (2012, p.159):

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

Nos casos em que os métodos abortivos acarretarem em lesão corporal de natureza lese, não se aplicará ao agente este dispositivo penal de qualificação, mas sim apenas o que se refere às outras modalidades de aborto ilícito.

Destaca-se também a tentativa de aborto qualificado, esta se caracteriza nos casos onde a interrupção da gravidez não gera o resultado almejado, o feto sobrevive, porém a gestante sofre uma lesão corporal de natureza grave.

## **CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIOS E DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal é a norma que fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico pátrio, por conta disso, se faz necessário compreender o conceito de Constituição e, principalmente, qual a sua finalidade.

Araújo e Junior (2012, p. 21) conceituam a constituição da forma a seguir:

A palavra constituição apresenta um sentido equívoco. Sua origem remonta ao verbo constituir, que tem significado de ser base de; a parte essencial de; formar, compor, empregado em expressões triviais, como a constituição de uma cadeira ou a constituição de uma mesma.

Enquanto Motta e Barchet apud Bonavides (2007, p. 18), em sua obra curso de direito constitucional dão o seguinte conceito a Constituição:

A Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo<sup>6</sup>.

A Constituição é lei soberana, base fundamental do estado, como dito anteriormente, cujo papel é de fortalecer e garantir à ordem econômica, o sistema de governo, a repartição dos poderes e os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional. – 10. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015. – (Série EDP). p. 57, apud Canotilho.

É na carta magna que estão previstas as normas materialmente constitucionais, e as normas formalmente constitucionais que são os demais temas considerados como indispensáveis de previsão constitucional.

## **2. VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

O conceito de validade, vigência e eficácia da norma constitucional variam, tendo em vista que a validade está atribuída ao cumprimento de todos os requisitos legais de criação da mesma, a vigência está relacionada à capacidade da lei para gerar seus efeitos, enquanto a eficácia é condicionada a aplicação do texto constitucional no meio social e jurídica.

Na presente discussão, dá-se maior notoriedade e será abordada com maior ênfase a eficácia, a sua classificação, e o modo como é aplicada no ordenamento jurídico atual.

As normas constitucionais são classificadas conforme sua eficácia, ainda que esta seja mínima, teoria tripartite de Jose Afonso Silva<sup>7</sup>. Desta forma elas se classificam em: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Assim, Motta e Barchet apud Silva (2007, p. 65) conceituam as normas de eficácia plena da seguinte forma:

Normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição são aptas a produzir na integralidade os efeitos jurídicos a que se dispõem. São normas, portanto, que trazem em si mesmas todos os elementos necessários à plena deflagração de seus efeitos, sem necessidade de normatização infraconstitucional posterior que a complemente. Em virtude disso possuem aplicabilidade direta, imediata e integral.

Essa classificação se caracteriza pelo seu efeito imediato e ilimitado, a qual independe de outra lei infraconstitucional regulamentadora. É norma autoaplicável, diferente das demais classificações a seguir analisadas. Cita-se como exemplo, o art. 5º, II, da CF, o qual dispõe o princípio da legalidade, determinando que ninguém será obrigado a “fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo/ revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.1.11.2009, publicada em 12.12.2009, com adendo das EC ns. 63 e 64/2010. 33 ed. – São Paulo: Malheiros 2010.

Veja que esta norma não necessita de regulamentação complementar, simplesmente, confere a todos a regência do princípio da legalidade, sem apresentar qualquer lacuna.

Normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que possuem todos os elementos necessários à imediata produção de seus efeitos, mas admitem que os mesmos sejam restringidos pela legislação infraconstitucional, por certos conceitos jurídicos nela mesmo prescritos ou mesmo por outras normas constitucionais. Considera-se que tais normas tem aplicabilidade direta e imediata [...], mas não integral (MOTA e BARCHET apud SILVA 2007, p.66).

Já nesta modalidade classificatória, o dispositivo constitucional diferente da das normas de eficácia plena, admite uma regulamentação infraconstitucional posterior, pois ela é regulamentada de forma não completa. Ex. art. 5º, XIII, da CF, segundo o qual aduz sobre a livre iniciativa do trabalho.

As normas constitucionais de eficácia limitada, aquelas que não forem elaboradas com todos os elementos indispensáveis à plena produção de seus efeitos, necessitando, para tanto, da edição de uma legislação, não estão aptas para a produção integral de seus efeitos. Em função disso, afirma-se que sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida (MOTA e BARCHET apud SILVA 2007, p.67).

