

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “JACY DE ASSIS”

LARA SILVA BRITO COSTA

ABORTO E DIREITO À VIDA:

Inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro

Uberlândia - MG
2018

LARA SILVA BRITO COSTA

ABORTO E DIREITO À VIDA:

Inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Uberlândia - MG
2018

LARA SILVA BRITO COSTA

ABORTO E DIREITO À VIDA:

Inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa

TERMO DE APROVAÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Luiz Carlos Goiabeira Rosa (Orientador) – Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Mestre Hugo Henry Martins de Assis Soares – Universidade Federal de Uberlândia

Nota: _____
Data da Aprovação: __/__/____

Uberlândia – MG
2018

Agradeço primeiramente a DEUS, por sua infinita bondade;

ao meu esposo Marcelo que tanto me apoiou nas horas mais difíceis;

à minha querida filha Emanuelle, a quem tanto privei de atenção em virtude da elaboração deste trabalho;

E ao meu professor orientador Luiz Carlos, pela imensa ajuda, paciência, conselhos e dedicação, que foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O Código Penal, em seu art. 128, inciso II, preconiza que não é passível de punição o aborto de um ser vivo gerado em razão de estupro, o que violaria frontalmente o direito fundamental à vida se se considerar o ente gerado enquanto titular de tal direito. Nesse mister, o presente trabalho presta-se a comprovar a inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro, sob a perspectiva do nascituro enquanto titular do direito fundamental à vida. Por meio dos métodos dedutivo e argumentativo, iniciar-se-á da generalidade dos direitos fundamentais e se chegará na supremacia do direito fundamental à vida, fazendo-se um exercício dialético entre a ofensa ao direito à vida do nascituro e a ofensa aos direitos da gestante, para ao fim, concluir-se pela inconstitucionalidade do art. 128, II, do Diploma Penal.

Palavras-chave: aborto – direito à vida – estupro – inconstitucionalidade.

ABSTRACT

In its article 128, section II, the Brazilian Criminal Code states that the abortion isn't punishable when the fetus is generated by rape. This blatantly violates the fundamental right to life if we consider that the unborn is entitled to it. In this way, this research makes the case for the unconstitutionality of abortion after rape, from the viewpoint that the unborn also holds the fundamental right to life. By deductive and argumentative methods, it starts from the generality of fundamental rights until achieves the supremacy of the fundamental right to life, in a dialectical approach between the violation of the unborn's right to life and the pregnant mother's rights, winding up with the unconstitutionality of the article 128, section II, of the Criminal Code.

Keywords: Abortion – right to life – rape – unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOTAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	8
2.1 Direitos Humanos.....	8
2.2 Direitos Fundamentais	11
2.2.1 Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras.....	12
2.2.2 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	13
2.2.3 Características dos direitos fundamentais	15
3 A TITULARIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....	17
3.1 O Marco Inicial Da Vida.....	18
3.2 A Abordagem Constitucional.....	22
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO	24
4.1 O Posicionamento Doutrinário	25
4.2 A Portaria Nº 1.508, De 01/09/2005, Do Ministério Da Saúde (Portaria 1.508/2005-MS)	28
4.3 Soluções para a não punibilidade do aborto, em caso de gravidez resultante de estupro	30
5 CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são a positivação de prerrogativas imprescindíveis a uma vida digna. São normas garantidoras dos elementos estruturantes à consecução do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Dentre tais direitos, dá-se destaque ao direito à vida, elencado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. É um direito tão importante, que representa uma condição *sine qua non* não só à vida digna da pessoa humana, mas antes e além disso, à existência do ser humano não só em nível físico mas no âmbito jurídico, se considerada a pessoa humana titular de direitos. Com efeito, se o ser humano não é vivo, não é titular de direitos.

A seu turno, o Código Penal Brasileiro (CP) determina duas situações onde o aborto provocado não é punido, ambas previstas em seu artigo 128: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro. Na segunda hipótese, verifica-se conflito com o direito fundamental à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, principalmente porque, por se tratar de direito fundamental, é expressamente consignado pela CF que se trata de direito inviolável.

A questão é polêmica. De um lado, está a posição majoritária, que defende que estaria violada a dignidade da mulher se ela fosse obrigada a carregar em seu ventre o fruto de uma violência sexual. De outro, estão aqueles que defendem o direito à vida do nascituro, que não poderia ser relativizado em face do sofrimento psíquico da gestante, por pior que seja.

Daí, então, a questão: sob a perspectiva do direito fundamental à vida e do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, está em conformidade com a Constituição o caráter impune do aborto em caso de estupro?

O presente trabalho presta-se a tal mister: comprovar a inconstitucionalidade do aborto em caso de estupro, sob a perspectiva do nascituro enquanto titular do direito fundamental à vida. Por meio dos métodos dedutivo e argumentativo, iniciar-se-á da generalidade dos direitos fundamentais e se chegará na supremacia do direito fundamental à vida, fazendo-se um exercício dialético entre a ofensa ao direito à vida do nascituro e a ofensa aos direitos da gestante, para ao fim, concluir-se pela inconstitucionalidade do art. 128, II, do Diploma Penal.

2 NOTAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Para a perspectiva ora enfrentada pelo presente trabalho, mister se faz tecer considerações gerais acerca dos direitos humanos e fundamentais.

2.1 Direitos Humanos

Os Direitos Humanos constituem a união de faculdades e instituições que, de acordo com o momento histórico, traduzem os requisitos de dignidade, liberdade e igualdade humanas. Consubstanciam-se em direitos genéricos mundialmente reconhecidos, enquanto predicados necessários à consecução de uma vida digna.

De acordo com Peces-Barba:

[...] são faculdades que o direito atribui a pessoa e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação.¹

Com o mesmo intuito, Peres Luño, considera direitos humanos como:

[...] o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.²

A sistematização da internacionalização dos direitos humanos consiste em três precedentes. O primeiro é o Direito Humanitário, que é o direito das guerras, o qual surgiu em 1864, com a Convenção de Genebra. O segundo precedente é a Liga das Nações, que foi criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, no período da pós-primeira guerra mundial, onde os países vencedores uniram-se na tentativa de estabelecer a paz mundial. O terceiro precedente é a Organização Internacional do Trabalho (OIT), também criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, dando origem à preocupação internacional com a proteção ao trabalhador, pois existia uma grande

¹ PECES-BARBA, Gregório. **Tránsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 42.

