

JOELMA LÚCIA DE OLIVEIRA MIRANDA

**ABORTO PÓS-ESTUPRO VERSUS DIREITOS DO NASCITURO:
Controvérsias sobre a aplicabilidade do parto anônimo.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG
2014

JOELMA LÚCIA DE OLIVEIRA MIRANDA

**ABORTO PÓS-ESTUPRO VERSUS DIREITOS DO NASCITURO:
Controvérsias sobre a aplicabilidade do parto anônimo.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do M.Sc. Juliano Sepe Lima Costa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, por ter permitido que esse sonho se tornasse realidade, pois sem ele nada seria possível.

Aos meus pais, José e Geni, por todo amor e incentivo durante todos esses anos, me apoiando e me ajudando com os meus filhos.

Aos meus filhos Théo Víctor e Thuanny que me ensinaram o amor mais puro e intenso que existe, o amor de mãe e ao meu esposo Edmar, que mesmo ficando ausente, sempre me apoiou.

Agradeço ao professor Juliano Seppe, pela dedicação e disposição para a conclusão deste trabalho e aos demais professores que no decorrer do curso se propuseram a nos ensinar da melhor forma possível.

DEDICATÓRIA

Dedico essa conquista aos meus pais que de forma especial me deram muita força e apoio nessa caminhada e aos meus preciosos filhos e meu esposo que me incentivaram e compreenderam, em muitos momentos a minha ausência.

RESUMO

O presente projeto de monografia tem por escopo a reflexão dos ditames do inciso II do artigo 128 do Código Penal, o qual permite o aborto quando a gravidez for resultante de estupro. Diante disso, oferecer a opção do parto anônimo à mulher traz maiores benefícios a ela do que estimulá-la a realizar o aborto. O parto anônimo torna-se uma solução viável para garantir o direito à vida do nascituro e evitar maiores lesões ao direito à honra da mulher.

Nesse trabalho foi dada uma atenção maior à comparação dos bens jurídicos tutelados, honra e vida, levando a concluir que é ineficaz o aborto em caso de estupro, e que pela importância dos bens jurídicos tutelados, deveria prevalecer o direito à vida.

Palavras-chave: estupro, aborto, direito à vida, parto anônimo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	16
1.1 Direitos fundamentais individuais.....	17
1.2 Direito à vida e sua garantia de inviolabilidade.....	18
1.3 Os direitos fundamentais da personalidade (art. 5º, X, CR/88).....	23
CAPÍTULO III – ABORTO.....	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 Espécies de aborto.....	28
2.3 Aborto legal.....	30
2.4 Parto Anônimo.....	32
2.4.1 Conceito.....	32
2.4.2 Origem do parto anônimo.....	33
2.4.3 O projeto de lei do parto anônimo.....	34
CAPÍTULO II – ESTUPRO.....	36
3.1 Conceito.....	36
3.2 Aborto decorrente de estupro.....	37
3.3 Princípio da Proporcionalidade.....	38
3.4 O Aborto e o princípio da proporcionalidade.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a legalidade do aborto do artigo 128, inciso II, do Código Penal, o qual permite o aborto quando a gravidez for resultante de estupro.

O tema apresentado é polemico e tem por finalidade demonstrar que é mais viável a mulher vítima de estupro levar a gravidez a termo, do que partir para o aborto, pois, além das consequências negativas, existe uma vida em crescimento.

O problema de pesquisa em tela seria que, considerando a disposição do inciso II, do artigo 128, do Código Penal, que dispõe sobre o aborto proveniente de gravidez resultante de estupro, a adoção do parto anônimo seria uma solução viável para a tutela do direito à vida do nascituro, evitando-se maiores lesões ao direito à honra da vítima.

Como marco teórico da presente pesquisa, têm-se as ideias sustentadas por Robert Alexi sobre o princípio da proporcionalidade, o qual se compõe de três princípios parciais, que são: o princípio da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito.

A ponderação é o objeto de terceiro princípio parcial, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a lei da ponderação ele diz: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”.

No que tange o ganho social da presente pesquisa seria que a mulher, optando pelo parto anônimo, reduziria o número de abortos no Brasil, não precisando recorrer para prática do aborto para não criar um filho indesejado e não colocaria a sua vida em risco, e dessa forma, buscando um meio de proteger o nascituro, garantindo-lhe o direito à vida e saúde de forma digna.

Sob o ponto de vista acadêmico, foi relevante a pesquisa no intuito de dar conhecimento aprofundado de estudos sobre um tema, que até o presente momento ainda traz discussões e opiniões diversas, e esclarecer sobre o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana, que é primordial para o ser humano.

Os objetivos específicos deste trabalho é analisar os tipos de aborto, defender o direito à vida, pesquisar sobre o Parto Anônimo, estudar sobre o estupro,

selecionar os ensinamentos doutrinários, bem como o apontamento de correntes distintas sobre o tema em epígrafe por meio de levantamento bibliográfico e revisão de literatura e pesquisar a legislação sobre o assunto.

Como metodologia de pesquisa, adotar-se-á a teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas e a investigação da legislação aplicada ao tema.

No que tange aos setores de conhecimento, conclui-se que a pesquisa em tela possui uma visão transdisciplinar, uma vez que abarca diversos ramos do direito como Direito Civil, Direito Penal e Constitucional.

A presente monografia será dividida em 03 capítulos. No capítulo I serão abordados os direitos e garantias fundamentais, os direitos fundamentais individuais, o direito à vida e sua garantia de inviolabilidade e os direitos fundamentais da personalidade previsto no art. 5º, X, Constituição Federal de 1.988.

No segundo capítulo será abordado sobre o tema aborto, conceituando-o e explicando sobre os tipos existentes, classificado pelas doutrinas, a espécie de aborto legal e sobre o projeto do parto anônimo.

O terceiro capítulo será destinado a conceituar o crime de estupro, previsto no artigo 213, o aborto decorrente de estupro, previsto no artigo 128, II, ambos do Código Penal e o Princípio da Proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O estupro está tipificado no Código Penal em seu artigo 213,¹ sob o título “Dos crimes contra a liberdade sexual”, o qual foi reprimido desde os povos antigos, por ser um crime praticado, especificamente contra a mulher, no qual a obriga a ter conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.

Luiz Regis Prado² conceitua estupro: “É a cópula sexual, *secundum naturam*, do homem com a mulher, mediante o emprego por aquele de violência física (*vis corporalis*) ou moral (*vis compulsiva*), com a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.

Rogério Greco³ sobre crime de estupro contra a mulher:

Exige a lei penal, para efeitos de caracterização do estupro, que a conduta do agente seja dirigida contra uma mulher. Isso significa que somente a pessoa do sexo feminino poderá ser sujeito passivo da mencionada infração penal.

Fernando Capez salienta que no crime de estupro tutela-se a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de não ser forçada violentamente a manter conjunção carnal com outrem⁴. A maioria dos doutrinadores abrange o estupro na legislação, caracterizando-o como um crime sexual no qual há penetração do pênis do homem na vagina da mulher.