As normas de eficácia limitada necessitam de regulamentação posterior, pois ela não tem força e não possui qualquer eficácia jurídica. Em razão disso, elas possuem eficácia mínima, negativa, dão ao legislador o dever de legislar. Ex. art 4º, p. único.

Há quem entenda que o direito a vida, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, é uma norma de eficácia contida, vez que tem aplicabilidade imediata, direta, mas com efeito reduzido, já que o legislador infraconstitucional restringiu a sua aplicabilidade. Podem-se mencionar como exemplo, as hipóteses de aborto legal previstos no art. 128 do Código Penal.

Porém, em posicionamento contrário, esse dispositivo constitucional se enquadra como uma norma de eficácia plena, tendo em vista que possui aplicabilidade imediata, direta e integral.

Ademais, verifica-se que o direito se trata de uma norma fundamental que protege o indivíduo, razão pela qual, logicamente, não se veria como fundamental o referido disposto, se fosse alvo fácil de restrições.

### **3. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

#### **3.1. Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais**

A Constituição Federal é a norma que está acima das demais leis no ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, as demais normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a carta magna, tanto na sua criação, quanto em sua aplicação.

Com base nesse princípio, a Constituição Federal está no ápice do sistema jurídico brasileiro e, por consequência, nenhuma norma ordinária pode contrariá-la, sob pena de ser declarada inconstitucional (MOTTA E BARCHET, 2007).

É importante ressaltar ainda, que incumbe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardar o disposto constitucional. Assim, toda vez que houver um conflito de normas constitucionais cabe a ele dirimir a lide.

#### **3.2. Princípio da Proporcionalidade**

Segundo o princípio da proporcionalidade, o magistrado deve aplicar a lei de forma razoável, levando em consideração o caso em questão e norma positivada, sempre ponderando para que a aplicação do dispositivo seja proporcional.

O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o interprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma (ARAUJO e JUNIOR, 2010, p. 111).

Portanto, sempre que houver um conflito entre direitos constitucionais é necessário que haja uma ponderação no momento da aplicação da lei, de forma que cause o menor dano possível ao indivíduo.

#### **3.3. Princípio da Máxima Efetividade**

O princípio da máxima efetividade, ou como é conhecido também do princípio da eficiência, aduz que o exegeta deve dar ao dispositivo constitucional a maior interpretação e eficiência possível no momento de sua aplicação.

Em caso de conflito entre normas constitucionais, deve sempre aplicar tal princípio de forma ágil e com maior precisão a fim de dirimir a lide. Agora quando o conflito é entre dispositivo constitucional e lei infraconstitucional deve se aplicar o princípio da Hierarquia das Normas constitucionais.

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta (MENDES e BRANCO, 2015, p. 108).

O princípio impõe ao interprete, por conseguinte, a interpretação que maior força jurídica confira à norma constitucional, reconhecendo eficácia em todos os seus elementos constitutivos (MOTTA E BARCHET, 2007, P.87).

### **3.4. Princípio da Unicidade**

Tal princípio considera-se a Constituição como um sistema, e nessa medida, um conjunto coeso de normas. Essa Particularidade, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, significa que “a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas.”<sup>8</sup>

Segundo tal princípio, a constituição é revestida de uma unidade, ou seja, os dispositivos constitucionais devem ser analisados no todo, e não isoladamente. Assim, dessa forma, mesmo que haja conflitos entre normas constitucionais, cabe o legislador interpretar a constituição de forma única e não utilizar somente os institutos que melhor lhe interessar.

No entanto, caso ainda reste um resquício de conflito, deve se aplicar os demais princípios constitucionais, dentre quais podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da unicidade constitucional.

## **4. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

---

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. – 12 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 186 apud Direito Constitucional, 4 ed., p. 1186.

Os Direitos Humanos Fundamentais são o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à dignidade humana, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais<sup>9</sup>.

A temática de direitos humanos fundamentais se concretizou com os inícios das primeiras constituições, Constituição Norte Americana e a Constituição Francesa, a qual marcou uma revolução com o lema liberdade, igualdade e fraternidade.

O Ápice da institucionalização dos direitos humanos fundamentais se deu em 1948, onde foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Nela foi inscrita os direitos do homem de primeira e segunda geração.