² PERES LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed.. Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

preocupação com os milhões de pessoas que saíam de uma guerra e não teriam trabalho. Com a revolução Industrial, e o surgimento de máquinas, era necessária uma regulamentação para os direitos mínimos que seriam indispensáveis aos trabalhadores que iriam realizar tais atividades.

Estes três elementos apresentados acima foram os precedentes da internacionalização dos direitos humanos, uma vez que, antes deles, ou seja, antes de 1863, os direitos humanos relativizavam-se sobremaneira pelo fato de se restringirem à condição de eventos de um país ou outro, como regras nacionais. Somente a partir de 1864, com os três tratados mencionados acima, que os Direitos Humanos passam a ser considerados de forma internacional.

Outrossim, os direitos humanos foram se desenvolvendo através dos tempos e se dividiram em etapas, ao que se convencionou chamar “dimensões”.

Os direitos de primeira dimensão são inerentes à liberdade, também chamados de direitos civis e políticos do homem. Afloraram no final do século XVII, trazendo uma limitação ao poder estatal, onde as prestações negativas impunham ao Estado uma obrigação de não fazer. Estes direitos se opunham ao direito estatal, uma vez que, os indivíduos buscavam resguardar sua liberdade frente o poder do Estado absolutista, ao mesmo tempo em que o cidadão necessitava participar desse poder.

De acordo com Carvalho Ramos³, a primeira dimensão compreende os direitos de liberdade, como as denominadas prestações negativas, onde se espera que o Estado proteja a autonomia dos indivíduos. Em complemento é o entendimento de Canotilho, para quem tais direitos são também denominados de direitos de defesa por possuírem como características a limitação, uma separação entre o Estado e o ser humano, pelo fato de distinguir competências, recebendo por isso os nomes de Direitos civis e políticos.⁴

Desta forma, os direitos de primeira dimensão são conhecidos como direitos ou liberdades individuais, como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à nacionalidade e os direitos políticos.

³ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82-83.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003, p. 505.

A partir da Revolução Industrial, a sociedade buscou alavancar seu desenvolvimento, abandonando o campo e passando a viver na cidade, convivendo assim, com o crescimento da tecnologia. O indivíduo passou a ocupar novos espaços, trabalhando em indústrias e com partidos políticos. Este convívio com a modernidade levou ao desenvolvimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, bem como os direitos coletivos, uma vez que diferentes formas de Estado social tinham sido introduzidas. Estes são direitos de segunda dimensão, que tiveram sua ascensão após a Primeira Grande Guerra Mundial.

Os direitos de segunda dimensão já não são intrínsecos ao homem, dependem de uma participação ativa do Estado para seu atendimento, e recebem o nome de direitos sociais ou de igualdade por atingirem a sociedade, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação e trabalho. Diz-se “sociais”, por exigirem maior participação do Estado no que tange ao reconhecimento de sua função social, por contribuições positivas que buscassem o bem-estar social, uma vez que os direitos individuais passaram a ser uma obrigação de fazer do Estado, deixando assim de serem absolutos.

A terceira dimensão de Direitos Humanos originou-se no final do século XX, objetivando tutelar o próprio gênero humano. São considerados transindividuais, também chamados de direitos difusos e coletivos ou direitos de fraternidade, por fazerem parte de um interesse coletivo, de um grupo de pessoas. Referem-se aos direitos em que a sociedade detém a titularidade, como direito ao meio ambiente, à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao consumidor, onde o Estado tem a obrigação de proteger a coletividade de pessoas, e não o ser humano de forma isolada.

Há entendimento acerca de uma quarta dimensão dos direitos humanos, os chamados direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e a bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia.⁵ E ainda, os direitos de quinta geração, os quais seriam uma resposta ao mundo virtual em que se tornou a Internet, o que resultou na abertura de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas.

⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 85-86.

2.2 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são resultado de uma mobilização de constitucionalização que teve início nos primórdios do século XVIII, e estão inclusos no patrimônio comum da humanidade, sendo admitidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Tais direitos são denominados de diversas maneiras, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, entre outros. Entretanto, os direitos naturais seriam aqueles inatos ao homem, que cabem ao homem somente pelo fato deste ser homem, os direitos humanos esclarecem que não existe direito que não seja do homem, desta forma, somente o ser humano pode ser titular de direitos, e os direitos individuais referem-se a cada indivíduo isolado.

A celeuma se justifica pelo fato de que todo direito fundamental é, antes, um Direito Humano. Contudo, cabe discernir que os direitos humanos são tratados em âmbito internacional, e quando são positivados numa Constituição são denominados de direitos fundamentais, posto que incorporados à estrutura do sistema normativo de um país.

De acordo com Perez Luño, os direitos fundamentais podem ser definidos como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.⁶

Partilha de tal entendimento Jorge Miranda:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentem na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.⁷

Importante enfatizar que os direitos fundamentais devem ser garantidos e resguardados pelo Estado por serem essenciais às esferas individuais, notadamente

⁶ CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antônio-Enrique Péres, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Servilha: Universidad de Servilha, 1979, p. 43.

⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, t. 4, p. 18.

por gozarem de *status* constitucional e, bem assim, por irradiarem-se em nível constitucional e infraconstitucional. Infira-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança⁸.

Assim, independentemente da forma em que o direito fundamental é entendido, ele deve ser necessariamente colocado em primeiro plano nas Constituições, para que se possa ser consagrado o respeito à Dignidade Humana, não permitindo o abuso do poder estatal, e garantido a limitação deste poder objetivando o completo desenvolvimento da personalidade humana.

2.2.1 Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras

Nesse mister, os direitos fundamentais sempre estiveram presentes nas Constituições desde o período do Império. Na Constituição de 1824, em seu título VIII, no Capítulo das Disposições Gerais, no artigo 179, estavam previstos os direitos e garantias individuais como os princípios da igualdade e da legalidade, inviolabilidade de domicílio e livre manifestação de pensamento, conhecidos como as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

A seu turno, a Constituição Federal de 1891 trouxe em seu Título III, Seção II, inovações como em seu artigo 72, que trata da gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, e direito à ampla defesa.

Por sua vez, na Constituição Federal de 1934, o artigo 113 continha 38 incisos e um grande rol de direitos fundamentais, onde, além dos já consagrados na Constituição anterior, foram acrescentados outros como a consagração do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, escusa de consciência e direito dos autos na reprodução de obras literárias.