No que tange o bem jurídico protegido, Rogério Greco⁵ enfatiza:

A liberdade sexual da mulher é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de estupro e, em sentido mais amplo, os costumes. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que a mulher tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade da mulher, que se vê humilhada com o ato sexual.

¹ BRASIL, DECRETO LEI n. 2.848, Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. volume 3, parte especial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 255.

³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume III, 5. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 466.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 3, 5. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.p. 2.

⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume III, 5. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 467.

Mirabete⁶ leciona sobre estupro e conjunção carnal: “Estupro é manter conjunção carnal por meio de violência ou grave ameaça. Conjunção carnal, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher”.

Existem na doutrina vários tipos de aborto, com várias espécies. Abordarei apenas o tipo do Aborto Legal, que é crime de aborto resultante de estupro, o qual está tipificado no Código Penal, no artigo 128, inciso II⁷.

No Aborto Legal existem duas modalidades de aborto, no inciso I o aborto terapêutico ou necessário, e no inciso II o aborto sentimental ou humanitário. O aborto sentimental ou humanitário é aquele permitido em lei para interromper a gravidez de mulher vítima de estupro, mas que somente está legitimado a praticá-lo aquele que é médico. A lei não exige que seja realizado o aborto, devendo ser observado a vontade da mulher, se quer ou não continuar com a gravidez.

Aborto é a interrupção da gravidez com a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte ou sendo por esta causada. O aborto pode ser de forma natural, acidental, criminoso ou legal, mediante o uso de medicamentos ou realização de cirurgias.

Noronha enuncia o conceito de aborto: “É a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”⁸.

Fernando Capez⁹ completa:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. A lei não faz distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto, pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto.

Estima-se que 46 milhões de abortos¹⁰ são praticados por ano no mundo, onde cerca de quatro milhões são praticados no Brasil, realizados em clínicas clandestinas, em condições precárias, provocando com isso um alto índice de mortalidade da gestante.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. volume 2, 25. ed. rev., e atual. até 31 de dezembro de 2006, São Paulo: Atlas, 2007. p. 408.

⁷ BRASIL, DECRETO LEI n. 2.848, Artigo 128, inciso II: “Não se pune o aborto praticado por médico: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.54.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual, São Paulo: Saraiva, 2007. p.110.

¹⁰ Organização Mundial de Saúde. *Aborto em debate*. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?tag=oms>> acesso em: 04 out. 2013.

As vítimas de estupro optam pelo aborto, por se sentir ameaçada e rejeitada pela família e sociedade, e num ato de desespero, pelo constrangimento, as vítimas do estupro, decidem resolver essa situação se submetendo ao aborto, interrompendo a gravidez, não pensando nas consequências negativas desse ato.

Pedro Afonso¹¹, Médico Psiquiatra, relata:

Em suma, importa esclarecer que, em muitos casos, o aborto pode ter efeitos deletérios na saúde psíquica da mulher, sendo este fato confirmado por inúmera documentação científica credível. Este é um ponto fundamental no debate sobre a liberalização do aborto e que não pode ser ignorado.

O aborto através de estupro é chamado de sentimental, é permitido em lei, e para alguns doutrinadores, a mulher não é obrigada a gerar um ente sabendo que este não foi concebido por amor, pois lhe trará tristezas e frustrações, sendo injusto obrigar uma mulher vítima de estupro a criar um filho o qual foi gerado mediante violência.

Frederico Marques¹² relata:

Todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis, pelo que incompreensível é que o produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado.

A mulher que sofre o estupro busca encontrar no aborto, muitas vezes clandestino, uma amenização pela vergonha que sente de gerar um filho indesejado, pois, além de se expor levando adiante a gravidez, seu nome e o da sua família seriam desonrados. Contudo, a honra de uma mulher machucada pela crueldade do estupro não será apagada e muito menos amenizada com o aborto, diante disso o parto anônimo seria a solução viável, pois, causaria menos lesões à vítima.

Rogério Greco¹³ enfatiza sobre dois bens em confronto: “Há uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por este último bem”.

¹¹AFONSO, Pedro. Aborto: consequências psíquicas para a mulher. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/consequencias-psiquicas-mulher/>> acessado em 02 de nov. 2013.

¹²MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999, p.219.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 254-255.

O início da vida é um tema polêmico que gera discussões e controvérsias de doutrinadores, médicos, religiosos e da sociedade, até os dias atuais. A Constituição Federal não fala quando se dá o início da vida, portanto, o direito à vida é um direito tutelado no caput do artigo 5º¹⁴, o qual garante a todos a sua inviolabilidade, pois trata-se de um direito fundamental do homem não podendo dispor dela nem mesmo o seu titular.

Rogério Greco,¹⁵ preconiza sobre início da vida:

A vida, independente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando a sua quantidade de tempo.

Para a “teoria concepcionista” a vida começa na concepção, ou seja, inicia o seu ciclo vital no momento da penetração do espermatozoide no óvulo, a fusão dos gametas masculino e feminino. Rogério Greco¹⁶ ensina “que para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 dias após a fecundação”.

O Código Civil em seu artigo 2º descreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, desse modo, os direitos do nascituro são garantidos desde a concepção.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁷ leciona:

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação, embora rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa. O produto da concepção – *feto ou embrião* - não é pessoa, embora tão pouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica.

¹⁴ ARTIGO. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)

¹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009, p.239.

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.240.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. volume 2, São Paulo: Saraiva, 2003. p.158.

O direito a vida tem amparo também em algumas convenções internacionais adotadas pelo Brasil sobre Direitos Humanos, que garante ser a vida inviolável. Como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, onde o artigo 6º preconiza: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida” e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, Pacto de San José, em seu artigo 4º Direito à vida. “Toda pessoa tem 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”.

Warley Rodrigues Belo¹⁸ enuncia sobre a vida do nascituro:

O nascituro é indubitavelmente um ser vivente que cresce, tem metabolismo orgânico, batimentos cardíacos e, até, na fase mais avançada da gravidez, se movimenta como *animus* próprio. Tangencia, conclusivamente, à quimeridade o debate quase metafísico sobre o início da vida. Então, como querem muitos, o feto não teria vida até os três meses de gestação? E depois? Passaria magicamente a tê-la? Que linha de logicidade é essa? Qual o embasamento científico para tal assertiva tão conclusiva?

O Projeto de Lei do Parto anônimo autoriza a mãe que não pode ou não deseja ficar com o seu filho a registrar um nome fictício no hospital, ficando anônima, e após o parto, deixar seu filho para que seja colocado em adoção por uma casa de abrigo de crianças. E não apenas a mulher será “anônima”, mas também o suposto pai da criança, ficando a mesma em total abandono parental.

O parto anônimo teve início na França e Itália, as quais se utilizavam da “roda dos expostos”¹⁹ para deixar seus filhos à adoção com o intuito de não serem identificadas, sendo que atualmente é legalmente aceito, é também utilizado na Áustria, Estados Unidos, Luxemburgo e Bélgica.

¹⁸ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto, considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.25.