Destarte, as matérias contidas na declaração são: a liberdade pessoal, a igualdade, com proibição das discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural [...], aos meios de subsistência<sup>10</sup>.

A Constituição Federal da Republica, trouxe em seu texto legal os direitos humanos, sob o titulo de direitos de fundamentais, e ainda, previu a possibilidade de equiparação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a normas constitucionais, por meio de um rito especial.

## 5. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Direitos são bens da vida cujas normas jurídicas consagram, garantias são os instrumentos previstos em normas jurídicas para assegurar a plena fruição desses bens, dos direitos<sup>11</sup>.

A Carta Magna de 1988 subdividiu os direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos, no titulo II os direitos e garantias fundamentais, dentre as quais se

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2002 – (Coleção temas jurídicos; 3), p. 39.

<sup>10</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 1934. Direitos Humanos Fundamentais. – 10. ed. . – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

<sup>11</sup> MOTTA E BARCHET. Curso de Direito Constitucional. – Ed. atual. até a EC nº 53/06. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 160.

destaca os direitos individuais e coletivos, direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Todavia, esse rol não é taxativo, tendo em vista que há inúmeros direitos fundamentais que não estão inclusos no título II. Araujo e Junior (2010, p. 132) aduzem que os Direitos Fundamentais constituem uma **categoria jurídica**, constitucionalmente erigida e vocacionada à **proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões**.

Neste aspecto, é importante ressaltar-se que conforme previsto no artigo 60, §4º da Constituição Federal, os direitos individuais e coletivos fundamentais são cláusulas pétreas, sendo assim, imutáveis.

## **5.1. Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos**

### **5.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A Carta Magna tem como principal fundamento o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está previsto no art. 1, III, da Constituição Federal de 1988.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, 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 (MORAES, 2002, p. 60).

Conclui-se que ninguém tem a prerrogativa de violar os direitos fundamentais individuais de outra pessoa, inclusive o da vida intrauterina, tendo em vista que é dever do Estado garantir sua proteção com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

### **5.1.2. Do Direito à Vida**

O Direito à Vida é o mais importante entre os direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, está previsto na Constituição Federal, sendo classificado como direito fundamental de primeira geração, pois o seu respaldo gera

por consequência a existência e exercícios dos demais direitos, sob a exigência de direito inviolável, uma cláusula pétrea.

Art. 5 ° da Constituição Federal de 1988: 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, nos termos seguintes:

O direito a vida é considerado para muitos doutrinadores constitucionalista como o maior e mais importante direito previsto no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que todos os demais direitos são dependentes e decorrentes dele.

Dentre esses doutrinadores podemos destacar Tavares: é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais consagrado.<sup>12</sup>

Portanto, qualquer ato que tenha como finalidade ceifar a vida é considerado como crime, tendo em vista que viola a norma penal e o dispositivo constitucional.

Ramos aduz que o direito a vida engloba diferentes facetas, que vão desde o direito de nascer, até de permanecer vivo e de defender a própria vida [...], suscitando a necessidade de dividir a proteção à vida em dois planos: a dimensão vertical e a dimensão horizontal<sup>13</sup>.

A dimensão vertical está relacionada à proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano, que vão desde a concepção até a morte, vedando qualquer forma de interrupção do processo vital por um terceiro ou pelo próprio estado.

A dimensão horizontal está vinculada a qualidade da vida, que deve ser garantida pelo estado, como a saúde, o lazer, a educação etc..., resumindo, tudo que é necessário para o indivíduo gozar de uma vida digna.

A Constituição assegurou o direito à vida. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. – 12 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pag. 425.

<sup>13</sup> RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva 2017, p. 615.

<sup>14</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e JUNIOR, Vidal Serrano Nunes - Curso de direito constitucional. 14. Ed. – São Paulo: Saraiva 2010;, p 161.

Cabe ao Estado assegurar a aplicabilidade do dispositivo constitucional em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência (Moraes, 2012).

Objeto de grande discussão é o momento em que se inicia a vida. Como dito no capítulo anterior, isso não possui um entendimento pacificado, pois há várias teorias que dão fundamento a esta celeuma, dentre quais podemos destacar a teoria da nidação, teoria da concepção, teoria da implementação do sistema nervoso, teoria dos sinais eletro encefálicos.

A Convenção Internacional de Direitos Humanos adota a teoria da concepção, art. 4. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente<sup>15</sup>.