A Constituição de 1946 ampliou ainda mais a previsão das garantias fundamentais, pois continha um capítulo específico para as garantias individuais, estabelecendo também em seu artigo 157 diversos outros direitos, dentre eles, os direitos sociais relativos ao trabalhador, e trazendo consigo um título especial em relação à proteção à família, educação e cultura. Acrescentou ainda uma inovação, ao expor no *caput* do artigo 141 a proteção, tanto aos brasileiros quanto aos

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215.

estrangeiros residentes no país, da inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, postulado que foi incorporado pelas Constituições sucessoras e inclusive, pela atual Constituição Federal.

Quanto à Constituição Federal de 1967, mantiveram-se os direitos fundamentais previstos pelas Constituições pretéritas, não se observando a propósito mudanças significativas. O que se faz notar é a Emenda Constitucional de 1969, a qual limitou o alcance e escopo dos direitos e garantias individuais, se comparados às previsões constitucionais anteriores a 1967.

Lado outro, a Constituição Federal de 1988 fora um divisor de águas, a se iniciar pela inovação em relação ao modelo tradicional, na medida em que trouxe logo no início o rol de direitos e garantias fundamentais.

2.2.2 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

Os Direitos Humanos e Fundamentais foram tratados de modo mais incisivo e amplo após a Segunda Guerra Mundial, após os horrores perpetrados pelas doutrinas extremistas e totalitaristas do nazismo e do fascismo, as quais sistematizaram o desprezo pela condição humana e bem assim pelos respectivos direitos. Passou-se a proteger e efetivar os direitos humanos e fundamentais com a maior amplitude possível, com o escopo de promover a dignidade da pessoa humana e, também com a mesma intensidade, prevenir e evitar novas barbáries tais quais as cometidas durante as Grandes Guerras.

Com efeito, tornou-se forçoso reconhecer expressa e explicitamente os direitos fundamentais do ser humano, na medida em que se fez necessário um arcabouço normativo para a respectiva garantia e proteção, eis que, conforme bem aduz José Afonso da Silva, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.⁹

No Brasil, essa preocupação tomou corpo até redundar na Constituição Federal de 1988, a qual não sem motivo fora alcunhada de “Constituição Cidadã” justamente por alçar ao *status* constitucional vários direitos humanos que até então não eram considerados fundamentais pelas Constituições pretéritas, e bem assim,

⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 153.

por ter por uma de suas diretrizes primordiais, conforme preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

[...] instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Some-se a isso o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), um dos fundamentos do Estado brasileiro, afirmando assim o ser humano enquanto eixo axiológico e finalidade precípua do sistema jurídico-normativo pátrio, e a partir do qual, para a respectiva proteção à dignidade, positivam-se os respectivos direitos fundamentais.

A própria ideia de pessoa humana, à luz da principiologia constitucional contemporânea, transcende a mera titularidade de direitos e obrigações. Vai além: a pessoa humana caracteriza-se não só por ser humano, mas também por ter garantidas e protegidas suas necessidades e conveniências proporcionadoras de uma vida digna. Nesse sentido, Gustavo Tepedino conceitua a personalidade como um feixe de características e atributos da pessoa humana e um bem objeto de tutela pelo ordenamento jurídico – pelo que a pessoa deve ser protegida de toda e qualquer agressão que venha a afetar a sua dignidade:

[...] considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. [...] considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.¹⁰

Dessume-se daí, que a pessoa humana é assim considerada não apenas se tiver protegidos e garantidos seus direitos e obrigações negociais, mas, além disso, se tiver proteção e garantia, pelo ordenamento pátrio, de atributos essenciais a uma vida digna.

A esse mister, Elimar Szaniawski bem obtempera que o princípio da dignidade da pessoa humana contém um imperativo ordenatório a ser observado tanto pelos demais membros da sociedade quanto pelo Estado, de forma a que

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

todos respeitem as condições mínimas essenciais de vida digna do ser humano, as quais, entre outras, perfariam a alimentação, moradia, educação, trabalho, honra, respeito, informação, proteção à vida privada e liberdade¹¹.

De acordo com Francisco Amaral, o princípio da dignidade humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado e, portanto, um marco jurídico no núcleo de proteção do sistema brasileiro dos direitos da personalidade: representa uma referência unificadora de todo o sistema de tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro. E bem conclui, asseverando que “o princípio da dignidade humana traduz o reconhecimento do valor da pessoa humana dotada dos direitos invioláveis que lhes são inerentes”.¹²

Ou seja: a pessoa humana passou a ser considerada em razão de seus atributos humanísticos, e não somente em face de sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

2.2.3 Características dos direitos fundamentais

De acordo com Alexandre de Moraes¹³, os direitos fundamentais apresentam algumas características básicas como:

- a) *Imprescritibilidade*: os direitos fundamentais não deixam de existir com o passar do tempo;
- b) *Inalienabilidade*: não se podem transferir os direitos fundamentais, nem mesmo de forma gratuita ou onerosa;
- c) *Irrenunciabilidade*: os direitos fundamentais são insuscetíveis de renúncia pelo titular;
- d) *Inviolabilidade*: Os direitos fundamentais não podem ser desrespeitados;
- e) *Universalidade*: Tais direitos devem alcançar todos os indivíduos, sem discriminação de raça, credo, sexo ou nacionalidade;

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

¹² AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 249.

¹³ MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**. 9. Ed.. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22.

f) *Efetividade*: A Constituição prevê tais direitos e garantias, entretanto, o Estado poderá utilizar meios coercitivos para garantir a efetivação de tais direitos, pois estes devem ser exigidos e exercidos;

g) *Interdependência*: Alguns direitos e garantias previstos pela Constituição mesmo sendo autônomos, necessitam de complementações para chegarem ao objetivo final;

h) *Complementaridade*: Os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma integrada.

3 A TITULARIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A vida é um dos mais essenciais direitos fundamentais do ser humano. É condição imprescindível à existência, a garantia e proteção do direito fundamental à vida, prerrogativa intrínseca ao surgimento e manutenção do ser humano, a ponto de figurar entre os direitos fundamentais e ocupar posição de destaque na Constituição Federal, ao ser mencionado expressamente no art. 5º:

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

A nosso ver, em que pese não haver hierarquia entre direitos fundamentais, a alguns se deve dar maior atenção, proteção e garantia, dado que são imprescindíveis não só à vida digna mas, além e acima de tudo, são essenciais à sobrevivência e existência do ser humano. Isso se aplica ao direito fundamental à vida, o qual, não sem motivo, foi elencado em primeiro lugar no art. 5º da CF.