¹⁹ O nome roda se refere a um artefato de madeira fixado ao muro ou janela do hospital, no qual era depositada a criança, sendo que ao girar o artefato a criança era conduzida para dentro das dependências do mesmo, sem que a identidade de quem ali colocasse o bebê fosse revelada. A roda dos expostos, que teve origem na Itália durante a Idade Média, aparece a partir do trabalho de uma Irmandade de Caridade e da preocupação com o grande número de bebês encontrados mortos. Tal Irmandade organizou em um hospital em Roma um sistema de proteção à criança exposta ou abandonada. As primeiras iniciativas de atendimento à criança abandonada no Brasil se deram, seguindo a tradição portuguesa, instalando-se a roda dos expostos nas Santas Casas de Misericórdia. Em princípio três: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738), Recife (1789) e ainda em São Paulo (1825), já no início do império. Outras rodas menores foram surgindo em outras cidades após este período. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_roda_dos_expostos.htm> acesso em: 03 out. 2013

No Brasil, o Parto Anônimo está sendo discutido nos Projeto de Lei nº 2.747/2008 e nº 3.220/2008, os quais estão em discussão no Congresso Nacional a fim de legalizá-lo.

O IBDFAM²⁰ tratando sobre a discussão da identidade do nascituro, declara:

Antes de ser conhecida sua origem genética, deve ser dado à criança o direito maior sem o qual ela sequer tornar-se-á sujeito de direitos e obrigações: o próprio direito à vida. E mais: não basta apenas concedê-la o direito de viver ao lado de uma mãe e uma família que não a deseja, deve-se acima de tudo, concedê-la o direito de uma vida inerente de dignidade.

Considerando a disposição do inciso II, do artigo 128, do Código Penal, que dispõe sobre o aborto proveniente de gravidez resultante de estupro, a adoção do parto anônimo é solução viável para a tutela do direito à vida do nascituro, evitando-se maiores lesões ao direito à honra da vítima.

²⁰ IBDFAM, 2010.

CAPITULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1.988, em seu Título II, trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais, os quais estão subdivididos em cinco capítulos: Direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

A doutrina moderna classifica os direitos e garantias fundamentais dividindo-os em primeira, segunda e terceira geração, baseando na ordem histórica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Os Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos são definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção do poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

Tendo como principais características:

Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais;

Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;

Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma;

Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;

Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;

Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;

Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meio coercitivo.

Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionar para atingir seus objetivos;

Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

Os Direitos individuais e coletivos, estão previstos no artigo 5º e seus incisos, da Constituição Federal, que são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade.

O capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos, são aqueles que dizem respeito ao indivíduo, se dirigem à pessoa física.

Os Direitos Individuais são os direitos fundamentais do próprio homem e exercidos por ele, são aqueles que encontram seus fundamentos no direito natural e em certas liberdades essenciais à personalidade humana. São os direitos da própria natureza humana, de caráter inviolável, intemporal e universal, são direitos subjetivos públicos, constituindo-se em obrigação do Estado.

A sua máxima expressão encontrava-se sintetizada no preceito segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

José Afonso da Silva ²¹ preconiza:

... concebêmo-los como *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa especialmente) costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia*.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p.191

Todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como uma concessão do Estado, pois, alguns destes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas.

Também é fundamental lembrar que os direitos individuais são considerados cláusulas pétreas pelo texto do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal.²²

Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV – os direitos e garantias individuais.

Os termos em que os direitos e garantias individuais devem ser exercidos pertencem, inalienavelmente, à Constituição, salvo, casos que ela mesma prevê, no entanto cabe ao legislador, obedecidas às normas fundamentais, a responsabilidade de estabelecer as ampliações e limitações, que o interesse público indicar.

1.2 DIREITO À VIDA E SUA GARANTIA À INVIOABILIDADE

O direito à vida é um direito fundamental, sendo cláusula pétrea do ordenamento jurídico que consiste no maior bem do homem, pois, condicionam os demais direitos fundamentais, o qual deve ser protegido contra tudo e contra todos.

A Constituição Federal preconiza em seu artigo 5º:²³

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

O direito à vida é indisponível, inviolável e irrenunciável. Ninguém tem autoridade pra desfazer-se do direito de continuar a viver. Sendo o mais básico de todos os direitos, é um pré-requisito para a existência dos demais direitos aferidos constitucionalmente.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Na aferição da vida como direito, faz-se necessário apontar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo. Existem duas correntes distintas, acerca do início da vida humana.

A primeira corrente, apresenta a visão genética de quando a vida se inicia, afirmando ser no momento da concepção, após o encontro de espermatozoide com o óvulo que é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro.

A segunda corrente, afirma que a vida começa em distintos momentos, sempre depois da concepção: na terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana (visão embriológica), a vida começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual a uma pessoa (visão neurológica), a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida.

O embrião humano já é uma vida quando ocorre a fertilização. Estar vivo significa que o ser cresce, se desenvolve, amadurece, repõe suas células mortas. Significa não estar morto. Assim, o embrião humano é uma vida, de outra maneira, não cresceria. Esta vida humana única e individual tem início na concepção.

A Constituição Federal não declara expressamente quando se dá o início da vida, mas, como pode observar, a doutrina bipartiu-se a respeito do início da personalidade do homem, em teoria concepcionista e teoria natalista.

A teoria concepcionista tem fortes defensores, e para os adeptos dessa teoria, a vida se inicia na concepção, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Como se vê na afirmação de Carlos Roberto Gonçalves²⁴:

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume 1, parte geral, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p.105.

Alexandre de Moraes²⁵ enfatiza: “Do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto começa com a nidação, quando se inicia a gravidez”.

A teoria concepcionista, observa o nascituro como pessoa, por tal motivo prevê o início da personalidade a partir da concepção. Dizer que o nascituro tem direitos, é o mesmo que afirmar que ele é sujeito de direito, e, portanto, pessoa.

Há quem afirme que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A teoria natalista é a mais aceita dentre os doutrinadores, pelo fato de que certos direitos só poderão ser exercidos por aqueles que já existem. A teoria natalista sustenta o nascimento com vida como pressuposto para a aquisição da personalidade.

Segundo esta teoria o nascituro é mera expectativa de vida, por isso tem meras expectativas de direito.

A teoria natalista entende que o nascituro não é uma vida a parte de sua genitora, é o nascituro parte do ventre materno. Por isso deve-se ter o nascimento com vida para o início da personalidade.

Carlos Roberto Gonçalves²⁶ assevera: “A doutrina tradicional sustenta ter o direito positivo adotado, a teoria natalista, que exige o nascimento com vida para ter início à personalidade. Antes do nascimento não há personalidade”.

É fato de que alguns direitos só poderão ser exercidos por aqueles que já existem. Conclui-se que nesta teoria o nascimento com vida é fato jurídico essencial para o surgimento da pessoa no Direito Civil.

Igualmente, sustentam os natalistas que se o nascituro fosse considerado pessoa, seus direitos não teriam a necessidade de serem explanados um a um no Código Civil Brasileiro, pois, às pessoas os direitos são conferidos automaticamente.