O direito à vida é intocável, sendo que a constituição federal fez por bem estabelecer expressamente a impossibilidade de se fraudá-la, indicando, conforme se vê no Código Penal, a tipificação para aqueles que atentarem contra a vida humana.

A penalização do aborto (CP, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida ultra-uterina, mas também a intra-uterina, pois se qualifica-se como verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardo legal o direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial (MORAES 2002, p. 90).

Dessa forma, ninguém pode ser privado desse direito individual fundamental vez que o aborto até o terceiro mês de gestação, bem como, nos demais casos, é considerado uma decretação de pena de morte a um inocente, o que é vedado também nesta Carta Magna.

### 5.1.2.1 Direito a vida no Código Civil

O Código Civil de 2002, por meio da personalidade jurídica, concede-se a uma pessoa física ou jurídica a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair

---

<sup>15</sup> Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Visto 03/11/2017. Convenção Internacional dos Direitos Humanos.

deveres na ordem jurídica, ou seja, em outras palavras, a personalidade confere à pessoa física e à pessoa jurídica uma seleta gama de direitos e obrigações.

O Art.2º do Código Civil prevê o início da personalidade jurídica: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**

A primeira parte do artigo 2º do Código Civil aduz sobre o momento em que a pessoa adquire personalidade jurídica, é de grande importância para o direito das obrigações. Enquanto, a segunda parte deste artigo resguarda os demais direitos ao feto, sendo um deles o direito à vida.

A grande discussão ocorre em torno de qual o momento em que o indivíduo passa a ser revestidos de personalidade jurídica. A doutrina civilista e o próprio código civil adotam a teoria da concepção, portanto, desde a concepção o embrião já é dotado de personalidade jurídica.

A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro (GAGLIANO, FILHO 2010, p. 197).

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, em seu art. 6º, III, referiu-se ao direito à vida como algo inerente à pessoa humana, o qual deve ser protegido por lei, e ainda, aduz que ninguém pode ser privado de sua vida<sup>16</sup>.

### **5.1.3. Princípio da Isonomia**

O princípio da isonomia ou da igualdade, em linhas gerais, estabelece a todos os brasileiros e estrangeiros residentes ou domiciliados no país, um tratamento jurídico igual, vedando toda e qualquer forma de desigualdade, salvo se esta for para equiparar a desigualdade já existente.

O princípio da igualdade atua de duas formas distintas, sendo a primeira inerente ao legislador, a qual determina que a criação das leis deve sempre almejar o tratamento igualitário, e o segundo é relacionado ao interprete que deve aplicar no plano concreto essas normas com o mesmo intuito, afastando toda forma de desigualdade.

---

<sup>16</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Visto em 03/11/2017. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.

Alexandre de Moraes, em sua obra direitos humanos fundamentais, ensina que princípio da isonomia tem uma tríplice finalidade limitadora: Limitação ao Legislador, ao interprete/autoridade pública e ao particular.

O legislador, no exercício do de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante de inconstitucionalidade. [...]. O interprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar e aumentar desigualdades arbitrárias [...]. o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor (MORAES, 2002, p.93).

Assim, a Constituição, por meio desse princípio, veda qualquer tipo de discriminação e tratamento não igualitário.

#### **5.1.4. Igualdade entre homens e mulheres**

Não bastando apenas o respaldo igualitário pelo princípio da igualdade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso I, garante que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A igualdade consiste em um atributo de comparação de tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos, Conseqüentemente, o direito à igualdade consiste na exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna<sup>17</sup>.

Assim, é vedada qualquer forma de discriminação em razão do sexo sempre que o motivo por traz dela seja o tratamento desigual. Todavia, o mesmo não acontece quando a finalidade do ato e de igualar a relação entre ambos. Podemos citar como exemplo a Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio.

#### **5.1.5. Princípio da Legalidade**

O Princípio da Legalidade está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal e estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei.

---

<sup>17</sup> RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva 2017, p. 625.

Tal dispositivo vincula tanto o indivíduo quanto ao Estado. Assim, este só poderá impor obrigações ao indivíduo por meio de Lei, a qual deve obedecer todos os parâmetros legais de elaboração e promulgação, e o indivíduo só responderá pelos atos ilícitos previstos na norma.

Em outras palavras, o princípio da legalidade é mais uma garantia fundamental do que propriamente um direito fundamental individual.