Alexandre de Moraes preleciona a propósito, que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, uma vez que este é um pré-requisito para que todos os demais direitos possam existir e entrar em exercício.¹⁴ A seu turno, Gilmar Mendes e Paulo Branco corroboram essa primazia do direito à vida, mesmo em comparação com os demais direitos fundamentais:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. [...] Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.¹⁵

É nesse sentido, o escólio de Maria Helena Diniz:

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

mental, etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.¹⁶

Valendo-se do entendimento da festejada doutrinadora, permitimo-nos afirmar: posto ser o direito à vida tão mais fundamental que os demais, quando houver colisão entre este e outro princípio fundamental, sempre se deverá priorizar o direito à vida, dado consubstanciar-se este na condição *sine qua non*, no requisito primeiro e imprescindível à existência e exercício dos demais direitos.

Com efeito, e a título de exemplo, pode-se sobreviver sem certas liberdades tais quais a de expressão ou de crença, mas não se pode sobreviver sem alimentos ou, no caso, garantia de vida. Tanto o é que, se não se tem por garantido o direito à vida e esse resta violado, de nada adianta garantirem-se os demais direitos individuais, eis que a condição primordial de um ser humano poder desfrutar de seus direitos é ser e estar vivo.

3.1 O Marco Inicial Da Vida

Nesse mister, primeiramente é importante determinar o marco inicial da vida, a partir de quando então se tem a titularidade do respectivo direito fundamental. A esse respeito, na tentativa de conceituar o marco inicial da vida, na Medicina destacam-se três teorias: a concepcionista, a da nidação e a do desenvolvimento do sistema nervoso central.

Rogério Greco explica que, de acordo com a teoria da Concepção, a vida humana inicia-se no momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, unindo seus genes e produzindo um novo indivíduo, com seu conjunto genético único. Desta forma, é concebido um ser humano novo, detentor de direitos, como todos os outros.¹⁷

Ao comentar sobre o crime de aborto, Júlio Mirabete também perfilha a tese concepcionista ao afirmar que aborto significa a cessação da gravidez com a eliminação do produto da concepção, compreendendo-se aí a morte do ovo (até três

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. Niterói: Saraiva, 2011, v. 2, p. 223.

semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não sendo necessária a respectiva expulsão do útero da mãe.¹⁸

De acordo com Renata da Rocha:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.¹⁹

Desta maneira, no instante em que o gameta masculino se funde ao gameta feminino, origina o zigoto, que é um ser unicelular, mas que já representa uma vida humana.

A seu turno, a teoria da Nidação preceitua que a vida humana não se inicia com a concepção, mas sim alguns dias após, conforme explica Cristiane Beuren Vasconcelos:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.²⁰

Desta forma, para os que defendem tal teoria, somente seria possível reconhecer a vida humana num segundo momento – o da nidação, onde o zigoto formado pela concepção fixa-se na parede do útero da mulher, onde passará a desenvolver-se.

De sua parte, a teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central admite a vida humana somente a partir do início da atividade do sistema nervoso central, dado que o raciocínio é a principal característica do ser humano.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

¹⁹ ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células-tronco**: limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 75.

²⁰ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35.

Acerca de tal teoria, há divergência quanto ao momento do início da vida. Para alguns, a vida inicia-se no quarto mês de gestação, conforme exemplifica o escólio de Fernanda dos Santos Souza:

Esta teoria sustenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência.²¹

Para outros, o marco inicial da vida dá-se no 14º dia após a concepção, de acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso:

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada “placa neural”.²²

Filiamo-nos à primeira teoria, a da Concepção. Inicialmente, porque o embrião já reúne todas as informações genéticas que necessitará, para se desenvolver ao estágio fetal e à vida extrauterina, conforme bem aponta Dalton Ramos:

Um embrião, apesar de ser um amontoado de meia dúzia de células, muito menos complexo que uma mosca, carrega toda a informação genética necessária para a formação de um indivíduo. Nos seus 23 cromossomos paternos e 23 maternos, estão os 30 mil genes que determinarão os traços, a cor dos olhos, da pele, do cabelo [...].²³

Ou seja, desde a sua concepção, o embrião já é um sistema apto a se desenvolver e a se constituir viavelmente, posto que carrega consigo a carga genética necessária a tanto.

E não é só.

²¹ SOUZA, Fernanda dos Santos *apud* SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, SP, 2010.

²² BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. In SARMENTO, Daniel (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 254.

²³ RAMOS, Dalton Luiz de Paula *apud* MUTO, Elza; NARLOCH, Leandro. Quando a vida começa? **Revista Super Interessante**, São Paulo-SP, out. 2005. Disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em 15 out. 2018.

O embrião possui autonomia suficiente a se desenvolver, conforme Marta Shahbazi et al:

Juntos, nossos resultados indicam que os eventos críticos de transformação neste estágio do desenvolvimento humano são embrionário-autônomos, destacando as notáveis e imprevisíveis propriedades de auto-organização de embriões humanos.²⁴

Ana Maria Dumitru complementa o raciocínio:

Você pega um óvulo de uma fêmea e um espermatozoide de um macho. O espermatozoide penetra no óvulo. E agora você tem uma célula com a quantidade completa de material genético necessário para tudo que um humano possa querer fazer. [...] Se definirmos autonomia orgânica para significar liberdade do controle externo, podemos identificar precisamente quando um embrião satisfaz a definição de autonomia: desde o início. Um estudo recente publicado por Marta N. Shahbazi e colegas do Reino Unido demonstra que esta célula recém-formada sabe o que fazer após a concepção, independentemente de receber ou não sinais de um útero hospedeiro. Shahbazi e seus colegas demonstram em seu estudo que um óvulo fertilizado - também conhecido como zigoto, o “produto da concepção”, o embrião inicial, ou um dos muitos outros termos descritivos - é um ser vivo autônomo. Essa pequena célula, com seu conteúdo genético completo, pode e começa a se dividir e a crescer, mesmo em um prato experimental em uma incubadora no espaço do armário de algum laboratório não marcado.²⁵

Daí se concluir nitidamente que o embrião deve ser considerado um ser humano em concreto e não em potencial, vez que, enquanto organismo é distinto da mãe, e bem assim possui autonomia para se desenvolver.

²⁴ “Together, our results indicate that the critical remodelling events at this stage of human development are embryo-autonomous, highlighting the remarkable and unanticipated self-organizing properties of human embryos”. (SHAHBAZI, Marta N. et al. Self-organization of the human embryo in the absence of maternal tissues. **Nature Cell Biology**, London, jun. 2016, v. 18, n. 16, p. 700).