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista. Exemplos disso são: para o julgamento do RE 99.038 de 1993, decidiram-se em favor da teoria natalista e para o julgamento da Reclamação 12.040-DF decidiu-se em favor da teoria concepcionista.

²⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011. p.39

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume 1, parte geral., 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

O direito à vida é um pré requisito a existência para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos. Ao nascituro, também se engloba este direito, pois sendo uma vida de fato, tem seus direitos resguardados pela lei. Se nascer com vida todos os direitos inerentes aos já nascidos lhe serão atribuídos

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 7º²⁷ estabelece:

A criança e o adolescente têm direito de proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A constituição em seu artigo 227 dispõe: “É o dever da família, da sociedade e do estado assegurar a criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida”.

Os dispositivos citados acima declara que a criança e o adolescente, assim como as demais pessoas humanas, gozam de proteção do direito à vida e à saúde, mediante efetivação de medidas públicas. As medidas públicas também devem permitir o nascimento sadio e harmonioso do ser humano. Sendo assim, o objeto da proteção jurídica é o próprio ser em concepção.

O direito à vida é um direito reconhecido não só pela Constituição Federal, mas por todas as declarações internacionais sobre direitos humanos o qual o Brasil é signatário.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 6 prevê: O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. O Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe: “Artigo 4º - Direito à vida. 1. Toda pessoa tem 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”.

Declaração Universal Dos Direitos Humanos:

Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo III: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

²⁷ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

Novamente a lei confere proteção jurídica ao embrião desde o momento da concepção, portanto, a vida é amparada juridicamente a partir desse momento, momento este específico que foi comprovado cientificamente ser o começo da formação da pessoa humana.

A partir da concepção, ou seja, ainda na fase embrionária o direito resguarda os direitos da vida por nascer, inclusive o de nascer. Sua proteção jurídica, só tem início a partir da nidação, momento em que o óvulo fecundado se fixa na parede uterina e principia a gestação, até que ocorra o nascimento.

A vida também recebe proteção jurídica no Código Penal, uma vez que é punido o homicídio, em qualquer de suas modalidades e formas no artigo 121, o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio no artigo 122, o infanticídio no artigo 123 e o aborto no artigo 124 a 128.

Não se admite qualquer ato contrário à vida, salvo em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito.

Do ponto de vista penal, a vida humana é tutelada desde o período intrauterino, pois, quando o legislador define a conduta delitiva do aborto, tem-se como objeto jurídico a vida humana, pois, trata-se de uma expectativa de vida, uma pessoa em formação, e, portanto, a conduta causadora da interrupção do processo de gestação é tipificada como crime de aborto e, conseqüentemente, punida por lei.

Rogério Greco²⁸ ensina: “Que para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a *nidação*, que diz respeito à *implantação do óvulo já fecundado no útero materno*, o que ocorre 14 dias após a fecundação”.

O Código Civil também protege a vida, em seu artigo 2º descreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, desse modo, os direitos do nascituro são garantidos desde a concepção.

O legislador, ao declarar que a vida é o bem maior e que merece total proteção, comete antinomia, pois no momento de aferir a punição, para o descumprimento da norma, valora a vida conforme o estágio de desenvolvimento que esta se encontra. O legislador se porta de forma desigual, conferindo à vida extrauterina um valor superior à intrauterina.

²⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.240.

Jose Afonso da Silva²⁹ preconiza: “Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

A norma legal demonstra que o direito à vida de um ser humano nascido é maior que o do por nascer. Entendimento este que não se justifica de acordo com a própria norma.

Por ser a vida é um bem jurídico de tal grandeza, deve-se protegê-la contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes.

A tentativa de eliminar Direitos Fundamentais e Direito Universais como é o Direito à vida, resguardado pela Constituição da República, através de recursos legislativos infraconstitucionais, representa um bom exemplo de tentativa infrutífera de dar fim ao vigor de certos artigos da Lei Suprema.

Sendo assim, se todos são iguais e devem ser protegidos, não há distinção entre homens nascidos e os ainda não nascidos.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade tem herança da Revolução Francesa, que tinha como lema liberdade, igualdade e fraternidade, porém, o grande avanço para a proteção dos direitos da personalidade, se deu com o advento da Constituição Federal de 1.988, que em seu artigo 5º, inciso X, expressa: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Carlos Roberto Gonçalves³⁰ enfatiza:

Embora desde a Antiguidade já houvesse preocupação com o respeito aos direitos humanos, incrementada com o advento do Cristianismo, o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direitos subjetivos é relativamente recente, como reflexo da Declaração dos Direitos

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p.198

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume 1, parte geral, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.183.

do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como da Convenção Europeia de 1950.

Os direitos da personalidade são comuns da existência humana, são permissões dadas pela norma jurídica a cada pessoa, para defender um bem que a natureza lhe deu.

Todos que nascem com vida adquirem a sua personalidade civil, ou seja, torna-se sujeito de direito e também de obrigações, estará ele, sujeito as normas estabelecidas em lei, podendo pleitear seus direitos, ou cumprindo sanções ao desrespeitar a norma jurídica.

Nasce e se extingue a personalidade com o seu titular. Ninguém pode usufruir em nome de outra pessoa, bens como a vida, a liberdade, a honra.

Os direitos da personalidade se dividem em inatos, como direito a vida e a integridade física e moral, e os adquiridos que decorrem do status individual e existem na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo.

Maria Helena Diniz ³¹:

A vida humana, p. ex. é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tão pouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são direitos subjetivos "*excludendi alios*", ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial.

Os direitos personalíssimos são os direitos que pertencem ao homem pelo fato de ser uma pessoa humana. São direitos do homem, os também chamados de direitos inatos, absolutos, originários, naturais, imprescritíveis, direitos essenciais da pessoa, como vida, liberdade, honra direito de defesa, direito de existência, direito de associação. Já os direitos sobre o próprio corpo são, direito à integridade física, direito ao próprio cadáver, direito ao nome, entre outros que designam também os direitos cujo exercício não se transmite por herança.

Silvio Rodrigues³² enfatiza:

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 1, teoria geral do direito civil, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p.120.

³² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61.

... direitos há que são inerentes a pessoa humana e, portanto a ela ligados de maneira perpetua e permanente, não se podendo mesmo conceber um individuo que não tenha direito a vida, a liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, a sua imagem e aquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade.

O início da personalidade civil esta tipificado no artigo 2º, do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.

Maria Helena Diniz ³³ sobre personalidade: “A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”.

No direito, a personalidade civil é de extrema importância, sendo que, ao nascer com vida, o indivíduo adquire a personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos e obrigações. Capacidade por sua vez, é a medida jurídica da personalidade, ou seja, a manifestação do poder de ação descrito no conceito de personalidade.

A capacidade jurídica do sujeito é uma condição ou pressuposto de todos os direitos a serem exercidos na ordem civil. Alguns indivíduos exercem seus direitos plenamente, outros, exercem seus direitos mediante a assistência ou representação por motivos descritos em lei que os impedem de exercer amplamente seus direitos.