#### **5.1.6. Direitos Sexuais e Reprodutivos**

Os direitos sexuais são direitos inerentes a todas as pessoas, o qual tem por finalidade garantir a liberdade sexual, livre de qualquer tipo de ofensa e discriminação. Ex. o direito de escolher o companheiro, o direito de ter um sexo seguro por meio dos métodos preventivos.

Os direitos reprodutivos são direitos essenciais ligados aos casais e a todos os cidadãos de decidir a quantidade e o momento em terão os filhos, e ainda, as informações necessárias que levem a melhor compreensão sobre o assunto.

#### **5.1.7. Integridade Física e Psíquica**

A integridade física é a qualidade de íntegro, o corpo do ser humano é inviolável. Assim, qualquer ato atentatório que lesione ou leve a morte o indivíduo deve ser punido com sanção penal.

Já a integridade psíquica está relacionada à mente, em outras palavras ao “psicológico”, toda pessoa tem o direito a ter uma mente saudável, a qual não pode ser perturbada, sob pena também de responder criminalmente o agente ofensor.

É dever do Estado em ambas às modalidades, por meio de políticas públicas garantir a integridade física e psíquica das pessoas, de forma que elas tenham acesso a uma saúde digna e, por consequência, uma vida saudável.

#### **5.1.8. Pena de Morte**

O artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal vigente proíbe a aplicação da pena de morte no ordenamento jurídico pátrio, salvo exceção nos casos de guerra. De acordo com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, não será objeto

de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Mesmo emenda constitucional não poderia tornar possível a pena de morte em outros casos fora do contexto de guerra declarada, pois o direito à vida é cláusula pétrea. RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva 2017

## **CAPÍTULO 4 - A INCOSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O TERCEIRO MÊS DE GESTAÇÃO**

### **1. DECISÃO DO STF NO HABEAS CORPUS N.º. 124.306/ RJ**

No dia 29 de novembro de 2016, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus n.º. 124.306/RJ revogando a prisão preventiva dos integrantes de uma clínica clandestina que realizavam aborto no estado do Rio de Janeiro. No caso em questão, os indivíduos eram acusados pela prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (art. 124 e 126, ambos do Código Penal).

É importante ressaltar ainda, que no caso em estudo não havia nenhuma mãe sendo acusada pela prática do aborto, mas apenas os componentes da clínica clandestina.

Os acusados foram presos em flagrante no ano de 2013, o juiz de primeiro grau revogou a prisão, o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro recorreu e o Tribunal decretou a prisão preventiva, a qual foi mantida pelo STJ. No ano de 2014, em sede do STF, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, revogou a prisão preventiva pela ausência dos requisitos da ameaça ordem pública e o risco a aplicação da lei.

A defesa fundamentou o Habeas Corpus com base na ausência dos requisitos da prisão preventiva, ressaltando que os acusados possuem bons antecedentes, são réus primários e possuem residência e trabalho fixo, e ainda, alegou que uma possível condenação seria desproporcional a medida cabível, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento de pena, caso fossem condenados, seria o regime aberto.

No julgamento do mérito, o Ministro Luiz Roberto Barroso pediu vistas do processo, e no dia 29 de novembro de 2016 apresentou seu voto no sentido de que o HC não era a medida correta a ser tomada, vez que cabia um recurso específico para o caso, porém mediante ordem de ofício concedeu e o estendeu aos corréus. Os demais ministros da primeira turma Edson Fachin e Rosa Weber concordaram com o voto do Ministro Barroso. O ministro Fux concedeu aos acusados de ofício o HC, e revogou a prisão preventiva apenas.

Ocorre que, além de revogar a prisão preventiva dos acusados o Ministro Barroso invocou que a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação é inconstitucional. Como se nota no resumo do voto de vista.

RESUMO DO VOTO-VISTA: O MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:<sup>19</sup>  
 Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal,

---

<sup>19</sup> Toda a fundamentação do voto de vista do Ministro Barroso e os demais votos dos ministros seguem no Anexo A.

Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corrêus.<sup>20</sup>

De acordo com o referido voto, a proibição do aborto até o terceiro mês de gestação, viola para a mulher, os direitos fundamentais individuais, principalmente para as que pertencem à classe social baixa, e que não possuem acesso ao tratamento em clínica particular, sendo fundamentado pelo: a) princípio da proporcionalidade; b) autonomia resguardada ao princípio da dignidade humana; c) o direito integridade física e psíquica da gestante; e, d) direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

É prerrogativa do Supremo Tribunal Federal zelar pela eficácia da aplicabilidade das normas constitucionais e realizar o controle de constitucionalidade quando houver violação ao texto constitucional por um dispositivo infraconstitucional ou por uma decisão judicial.