²⁵ “You take an egg from a female and a sperm cell from a male. The sperm penetrates the egg. And now you have one cell with the complete amount of genetic material needed for everything a human could ever want to do. [...] If we define organismal autonomy to mean freedom from external control, it turns out that we can identify precisely when an embryo satisfies the definition of autonomy: from the very beginning. A recent study published by Marta N. Shahbazi and colleagues from the UK demonstrates that this newly formed cell knows what to do post-conception *regardless of whether or not it receives signals from a host uterus*. Shahbazi and colleagues demonstrate in their study that a fertilized egg—also known as a zygote, the “product of conception,” the early embryo, or one of many other descriptive terms—is *an autonomous living being*. This one little cell, with its complete genetic content, can *and does* begin to divide and to grow, even in an experimental dish in an incubator in the closet space of some unmarked lab. (DUMITRU, Ana Maria. Science, Embryonic Autonomy, and the Question of When Life Begins. **Public Discourse**, Princeton-NJ, jan. 2017. Disponível em <<https://www.thepublicdiscourse.com/2017/01/17222/>>. Acesso em 05 nov. 2018).

3.2 A Abordagem Constitucional

Ato contínuo, sendo considerado ser humano, o embrião é titular de direitos fundamentais, e dentre eles, o direito à vida.

Mais ainda, é o embrião titular do direito fundamental à dignidade humana, devendo ser tratado por isso como um ser humano digno e assim, titular de proteção e garantia de seus direitos fundamentais. Consoante Dalton Ramos, “assim como não dá para dizer que matar um jovem é melhor que matar um adulto, não há diferença de dignidade entre um embrião e um feto de 6 meses”,²⁶ em face do que, se o embrião é tão digno quanto o ser humano “nascido”, igualmente, aquiesce à proteção e garantia de seu direito fundamental à vida.

É sob esse enfoque pois, que, a nosso ver, o direito fundamental à vida deve ser interpretado e aplicado: se a vida é um valor normatizado enquanto direito fundamental; se pelo princípio da máxima efetividade da norma constitucional aos direitos fundamentais deve se dar a maior amplitude possível; e se nesse sentido o embrião é considerado ser humano, então ao embrião deve ser assegurado o direito à vida.

Esse é o entendimento de Gilmar Mendes e Paulo Branco, os quais defendem que toda vida humana deve ser protegida pela Constituição e, por existir vida a partir da concepção, ali há um nascituro titular do direito fundamental à vida:

O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie homo sapiens. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo de sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana.²⁷

Com efeito, ao preconizar o direito fundamental à vida, a CF não faz distinção entre a vida intrauterina e a extrauterina, em face do que, mister se faz lembrar o princípio geral de direito segundo o qual, se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo: se a Lei Maior não distingue, a presunção inexorável é a de que ambas devem ser protegidas e garantidas. Alexandre de Moraes perfilha tal

²⁶ RAMOS, Dalton Luiz de Paula *apud* MUTO, Elza; NARLOCH, Leandro. Op. cit.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291-292.

entendimento, ao afirmar que a Constituição protege a vida de maneira ampla, incluindo a vida intrauterina.²⁸

Também é nesse sentido o entendimento de Maria Helena Diniz, ao questionar a esse respeito: “A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados?”.²⁹

Infira-se que, quando o art. 5º da Magna Carta assegura a inviolabilidade do direito à vida, não se restringe tão-somente à ausência de ofensas. Conforme Maria Garcia, a “inviolabilidade” redundando em integralidade, e a expressão “vida” consubstancia-se numa condição de funcionalidade e viabilidade da existência, em face do que, a aludida autora considera a inviolabilidade da vida como sendo a “integralidade existencial, sem cortes, partes, segmentações: vida ou não vida”.³⁰

Também é nesse sentido o entendimento de Gilmar Mendes e Paulo Branco, em relação à legislação infraconstitucional: esta necessariamente deve se amoldar à principiologia constitucional de forma a respeitar o mais amplamente possível o direito fundamental à vida, posto que, conforme os aludidos autores, sendo um direito fundamental, a vida não pode ser diminuída em sua essencialidade. Bem a propósito, por exemplo, é o escólio de Cezar Bitencourt, para quem a proteção penal à vida intrauterina começa partir da concepção: “O direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase de formação da vida”.³¹

²⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pg. 35.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 25.

³⁰ GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito À vida. A questão do aborto e sua descriminalização. A justiça restaurativa. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 65, p.192-201, out.-dez. 2008.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial - dos crimes contra a pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 160.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO

O Código Penal insere o crime de aborto em sua Parte Especial, no Título I, Dos Crimes Contra a Pessoa, e no Capítulo I, “Dos Crimes Contra a Vida”, presente nos artigos 124, 125 e 126.

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 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 provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Acerca do crime de aborto, Rogério Greco aponta que, de acordo com a sua própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento.³² Assim, em princípio, e conforme a teoria que adotamos, consumir-se-á o crime de aborto ainda que se trate de embrião recém concebido.

Contudo, a legislação penal pátria excepciona duas situações em que o aborto praticado não será punido: quando o aborto é necessário para salvar a vida da gestante e quando a gravidez foi resultado de um estupro, conforme o artigo 128 do Código Penal:

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.

Historicamente, a necessidade de permissão para essa modalidade de aborto surgiu em razão do uso do estupro enquanto ferramenta de dominação e submissão durante as duas Guerras Mundiais. Conforme Rogério Greco:

³² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 8. ed. Niterói: Saraiva, 2011, v. 2, p. 228.

No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a consequência de numerosas concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular [...] Foi então legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência.³³

Rafael Sutter explica que, no Brasil, a não punição para o aborto sentimental resultante de estupro teve como base a própria Constituição em vigência na época da promulgação do Código Penal de 1940, a Constituição Federal de 1937.³⁴ Isto porque, na aludida Constituição a vida não era positivada enquanto direito fundamental, permitindo-se por isso à legislação infraconstitucional abordar o tema da forma como o abordou.

É dizer: de acordo com Sutter, o artigo 128 do Código de Penal de 1940, que permitiu o aborto sentimental, estava em consonância com a Constituição de 37, dado que a Lei Maior então vigente não previa qualquer proteção expressa ao direito à vida, poderia ser estabelecida a pena de morte em algumas situações que excediam a guerra declarada, como por exemplo, a tentativa de perturbar a ordem política e social, conforme previsto no artigo art. 122, § 13º, 'e' da CF/37.³⁵

4.1 O Posicionamento Doutrinário

A esse respeito, a doutrina penalista diverge quanto à natureza jurídica da excepcionalidade prevista no artigo 128, inciso II, do CP. Para Guilherme Nucci, a gravidez no caso de estupro resultaria à mulher grave prejuízo de ordem psicológica, não sendo razoável, segundo o aludido autor, exigir-se o sacrifício das já ofendidas e danificadas integridade psíquica ou de sua honra ao argumento de preservação da vida do ente ali concebido.³⁶

Lado outro, Rogério Greco entende que inciso II do artigo 128 traz uma aparente colisão de princípios: a vida do nascituro, tutelada pelo ordenamento jurídico desde a concepção, e a honra da mulher que foi vítima de abuso sexual.