O código civil de 2002 dedicou um capítulo para tratar dos direitos da personalidade, onde proclama proteção aos direitos como nome, imagem, até mesmo o direito de dispor do corpo para fins científicos.

O capítulo I, Dos direitos da Personalidade, reza proteção dos artigos 11 aos 21, o qual tem os seguintes lemas, no artigo 11 protege a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, no artigo 12 cessação de ameaça ou lesão a direito de personalidade, no artigo 13, 14 e 15 - indisponibilidade do próprio corpo, no artigo 16, 17, 18 e 19 - nome da pessoa, no artigo 20 limitações à divulgação de produção intelectual de terceiro e no artigo 21 inviolabilidade da vida privada da pessoa.

Os direitos da personalidade trás algumas características próprias, os quais declaram que são intransmissíveis e irrenunciáveis, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 1, teoria geral do direito civil, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

Maria Helena Diniz³⁴ declara: “Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”.

Caio Mario³⁵ enfatiza: “A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade”.

Maria Helena Diniz³⁶ completa:

Os direitos da personalidade são necessários e inexpropriáveis, pois, por serem inatos adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. Daí serem vitalícios, terminam em regra com o óbito do seu titular por serem indispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem.

Quanto às características dos direitos de personalidade, Carlos Roberto Gonçalves³⁷, afirma que os direitos de personalidade são intransmissíveis em razão de não poderem sair ou passar da esfera jurídica do seu titular para outra pessoa, irrenunciáveis porque a pessoa não pode simplesmente negá-los ou abrir mão dos mesmos, ilimitados porque não exaustivamente enumerados, imprescritíveis uma vez que não se extinguem pelo seu uso ou exercício, nem sequer pela inércia de seu titular em defendê-los, impenhoráveis porque não podem ser vendidos, doados, locados ou qualquer outra forma de separá-los do patrimônio moral da pessoa, inexpropriáveis já que não são passíveis de serem retirados da pessoa que é titular enquanto ela viver e vitalícios, pois, são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até a morte.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 1, teoria geral do direito civil, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

³⁵ PEREIRA, Caio Mario Da Silva. *Instituições do direito civil*. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.186.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 1, teoria geral do direito civil, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p.122.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume 1, parte geral, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.186.

CAPITULO II – ABORTO

O aborto é um dos temas mais polêmicos da atualidade, que ainda trás muitas controvérsias sobre a sua aplicabilidade, entre os doutrinadores, legisladores, médicos e da sociedade, ou seja, ainda não chegou a nenhuma conclusão.

Alguns são contra a descriminalização, defendem a vida e outros são a favor da sua legalização, defendendo o direito da mulher sobre o corpo.

A legalização do aborto é bastante complexa, porque envolve vários tipos de questões, seja no âmbito jurídico, social ou religioso, cada um tem um posicionamento diferente.

Conceber um filho, que foi resultado de uma situação muito sofrida, como o estupro, gera um trauma muito grande para a mãe, e sustentar essa gestação, onde a criança não foi fruto desejado, possibilita a sua interrupção.

O aborto é um problema vivenciado no mundo todo, por isso cada lugar busca solucioná-lo da forma mais adequada ao meio em que vive, pois as leis são as mesmas, e com o tempo o número de abortos e a mortalidade materna vêm crescendo cada vez mais.

Estima-se que 46 milhões de abortos³⁸ são praticados por ano no mundo, onde cerca de quatro milhões são praticados no Brasil, realizados em clínicas clandestinas, em condições precárias, provocando com isso um alto índice de mortalidade da gestante.

2.1 CONCEITO

Aborto é a interrupção da gravidez com a remoção ou expulsão prematura de um embrião ou feto do útero, resultando na sua morte ou sendo por esta causada. O aborto pode ser de forma natural, acidental, criminoso ou legal, mediante o uso de medicamentos ou realização de cirurgias.

³⁸ Organização Mundial de Saúde. *Aborto em debate*. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?tag=oms>> acesso em: 04 out. 2013.

Noronha enuncia o conceito de aborto: “É a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”³⁹.

Fernando Capez⁴⁰ completa:

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

O aborto é caracterizado pela morte do feto, podendo ser de causas naturais, acidentais ou criminosas, e que a partir da fecundação do óvulo já existe o embrião, e a interrupção da gravidez independente do motivo já é considerado aborto.

O Código Penal Brasileiro datado de 1940 se refere ao aborto em cinco artigos, que permanecem em vigor até os dias de hoje, e o enquadra no rol dos crimes contra a pessoa, particularmente nos crimes contra a vida.

2.2 ESPÉCIES DE ABORTO

O Código Penal, em seus artigos 124 a 128, vem tratar dos casos de aborto, que podem ocorrer de várias maneiras, classificando-o como: natural ou espontâneo, acidental, eugênico ou eugenésico, social ou econômico e provocado (dolosa ou culposamente).

O aborto natural ou espontâneo é aquele que ocorre naturalmente, em consequência de vários fatores de ordem natural, ou seja, quando a expulsão do feto ocorre devido ao próprio organismo sem a interferência externa, provocando com isso a morte do produto da concepção.

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 54.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p.110.

O aborto acidental é aquele que decorre de acidente ou outro traumatismo. O A aborto eugênico ou eugenésico é um tipo de aborto preventivo executado em casos em que há suspeita de que a criança possa nascer com deformidade ou enfermidade incurável. O aborto social ou econômico que é aquele em que o nascimento agravaria a crise financeira social, sendo que nesta modalidade haverá crime, pois não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Aborto provocado é aquele resultante de manobras praticadas deliberadamente com o fim de provocar a morte do concepto, é um crime doloso, contra a vida, de ação pública incondicionada, sujeito, portanto, a julgamento pelo tribunal de júri.

A lei protege a vida humana, a pessoa humana em formação e não a vida autônoma. Do ponto de vista ético, difere essencialmente do aborto acidental pelo fato de que a morte do concepto aqui é diretamente provocada, é intencional.

O aborto provocado foi dividido em dolosa e culposamente, estão previstas nos artigos 124 a 128, os quais são:

Artigo 124 provocar aborto em si mesmo ou provocado com o consentimento da gestante.

O aborto provocado pela própria gestante o auto-aborto, de acordo com Capez⁴¹ é a própria mulher quem executa a ação material, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobra abortiva em si mesma. No aborto consentido a mulher apenas consente na prática abortiva, mais a execução material do crime é realizada por terceira pessoa.

Artigo 125 aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante;

Capez⁴² cita que o Aborto provocado por Terceiro, sem consentimento da gestante, trata-se da forma mais gravosa do delito de aborto, pois neste caso não há o consentimento da gestante no emprego dos meios ou manobras abortivas por terceiros.

Artigo 126 que é o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p.118-119.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119.

O aborto provocado culposamente não tem previsão legal, uma vez que, se a gestante vier a dar causa à expulsão do feto será considerado como um indiferente penal.