Todavia, o Ministro se equivocou na referida decisão, isto é, não respeitou os dispositivos constitucionais e os princípios interpretativos das normas constitucionais, levando em consideração apenas os direitos e princípios que lhe interessavam como seguem a análise a seguir.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, o magistrado deve aplicar a norma constitucional de acordo com o caso, sempre com o objetivo de extrair uma medida justa para dirimir o conflito.

A autonomia da mulher foi fundamentada com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo um valor de cunho moral e espiritual inerente à pessoa que deve ser respeitado e garantido pelo Estado.

A integridade física é a qualidade de íntegro, o corpo do ser humano é inviolável. Já a integridade psíquica está relacionada à mente, em outras palavras ao “psicológico”.

De acordo com o ministro, considerar o aborto como crime até o terceiro mês de gestação, estaria violando a igualdade entre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher perante o homem. Isto, em razão de a mulher não possuir a escolha de engravidar, sendo que biologicamente, o homem não teria de passar por

---

<sup>20</sup> HABEAS CORPUS N°. 124.306/ RJ. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed). Acessado em 08/11/2017.

esta situação. Assim, em tese, a mulher deveria ter o direito de escolha acerca de gestar ou não o feto.

Veja que o Ministro em tela realiza equiparação entre direitos existentes para as mulheres e os homens, sem mencionar qual direito o feto teria.

Todavia, em qual momento os direitos individuais fundamentais do feto foram sobrepesados no julgamento do HC? Dignidade da pessoa humana? O direito a inviolabilidade da sua integridade física? O Direito ao tratamento isonômico? O Direito à vida? E o seu direito de defesa? O feto não é um ser humano em formação, dotado de expectativa de vida?

Destarte, em tal decisão do mesmo Egrégio não buscou uma justa medida nessa relação, isto é, analisou somente os direitos inerentes a mulher deixando de lado os direitos fundamentais do feto. O feto é um ser dotado de dignidade humana, a qual deve ser respeitada e garantida pelo estado, e não violada.

Os dispositivos constitucionais, segundo o princípio da unicidade, devem ser analisados de forma única, como um todo, sem que haja conflito entre eles. Ocorre que a liberação do aborto até o terceiro mês de gestação é uma afronta direta ao direito a vida<sup>21</sup>, e ainda, é uma decretação de pena de morte ao feto<sup>22</sup>.

A equiparação que deveria ser feita, é em relação ao feto com a mulher, e não a igualdade entre direitos sexuais reprodutivos com o homem. A gravidez é uma questão biológica e não cabe ao interprete ingressar nesse campo a qual é leigo, mas sim julgar apenas a questão jurídica.

É óbvio que o Estado não pode intervir na vida das pessoas, salvo em algumas exceções, porém, ele também não pode delegar a um terceiro o direito de escolher quem deve viver ou não.

Segundo o princípio da supremacia das normas constitucionais, todas as decisões e as leis infraconstitucionais que lesarem os dispositivos constitucionais já nascem nulas, revestidas de inconstitucionalidade<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> A constituição assegurou o direito à vida. Em outras palavras, o texto constitucional proibiu a adoção de qualquer mecanismo que, em última análise, resulte na solução não espontânea do processo vital (ARAÚJO, JUNIOR, 2010, p 161).

<sup>22</sup> O artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal vigente proíbe a aplicação da pena de morte no ordenamento jurídico pátrio, salvo exceção nos casos de guerra. De acordo com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

<sup>23</sup> Com base nesse princípio, a Constituição está no ápice do sistema jurídico brasileiro e, por consequência, nenhuma norma ordinária pode contrariá-la, sob pena de ser declarada inconstitucional (MOTTA E BARCHET, 2007).

A solução que seria em tese plausível para acabar com esse conflito é a criação de uma nova Constituição Federal, retirando do texto constitucional a inviolabilidade do direito a vida, tendo em vista que o art. 5º da Carta Magna vigente é considerado como uma cláusula pétrea, não podendo ser modificada por uma emenda constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto, segundo os relatos, surgiu na China, e vem sendo alvo de discussões e arrastando-se através dos séculos, tanto pelos povos, quanto por grandes filósofos e juristas.