³³ Op. cit., p. 236.

³⁴ SUTTER, Rafael. **A inviolabilidade do direito à vida**. São Paulo: Ideias & Letras, 2013, p. 104-106.

³⁵ Op. cit., p. 105.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 662.

Para o referido autor, a aludida excludente de ilicitude somente se subsistiria se houvesse conflito de bens igualmente tutelados e resguardados pela Constituição, o que não é o caso pois, conforme Greco, a vida é um bem jurídico inestimável, que sobressai diante dos demais, e por isso, entre a vida humana e a honra da gestante que sofreu abuso sexual, deve ser considerado o direito à vida e optar pela vida humana. Greco ressalta, dizendo que se trata de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, “não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”.³⁷

Existe uma terceira corrente, segundo a qual, o aborto de gravidez resultada de estupro é uma situação de escusa absolutória, tal qual se dá com os artigos 181 e 348, §2º do CP. Exemplifica tal entendimento o escólio de Júlio Mirabete, para quem a escusa absolutória incide quando a lei isenta de pena determinada conduta pelo fato de causar menor alarme social, quando o agente não demonstra grande periculosidade.³⁸ Também é nesse sentido o entendimento de Antônio Campello, o qual assevera que nesta situação existe crime, isentando a lei no entanto o agente de pena, por razões de política criminal.³⁹ De acordo com Maria Helena Diniz, o fato do aborto sentimental não ser punido não retira o caráter delituoso do fato, uma vez que, de acordo com a autora, se um particular pratica um aborto em caso de gravidez mediante estupro, existirá crime, entretanto, este não será punido, pois “crime é uma coisa e pena, outra”.⁴⁰

Os autores que defendem a corrente em que o aborto sentimental é causa de escusa absolutória justificam sua posição pela interpretação literal do artigo 128, *caput*, do CP, que afirma que “não se pune” o aborto nas hipóteses ali elencadas, ao invés de dizer “não há crime”, como faz o artigo 23 do CP em relação às excludentes de ilicitude. Desta forma, o crime permanece, entretanto, a lei não aplica a pena ao criminoso, como ocorre no art. 181 do CP, na situação em que o filho furta os pais.

A nosso ver, o aborto em caso de estupro não deveria ser descriminalizado, pois, conforme já falado, os direitos ofendidos da vítima não podem ser privilegiados

³⁷ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 238.

³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Op. cit., p. 331.

³⁹ CAMPELLO, Antônio Pedro Barreto. **Em defesa da vida**. 4. ed. Recife: União dos Juristas Católicos, 2009.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

em detrimento do direito fundamental à vida do nascituro, pois, conforme já falado, este direito se sobrepõe aos demais. Com efeito, se feto é vida e a vida é protegida, como é possível que o Código admita – como já vem fazendo há mais de 70 anos – que se “mate” um feto normal, nos casos de estupro?⁴¹

Se a vítima tem direitos fundamentais tais quais a honra, a imagem e a intimidade violados, nem por isso pode se valer de tal violação para extinguir a vida do nascituro. Admitir tal hipótese, além do já comentado, equivaleria a uma verdadeira execução de pena de morte a um inocente, que em nenhum momento contribuiu para a consecução do crime perpetrado de estupro.

Poder-se-ia dizer que a gravidez ocasionaria sérias lesões psicológicas na vítima, a ponto de comprometer sua vida. Mas então, tratar-se-ia da excludente prevista no inciso I do art. 128, onde o aborto praticado por médico não será considerado crime se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, razão também pela qual, seria despicienda a existência da permissividade do inciso II, e a respectiva descriminalização do aborto em caso de estupro. E bem assim, o risco que a gestação representaria à vida da gestante deveria ser provado por perícia psicológica, para que efetivamente se atestasse que a gestação implicaria em dano irreversível ou de difícil reparação à saúde da vítima, de forma a que compromettesse sua vida.

Nesse mister, concordamos com Maria Helena Diniz, quando aduz que a permissão do CP para o aborto sentimental refere-se a uma situação repleta de emocionalismo, na qual o sentimento de repulsa da gestante ao filho de seu estuprador é colocado pela legislação penal acima do direito à vida do nascituro.⁴² Isso redundaria em clara desconsideração ao direito fundamental à vida, máxime porque, como já foi falado que se consubstancia a vida num valor supremo e portanto superior aos demais, não pode ser preterida a não ser, em alguns casos, se colidir com outro direito fundamental à vida mais iminente e já em exercício.

Assim, sendo um feto dotado de vida, não poderia este sofrer com aborto sentimental, ou seja, aborto de gravidez em caso de estupro. Deveria ser garantido

⁴¹ STRECK, Lênio. Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco. **Consultor Jurídico**, São Paulo-SP, 8 mai. 2012. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3>>. Acesso em 01 dez. 2018.

⁴² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, p. 56-57.

ao feto, independente da situação em que encontra, se esta não colocar em risco a vida da mãe, o Direito Fundamental à Vida.

4.2 A Portaria Nº 1.508, De 01/09/2005, Do Ministério Da Saúde (Portaria 1.508/2005-MS)

A aludida Portaria regulamenta o artigo 128, II do CP, ao trazer o processo de esclarecimento e autorização para a interrupção da gravidez pelo aborto sentimental na esfera do Sistema Único de Saúde (SUS). Para a consecução do procedimento, há a necessidade de cumprirem-se 04 (quatro) etapas:

- a) Declaração da gestante, por meio de um termo de consentimento, de que tenha sido vítima do delito de estupro (art. 3º);
- b) Apresentação, pelo médico atendente, de parecer técnico, informando que a idade gestacional da mulher corresponde à data da violência sexual informada (art. 4º);
- c) Assinatura, pela gestante vítima do abuso sexual, de termo de responsabilidade (art. 5º);
- d) Assinatura de Termo de “Consentimento Livre e Esclarecido” (art. 6º);

Em nossa opinião, a mencionada Portaria corrobora frontalmente a comentada inconstitucionalidade, inicialmente já por disciplinar procedimento que viabiliza o aborto em caso de estupro, ferindo assim o direito fundamental à vida do nascituro. Ora, se o antecedente maior é inconstitucional (aborto no caso de estupro), o posteriormente menor inexoravelmente o é (Portaria).