O artigo 128 vem tratar do aborto legal, que é aquele que a lei permite que seja praticado.

2.3 ABORTO LEGAL

No Aborto Legal existem duas modalidades de aborto, no inciso I⁴³ o aborto terapêutico ou necessário, e no inciso II⁴⁴ o aborto sentimental ou humanitário. O aborto legal é o tipo de aborto que pode ser realizado com autorização da lei e que somente está legitimado a praticá-lo aquele que é médico.

No inciso I, artigo 128, o aborto é chamado de terapêutico ou necessário, é o tipo de aborto onde está em risco a vida da gestante, e entre a vida desta e a vida do feto, a lei optou pela vida da gestante, alegando estado de necessidade, pois, diante de um confronto entre dois bens jurídicos iguais, um deve perecer para que o outro exista então a lei penal escolheu a da gestante.

Fernando Capez⁴⁵

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

⁴³ BRASIL, DECRETO LEI n. 2.848, Artigo 128, inciso I: “Não se pune o aborto praticado por médico: se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”.

⁴⁴ BRASIL, DECRETO LEI n. 2.848, Artigo 128, inciso II: “Não se pune o aborto praticado por médico: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p.124-125.

No inciso II, do artigo 128, o aborto é chamado de sentimental ou humanitário, que é aquele permitido em lei para interromper a gravidez de mulher vítima de estupro. A lei não exige que seja realizado o aborto, devendo ser observado a vontade da mulher, se quer ou não continuar com a gravidez.

Assim bem conceitua Capez ⁴⁶:

Trata-se do aborto realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar.

Outro aspecto relevante, a lei também não define tempo de gravidez, permitindo que nessas situações a gravidez seja interrompida a qualquer tempo de sua evolução ovo, embrião ou feto.

Rogério Greco ⁴⁷ sobre a vida:

A vida independente do seu tempo deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando a sua quantidade de tempo.

Frederico Marques ⁴⁸ concorda: “Objeto de proteção penal, portanto, é o nascituro, o produto da concepção (*infans conceptu pro nato habetur*), pouco importando que se trate de ovulo no primeiro mês, ou do feto de oito meses”.

O Estado protege o nascituro através de suas leis dando ênfase ao direito à vida, integridade física e psíquica. O nascituro tem seus direitos garantidos, além das nossas leis, através de convenções, declarações e recomendações internacionais tais como: Declaração de Genebra, Pacto de São José da Costa Rica, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, O Pacto de São José da Costa Rica e Declaração Universal Dos Direitos Humanos:

Julio Fabbrini Mirabete ⁴⁹ leciona:

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2, 7. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p.126.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus 2009. p.239.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. p.198.

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual De Direito Pena*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 93.

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do ovulo) 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.

A permissão do aborto está ligada a questões de ordem sentimental, no que diz respeito aos sentimentos da gestante, vítima de estupro. É certo que ela não deu causa e sim o estuprador, mas o punido na história acaba sendo o feto, que é uma vida. Aí está o motivo das controvérsias, pois o inciso II põe frente a frente vida do feto e sentimentos da gestante e não faz prevalecer a vida do feto.

A criminalização do aborto não reduziu a sua incidência, mas sim tem contribuído para aumentar a sua prática clandestina, em condição de risco que traz impactos graves para a saúde e a vida das mulheres.

2.4 PARTO ANÔNIMO

2.4.1 Conceito

Parto anônimo seria a possibilidade legal de não identificação da maternidade, como alternativa às mães que não desejam abortar ou simplesmente abandonar os seus filhos, mas sim entregar seu filho a adoção, com a garantia de seu anonimato.

O deputado Carlos Bezerra ⁵⁰ assim definiu o parto anônimo:

Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para a adoção.

⁵⁰ BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei nº 2834 de 19 de fevereiro de 2008. Institui o parto anônimo. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383669>> acesso em: 20 mai. 2014.

O Projeto de Lei do Parto anônimo autoriza a mãe que não pode ou não deseja ficar com o seu filho a registrar um nome fictício no hospital, ficando anônima, e após o parto, deixar seu filho para que seja colocado em adoção por uma casa de abrigo de crianças. E não apenas a mulher será “anônima”, mas também o suposto pai da criança.

2.4.2 Origem do parto anônimo

O parto anônimo teve início na França e Itália, as quais se utilizavam da “roda dos expostos”⁵¹, para que as mães, que não podiam ou não quisessem criar seus filhos, os deixassem para adoção, com o intuito de não serem identificadas. Atualmente nesses países, o parto anônimo é legalmente aceito.

Também foi adotado pela Áustria, Estados Unidos, Luxemburgo, Bélgica entre outros países. Existem países europeus e cidades dos Estados Unidos, que adotaram o parto anônimo e este foi bem sucedido.

No Brasil, a primeira roda dos expostos surgiu no Rio de Janeiro, em 1730, depois se espalhando por outras capitais, como São Paulo, Bahia e Rio Grande do Sul.

O parto anônimo surgiu em função do grande número de crianças abandonadas e desamparadas pelas ruas ou em portas de casas. O acolhimento dessas crianças e recém-nascidos era feito pela Santa Casa de Misericórdia, que os acolhia dando toda assistência.

⁵¹ O nome roda se refere a um artefato de madeira fixado ao muro ou janela do hospital, no qual era depositada a criança, sendo que ao girar o artefato a criança era conduzida para dentro das dependências do mesmo, sem que a identidade de quem ali colocasse o bebê fosse revelada. A roda dos expostos, que teve origem na Itália durante a Idade Média, aparece a partir do trabalho de uma Irmandade de Caridade e da preocupação com o grande número de bebês encontrados mortos. Tal Irmandade organizou em um hospital em Roma um sistema de proteção à criança exposta ou abandonada. As primeiras iniciativas de atendimento à criança abandonada no Brasil se deram, seguindo a tradição portuguesa, instalando-se a roda dos expostos nas Santas Casas de Misericórdia. Em princípio três: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738), Recife (1789) e ainda em São Paulo (1825), já no início do império. Outras rodas menores foram surgindo em outras cidades após este período. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_roda_dos_expostos.htm> acesso em: 03 out. 2013.

2.4.3 O projeto de lei do Parto Anônimo

O Projeto de Lei do Parto anônimo foi criado em 2008, pelo Deputado Federal Eduardo Valverde, Deputado Carlos Bezerra e pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, com o intuito de coibir o abandono materno de recém-nascidos e o aborto de nascituros.

Com o presente projeto os hospitais seriam estruturados e equipados para dar suporte às mães gestantes, como realização de pré-natal e parto, acompanhamento psicológico, acesso a todas as informações jurídicas referentes ao ato, e garantia de sigilo quanto à identificação da mãe, tanto pelo hospital quanto pelos médicos.

Caso a criança nasça no hospital, ou, se for levada para este, a identidade da mãe ficaria sob sigilo, devendo aguardar até oito semanas, para que a criança seja levada para adoção, prazo este, para que a mãe ou os parentes biológicos possam reivindicar a guarda da criança.