O advento da criminalização do aborto se deu com a ascensão do cristianismo, a Igreja Católica passou a repudiar atos que atentem contra a vida, principalmente a do feto.

No País o aborto é tratado como crime, tipificado no art. 124 ao art. 127 do Código Penal. Ademais, há hipóteses em que a prática do aborto é permitida e são elas, aborto necessário e aborto sentimental, ambas previstas no art. 128 do Código Penal. Ressalta-se ainda, que o ordenamento jurídico pátrio não criminaliza também os casos de aborto eugênico, aborto natural e aborto acidental.

Em dezembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no sentido de que o aborto até o terceiro mês de gestação fere os direitos individuais da mulher, e que os artigos do Código Penal que o ampara são inconstitucionais, sendo assim, incluiu de forma indireta mais uma modalidade de aborto legal no ordenamento jurídico.

Tal decisão, foi proferida no HABEAS CORPUS N°. 124.306/ RJ, impetrado pelos membros de uma Clínica Clandestina que estavam reclusos preventivamente.

O relator do processo era o Ministro Marco Aurélio, e o objetivo do remédio constitucional era revogar a prisão preventiva dos acusados membros da Clínica. O Ministro Barroso pediu vista do processo e, em momento posterior, votou a favor da revogação da prisão e da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação.

O Ministro Barroso fundamentou sua decisão no Princípio da Proporcionalidade, na Autonomia da Mulher com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nos direitos sexuais e reprodutivos e ainda a inviolabilidade da integridade física e psíquica da gestante.

Ocorre que, segunda o Princípio da Unicidade, a Constituição deve ser analisada de forma igual, como uma norma única. Por essa razão, sob a mencionada ótica, a decisão da legalização do aborto até o terceiro mês de gestação é inconstitucional, vez que fere o Direito a Vida do Feto e indiretamente, confere a mulher, escolha que não lhe pertence.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AQUINO, Felipe. O catecismo da igreja responde de A a Z. Ordem alfabética. 15. Ed. – São Paulo: Cleofas, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David e JUNIOR, Vidal Serrano Nunes - Curso de direito constitucional. 14. Ed. – São Paulo: Saraiva 2010;

ADPF 54/ DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acessado em 08/11/2017.

BIBLIA AVE MARIA. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/exodo/21/>. Acessado em 08/11/2017.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. – 12. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12º ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO DE 1830. Brasil. 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 27 de set. 2017.

CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DE 1890. Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm). Acesso em 27 de set. 2017.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acessado em 03/11/2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO: Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/aborto>. Acesso em: 13 Jun. 2017:

EVANGELIUM VITAE: Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html). Acessado em 08/11/2017.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 1934. Direitos Humanos Fundamentais. – 10. ed. . – São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stoze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral. 12. Ed. Ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

JESUS, Damásio de – Direito Penal, 2º volume: parte especial; Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio/ Damásio de Jesus – 32. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

HABEAS CORPUS N°. 124.306/ RJ. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/439196668/andamento-do-processo-n-124306-habeas-corpus-16-03-2017-do-stf?ref=topic_feed). Acessado em 08/11/2017.

LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm) Acesso em 09 de out . 2017.

MATIELO, Fabrício Zamprogna, 1968 – Aborto e direito penal- Porto Alegre: Sagra : DC Luzzatto, 1994.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. – Campinas: Millennium, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional. – 10. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2015. – (Série EDP).

MILANESI, Maria Lucila. O Aborto Provocado – São Paulo: Pioneira, 1970.

MIRABETE E JUNIOR FABBRINI. Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, arts. 121 a 234 – B do CP. – 29. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012 – São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2002 – (Coleção temas jurídicos; 3).

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Visto em 03/11/2017.

PAPALEO, Celso Cezar. Aborto e Contracepção: a atualidade e complexibilidade da questão – Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo/ revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 62, de 9.1.11.2009, publicada em 12.12.2009, com adendo das EC ns. 63 e 64/2010. 33 ed. – São Paulo: Malheiros 2010.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O aborto e sua antijuridicidade, São Paulo: LEJUS, 1997.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. – 12 ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

VADE MECUM OAB E CONCURSOS/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 12.ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva 2017

VERONESE, Josiane Rose Petry – Temas de direito da criança e do adolescente. – São Paulo: LTr, 1997.