Bem assim, a Portaria é perigosamente e injustamente permissiva, ao desconsiderar exigência relevante ao contexto: prova formal acerca do crime de estupro, como autorização judicial, inquérito policial em curso, exame de corpo de delito, boletim de ocorrência, entre outros. Assim, mesmo na ausência de prova, se o médico tiver convicção subjetiva de que há elementos para constatar que houve o estupro, poderá praticar o aborto.

De se ver, portanto, que a Portaria não apresenta seu conteúdo em conformidade com a doutrina penalista. De acordo com Rogério Greco, por exemplo, apenas a palavra, o simples relato da vítima de abuso sexual não deve ser levado

em consideração, uma vez que, é necessário que a prática deste ato delituoso chegue ao conhecimento do Estado, como na forma de um boletim de ocorrência.⁴³

No mesmo sentido é a opinião de Cezar Bitencourt, para quem “a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal”⁴⁴, entendimento compartilhado por Guilhemre Nucci, segundo o qual, para a prática do aborto, “basta o registro de um boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico”.⁴⁵ Desta forma, no entendimento destes doutrinadores, é necessário que seja relatada uma prova do delito, como o registro da ocorrência.

Entretanto, a Portaria 1.508/2005 – MS, conforme foi mencionado, não exige qualquer prova da prática do estupro, sendo suficiente o relato da gestante e um parecer propício do médico. Antônio Campello critica a norma infralegal, por não ser necessária uma investigação preliminar acerca da prática do delito:

A alegação de estupro é, aliás, a grande porteira por onde escapam todos os abortadores profissionais. Basta alegar que a gestante informou ter sido vítima de estupro, para que eles impunemente o pratiquem, uma vez que, erradamente, na prática, por má interpretação da lei, não se exige sequer uma investigação preliminar e muito menos judicial.⁴⁶

Destarte, dispensando a Portaria prova do abuso sexual, pode muito bem a gestante comunicar falsamente a ocorrência de estupro. Assim, quando se constatar a falsidade, será tarde: uma criança inocente, titular de direitos dentre os quais o à vida, estará morta, com o consentimento de quem deveria protegê-la e a compactuação do profissional que jurou lutar pela vida.

Nesse sentido, para Rogério Greco é comum ocorrer falsa alegação de violência sexual por parte da gestante, que engravida de algum parceiro ou namorado e quer se justificar com seus pais.⁴⁷ Quando ocorrer esta situação, de acordo com o autor, a gestante responderá pelo crime de aborto, e, quanto ao

⁴³ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 246.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial - dos crimes contra a pessoa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,pg. 663.

⁴⁶ CAMPELLO, Antônio Pedro Barreto. **Em defesa da vida**. 4. ed. Recife: União dos Juristas Católicos, 2009, p. 20.

⁴⁷ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 246.

médico, será imputado a este o erro de proibição indireto, pela exclusão de culpabilidade.⁴⁸

Outra deficiência da Portaria é a inobservância ao limite da idade gestacional. Não existe na Portaria uma regulamentação acerca do período entre a presumida prática de estupro e a solicitação da vítima para a prática do aborto sentimental no SUS, podendo esta, mesmo que esteja no oitavo mês de gestação requerer no SUS a prática do ato, não existindo limite para a idade do feto.

Desta maneira, se o médico vislumbrar que o ato de praticar o aborto não afetará a saúde da gestante, poderá realizar este ato independentemente da idade gestacional do feto, podendo ocorrer mesmo no fim da gestação, já no 9º (nono) mês, situação em que o ser ali gerado conseguiria viver fora do útero materno, pois encontra-se integralmente formado.

4.3 Soluções para a não punibilidade do aborto, em caso de gravidez resultante de estupro

Os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do aborto sentimental sugerem alternativas à sua não punibilidade, uma vez que, segundo eles, a solução dada pelo CP fere os princípios da CF/88. Assim, o aborto sentimental deveria ser penalizado. Todavia, ficaria a cargo do Estado oferecer uma série de medidas protetivas para a vítima do estupro e para a criança que fora gerada, com o objetivo de desestimular a prática do aborto.

Walter Nascimento assegura que não é legítima a decisão da gestante de eliminar uma vida já em formação, apenas com a justificativa de ter sido essa vida resultado de uma violência sexual. Para o autor, a melhor forma de solucionar o impasse entre o sentimento da mulher ofendida e o direito à vida do nascituro seria o Estado assumir a responsabilidade pelo desenvolvimento da criança, uma vez que esta não teve culpa de ser assim gerado. Do contrário, segundo o autor, “seria o caso, por exemplo, de se considerar igualmente lícito o aborto para evitar filhos portadores de doenças hereditárias ou congênitas”.⁴⁹

⁴⁸ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 247.

⁴⁹ NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais**: doutrina - legislação - jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151.

Já Luiz Spolidoro defende que a decisão sobre o aborto sentimental, se este deve ou não ser praticado, deveria ser prolatada pelo juiz, após o devido processo legal onde fosse nomeado advogado para defender os direitos do nascituro. O autor afirma que o defensor do nascituro deveria cuidar para que ele tivesse sua formação concluída, devendo convencer o juiz a determinar que a gestante prossiga na gestação até seu termo final. Após o nascimento com vida, segundo o autor, deveria a criança ser encaminhada para a adoção, onde permaneceria sob a tutela do Estado até que isso ocorra.⁵⁰

Maria Helena Diniz aponta três medidas alternativas à isenção da pena conferida ao aborto sentimental. A primeira prevê a instauração de programas de prevenção contra estupro, que informariam como agir adequadamente diante da violência sexual e, caso resulte em gravidez, estimularia a preservação da vida⁵¹.

A segunda medida seria que as crianças rejeitadas ou órfãs fossem acolhidas em estabelecimentos públicos ou particulares, adequados ao desenvolvimento destas. De acordo com a autora “se permitido fosse o aborto, destruídos estariam muitos bebês que, ao tempo do nascimento, poderiam ser amados”⁵².

Já a terceira medida alternativa à isenção da pena conferida ao aborto sentimental seria a “elaboração de um Código de Proteção e Defesa dos Direitos do Embrião e do Nascituro, contendo severas punições a quem os violar”⁵³.