Depois desse prazo, a criança seria entregue para adoção, com autorização da mãe, renunciando o poder familiar, e sem possibilidade de um futuro arrependimento.

Esse período de oito semanas será para que a mãe não dê consentimento sob efeito de seu estado puerperal, visto que no parto anônimo, após autorização, não há possibilidade de arrependimento, ou seja, a parturiente deve estar em seu estado mental normal para que tenha consciência do ato.

O projeto ainda isenta a mãe, em caso de parto anônimo, de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.

O hospital poderá revelar a identidade biológica da mãe, caso possua, em caso de ordem judicial ou doença genética, sendo que é garantido à mãe o sigilo das informações.

Eduardo Valverde⁵² sobre o projeto:

⁵²VALVERDE, Eduardo. Projeto de Lei nº 2834 de 19 de fevereiro de 2008. Institui o parto anônimo. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382874>> acesso em: 20 mai. 2014.

A lei do parto anônimo protege mulheres angustiadas, desesperadas com uma gravidez indesejada, que cometem o aborto, podendo até matar a si próprias com ingestão de medicamentos e em clínicas clandestinas ou, até mesmo, o infanticídio tendo como escopo um acompanhamento por um rápido processo de adoção da criança por uma família. Este rápido processo de adoção da criança servira para que ela não fique esperando por anos dentro de um abrigo, sem uma família que possa dar o que ela precisa e merece, pois há muitas que querem fazer adoção, mas o processo no Brasil é por demais demorado.

Atualmente o Projeto de Lei do Parto Anônimo está arquivado no Congresso Nacional, mas, não obstante o projeto estar arquivado, ele é pacífico de controvérsias.

CAPITULO III - ESTUPRO

3.1 CONCEITO

Quanto à denominação, estupro foi consagrado pelo Código de 1890, restringindo-a exclusivamente à relação, mediante violência ou grave ameaça.

O código penal, de 1940, em seu título VI Dos crimes contra a dignidade sexual, no capítulo I, Dos crimes contra a liberdade sexual, trata do crime de estupro, o qual está tipificado no artigo 213, que dispõe: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de seis a dez anos”.

Damásio de Jesus⁵³ relata sobre constrangimento:

Constranger significa obrigar, forçar. Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima. É preciso que a falta de consentimento da ofendida seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrado pelo emprego da violência física ou moral.

Estupro é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, servindo-se de violência ou grava ameaça, realizar conjunção carnal com a vítima. O estupro destaca-se entre os crimes sexuais de maior gravidade previstos no código penal.

Fernando Capez⁵⁴ sobre estupro:

... estupro na realidade constitui uma espécie de crime de constrangimento ilegal, na medida em que a vítima é coagida, devido ao emprego de violência ou grave ameaça, a fazer algo a que por lei não está obrigada, no caso, a praticar conjunção carnal com o agente. A violência, no caso, é a material, ou seja, com o emprego de força física capaz de tolher a capacidade de agir da vítima, que a impede, em suma de desvencilhar-se do estuprador.

⁵³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial*. v. 3, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 3, 5. ed. rev., e atual., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

Rogério Greco⁵⁵ sobre estupro:

Para que se possa configurar o delito em estudo é preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Violência diz respeito a vis corporalis, vis absoluta, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal. Grave ameaça, ou vis compulsiva, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor no seu cumprimento.

O crime de estupro é um delito de constrangimento ilegal, que visa à conjunção carnal mediante o emprego de violência ou grave ameaça.

3.2 ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO

O aborto previsto pelo artigo 128, inciso II, do Código Penal, trata-se do aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, independente de autorização judicial, uma vez comprovado o delito ou a violência sexual.

Em nosso país, o aborto decorrente de estupro é chamado de aborto sentimental, é permitido em lei, desde que haja permissão da vítima ou se incapaz de seu representante legal e desde que praticado por médico devidamente constituído.

Rogério Greco⁵⁶:

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra a sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do esturador.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume III, 5. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 467.

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume III, 5. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 465..

As vítimas de estupro optam pelo aborto, por se sentir ameaçada e rejeitada pela família e sociedade, e num ato de desespero, pelo constrangimento, as vítimas do estupro, decidem resolver essa situação se submetendo ao aborto, interrompendo a gravidez, não pensando nas consequências negativas desse ato.

Pedro Afonso⁵⁷, Médico Psiquiatra, relata:

Em suma, importa esclarecer que, em muitos casos, o aborto pode ter efeitos deletérios na saúde psíquica da mulher, sendo este fato confirmado por inúmera documentação científica credível. Este é um ponto fundamental no debate sobre a liberalização do aborto e que não pode ser ignorado.

A prática do estupro consiste em um problema gravíssimo e extremamente doloroso para a vítima, gerando vários problemas de ordem psicológica, moral e até social, mas o recurso ao aborto não constitui solução, pois somente consiste em outra brutal violência, incompatível com a consciência humana. Não o evitaria a crueldade já praticada e nem mesmo seria reparada com o sacrifício de um ser inocente.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Robert Alexy⁵⁸, o princípio da proporcionalidade é um princípio mais amplo, que se compõe de três princípios parciais, os quais são: o princípio da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos esses princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais como princípios, são mandamentos de otimização.

A adequação representa a adoção de um meio idôneo a fomentar a aplicação de um determinado princípio, apesar de afetar negativamente a realização de outro princípio. A necessidade implica na escolha do meio menos gravoso entre os adequados. Na ponderação entre princípios, avaliar a proporcionalidade em sentido estrito significa observar o grau de afetação de um dos princípios, a importância da

⁵⁷ AFONSO, Pedro. Aborto: consequências psíquicas para a mulher. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/consequencias-psiquicas-mulher/>> acessado em 02 de nov. 2013. 2013

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 110.

satisfação do outro princípio e se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.

A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”.

Na ponderação de dois princípios, de mesma categoria, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto, ou seja, não pode solucionar o problema dando prioridade a um dos princípios garantidos pelo Estado, o conflito deve ser solucionado por meio da ponderação dos interesses, observando qual dos princípios possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto.

Robert Alexy⁵⁹, diz: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

A lei da ponderação expressa que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

3.4 O ABORTO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No aborto sentimental ou humanitário, há dois bens jurídicos em confronto, de um lado a vida do feto, tutelado em nosso ordenamento jurídico e do outro a vontade da mulher em não continuar com a gravidez.

Este é o ponto onde colidem o princípio do direito à vida, do viver, que é garantido ao nascituro pela Constituição Federal e o direito à autonomia, à liberdade, à privacidade, ao determinar e gerir o próprio corpo reivindicado pela gestante.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111.

Em face ao choque de dois direitos garantidos por princípios e regras constitucionais, o julgador deverá fazer a valoração de cada qual. Tarefa árdua onde valores éticos, sociais, morais, religiosos e legais deverão ser analisados de forma a se obter como produto final a justiça.

Ocorrendo a colisão de princípios, necessariamente, um deverá suplantar o outro. Observe-se, entretanto que não haverá jamais a invalidação do princípio suplantado, mas apenas o seu preterimento justificado frente ao outro princípio, preterição esta que tem como base a regra da ponderação, onde o preterimento de um princípio em relação a outro só se justifica quando o grau de importância de satisfação do princípio oposto é maior.