Estas medidas ainda não estão próximas de se concretizarem. Entretanto, são medidas alternativas mencionadas pelos doutrinadores a fim de buscar soluções para a não punibilidade do aborto sentimental, ficando como principal agente responsável pela implantação destas medidas o Estado, e se respeitando assim o direito fundamental à vida do nascituro.

⁵⁰ SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O Aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lejus, 1997, p. 146-147.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

⁵² Op. cit., p. 107.

⁵³ Op. cit., p. 108.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 elenca expressamente, no art. 5º, a vida enquanto direito fundamental. E vai além: na posição topográfica que se apresenta no aludido artigo, a vida enquanto primeiro direito elencado representa a importância que possui, frente aos demais direitos.

A vida é valor essencial à condição e existência humanas. É requisito *sine qua non*, à consecução do ser humano enquanto titular de direitos. Não há dignidade humana se não houver um titular vivo para exercer tal mister.

Nesse sentido, o ser humano deve ser assim considerado desde a sua concepção, posto que, a partir de tal momento, o zigoto possui organização e características próprias, distintas do organismo materno. É dizer, não há mais unicamente o ser “mãe” ali, havendo também o ser “filho”, dotado de individualidade orgânica e autonomia organizacional, no sentido de que tem aptidão para se desenvolver e se transformar em feto e, posteriormente, ter uma vida extrauterina.

Como mencionado no presente trabalho, o meio jurídico acabou aceitando com surpreendente naturalidade a isenção de pena para o aborto praticado em caso de gravidez resultante de estupro – artigo 128, II, do CP – conhecido como aborto sentimental. Essa escusa foi positivada sob a égide da Constituição Federal de 1937, de cunho ditatorial, a qual nem sequer mencionava a proteção ao direito à vida. Pelo contrário, a CF/37 o mitigava, prevendo a pena de morte como espécie de pena independentemente do estado de guerra declarada.

Entretanto, com fundamento na proteção conferida pela CF/88 ao direito à vida, classificado como “inviolável” – artigo 5º, caput - se entende que o artigo 128, II, do CP não foi recepcionado pelo atual ordenamento constitucional, já que o direito à vida, fundamento de todo e qualquer direito, não pode ser relativizado frente ao sofrimento da mulher vítima de estupro. Verificou-se que a doutrina constitucionalista defende a primazia do direito à vida frente aos demais, já que o indivíduo não pode exercer quaisquer direitos se antes não tiver vida.

Analisou-se o marco inicial da vida, de acordo com a medicina, onde cientistas do campo da Genética defendem que ela se inicia com a concepção, porquanto a partir desse momento surge um ser com carga genética distinta do pai e da mãe, um ser novo. Também verificou-se a legislação civilista, onde renomados doutrinadores protegem o direito à vida intrauterina, desde a concepção.

Desta forma, nos deparamos com duas afirmações, onde a primeira aduz que o direito à vida protegido pela CF/88 abrange a vida intrauterina, e a segunda aduz que a vida está no topo dos valores protegidos pela Constituição, sendo considerada por ela como inviolável e tendo primazia frente aos demais direitos, conclui-se que a vida deve ser protegida, acima dos sentimentos da mulher, ainda que derivem de abuso sexual.

Destarte, resta inconstitucional a permissão para o aborto em caso de estupro, posto que isso redundaria no extermínio de um titular do direito à vida, sem que se haja a necessária justificativa consubstanciada na colisão com o direito à vida da gestante. O aborto em caso de estupro só seria válido e constitucional, se a gestação representasse um risco à saúde física ou mental da gestante, a tal ponto que colocasse a vida desta em risco. No entanto, não mais se falaria em aborto em caso de estupro, mas sim em caso de risco à vida da gestante, conforme preceitua o art. 128, I, do CP.

Daí se dizer que o aborto em caso de estupro é despiciendo, porque a preocupação com a vida da gestante já é abordada no art. 128, I, do CP.

Diante de todos os argumentos apresentados durante o trabalho, concluímos que o inciso II do art. 128 do Código Penal contradiz o artigo 5º da CF, e portanto, é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial - dos crimes contra a pessoa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 19. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. ed. 54. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPELLO, Antônio Pedro Barreto. **Em defesa da vida**. 4. ed. Recife: União dos Juristas Católicos, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTRO, Carolina; MOREIRA, Felipe Gonçalves de Freitas; CASTRO, Pollyana Amaral de, **A licitude do aborto de feto anencefálico**, 12/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54375/a-licitude-do-aborto-de-feto-anencefalico>.

CASTRO, J. L. Cascajo; LUÑO, Antônio-Enrique Péres; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómez, **Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema**. Servilha: Universidad de Servilha, 1979.

COSTA, Raphael Mendonça; JÚNIOR, Cildo Giolo, **Teorias Jurídicas Acerca do Início da Vida Humana**, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, 12/2015. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266>

DIAS, Felipe Teixeira. **Nascituro e a análise da teoria concepcionista no Direito Civil brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. Saraiva, 2010.

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUMITRU, Ana Maria. Science, **Embryonic Autonomy, and the Question of When Life Begins**. Public Discourse, Princeton-NJ, jan. 2017. Disponível em <<https://www.thepublicdiscourse.com/2017/01/17222/>>. Acesso em 05 nov. 2018).

GARCIA, Maria. **A inviolabilidade constitucional do direito À vida. A questão do aborto e sua descriminalização. A justiça restaurativa**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 65, p.192-201, out.-dez. 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 8. ed. Niterói: Saraiva, 2011, v. 2 - introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIGUEL, Amadeu Elves, **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Conceito, gênese e algumas notas históricas para a contribuição do surgimento de novos direitos**, ÂMBITO JURÍDICO. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15028

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUTO, Elza; NARLOCH, Leandro. **Quando a vida começa?** Revista Super Interessante, São Paulo-SP, out. 2005. Disponível em <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em 15 out. 2018.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais: doutrina - legislação - jurisprudência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebádes. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

PECES-BARBA, Gregório. **Trânsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PERES LUÑO, António. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed.. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e as pesquisas com células tronco: limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARMENTO, Daniel (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.). **Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHAHBAZI, Marta N. et al. **Self-organization of the human embryo in the absence of maternal tissues**. *Nature Cell Biology*, London, jun. 2016, v. 18, n. 16.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Fernanda dos Santos, apud SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, SP, 2010.

SOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O Aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo: Lejus, 1997.

STRECK, Lênio. Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco. **Consultor Jurídico**, São Paulo-SP, 8 mai. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3>>. Acesso em 01 dez. 2018.

SUTTER, Rafael. **A inviolabilidade do direito à vida**. São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.