A maioria dos doutrinadores defende que se a gravidez for resultado de um estupro, a aborto realizado não será antijurídico. Posicionam-se contrariamente, pois, sendo a vida um bem jurídico inquestionavelmente de maior valor que a honra, sentimentos, ou sofrimento da mulher estuprada, ao menos não se pode enquadrar essa permissão penal como ato lícito, mas sim não culpável.

Rogério Greco⁶⁰ não concorda com a maioria. Ele explica não poder se tratar de exclusão da ilicitude porque não se enquadram em nenhuma das hipóteses do artigo 23 do Código Penal:

Para que pudéssemos concordar com a maioria de nossos autores, seria preciso amoldar, com precisão, a hipótese prevista no inciso II do art. 128 do Código Penal a uma das causas legais de exclusão da ilicitude elencadas no art. 23 do Código Penal, vale dizer: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Segundo o autor não há dois bens jurídicos em confronto. A vida sim é um bem protegido pela lei brasileira, desde sua concepção, mas a honra da mulher estuprada, a sua dor da lembrança dos momentos terríveis passados nas mãos do estuprador não é importante suficiente para que supere a proteção de uma vida. Não há como confrontar dois bens jurídicos de tamanha desproporção.

Rogério Greco⁶¹, sobre bens jurídicos:

⁶⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.254.

⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II, 6. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.254-255.

Ora, há uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concebida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por esse último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária, não poderíamos falar em estado de necessidade. Com relação à teoria diferenciadora, o tema fica ainda mais evidente. Se o bem vida é de valor superior ao bem honra, para ela o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas sim no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto.

Ele entende que se o mencionado inciso não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exclusão de ilicitude, é então, pela sua permissibilidade, fato típico e ilícito não culpável.

Tenta-se defender o direito que as mulheres têm sobre seu próprio corpo, sobre sua liberdade sexual, cabendo a nós questionar se essa liberdade é grande o suficiente a ponto de ser capaz de suprimir o direito que um feto tem de viver.

Para parte da corrente doutrinária, o estupro da mulher não justificaria moralmente um aborto e, portanto, em tais casos a prática abortiva não seria a melhor solução.

Frederico Marques⁶² relata:

Todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis, pelo que incompreensível é que o produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado.

Esta norma permissiva tem cunho de proteger a mulher, de não ser obrigada a gerar um ente sabendo que este não foi concebido por amor, pois lhe trará tristezas e frustrações, sendo injusto obrigar uma mulher vítima de estupro a criar um filho o qual foi gerado mediante violência.

⁶² MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999, p.219.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal no caput do artigo 5º declara ser o direito à vida um direito fundamental, sendo cláusula pétrea do ordenamento jurídico que consiste no maior bem do homem, pois, condicionam os demais direitos fundamentais, o qual deve ser protegido contra tudo e contra todos.

O direito à vida é indisponível, inviolável e irrenunciável. Ninguém tem autoridade pra desfazer-se do direito de continuar a viver. Sendo o mais básico de todos os direitos, é um pré-requisito para a existência dos demais direitos aferidos constitucionalmente.

É um pré requisito a existência, para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos. Ao nascituro, também se engloba este direito, pois sendo uma vida de fato, tem seus direitos resguardados pela lei. Se nascer com vida todos os direitos inerentes aos já nascidos lhe serão atribuídos.

Se o direito a vida é absoluto e inviolável, como ficaria a licitude do aborto de gravidez resultante de estupro?

Este é o ponto onde colidem o princípio do direito à vida, que é garantido ao nascituro pela Constituição Federal e o direito à autonomia, à liberdade, sobre o próprio corpo reivindicado pela gestante.

Sendo o direito à vida inviolável, tutelado no ordenamento jurídico, como o direito mais fundamental dos direitos, pois é pré-requisito para a existência dos demais, até onde vai o poder do Estado em prever exceções a essa inviolabilidade.

Analisando o princípio da vida previsto no artigo 5º da constituição, nossa lei maior, qualquer descumprimento a ela seria uma flagrante inconstitucionalidade, então, a prática do aborto infringe a nossa constituição.

Seria também violar o artigo 227 da constituição que dispõe: “É o dever da família, da sociedade e do estado assegurar a criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida”.

Não só a constituição esta sendo violado, como existe violação a outras normas que garantem o direito a vida, como no código civil em seu artigo 2º que põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro e o art. 7º, do Estatuto da Criança e Adolescente que diz que “A criança e o adolescente tem direito à proteção

à vida e a saúde, mediante a efetivação das políticas públicas, que permitam o seu nascimento”.

A legalização da prática do aborto em nosso ordenamento jurídico, além de um transtorno muito grande, seria necessário a criação de uma nova Constituição, pois o artigo 5º, por se tratar de cláusula pétrea, declara que não pode ser objeto de emenda.

A exclusão da ilicitude do inciso I, artigo 128, onde está em risco a vida da gestante, pois, entre a vida desta e a vida do feto, a lei optou pela vida da gestante, alegando estado de necessidade, pois, diante de um confronto entre dois bens jurídicos iguais, um deve perecer para que o outro exista.

Sendo assim acertou o legislador em priorizar a vida da gestante, que já goza de todos os direitos, enquanto a do nascituro é ainda incerta.

O estupro é um ato violento contra a vítima, gerando problemas graves que a afeta psicologicamente, moralmente e socialmente, mas recorrer para a prática do aborto não amenizaria a dor sofrida, somente consistiria em outra grave violência, pois, não evitaria a crueldade já praticada e nem mesmo seria reparada com o sacrifício de um ser inocente.

Como defender a licitude do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro se nesse caso não há dois bens jurídicos em confronto. A vida sim é um bem protegido pela lei brasileira, desde sua concepção, mas a honra da mulher estuprada, a sua dor da lembrança dos momentos terríveis passados nas mãos do estuprador não é importante suficiente para que supere a proteção de uma vida. Não há como confrontar dois bens jurídicos de tamanha desproporção.

A lei da ponderação analisa qual dos princípios possui maior peso no caso concreto, ou seja, não pode solucionar o problema dando prioridade a um dos princípios garantidos pelo Estado, o conflito deve ser solucionado por meio da ponderação dos interesses, observando qual dos princípios possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto.

Tenta-se defender o direito que as mulheres têm sobre seu próprio corpo, sobre sua liberdade sexual, cabendo a nós questionar se essa liberdade é grande o suficiente a ponto de ser capaz de suprimir o direito que um feto tem de viver.

É preciso tolerar certos males para evitar outros maiores. O estupro é terrível e muito doloroso e por isso, ilógico seria apagá-lo, como se isso fosse possível, da

memória da vítima com outra violência não menos inaceitável, que é a destruição da vida de um ser humano inocente.

A brutalidade sofrida somente poderia ser reparada mediante uma adequada assistência médica, psiquiátrica e psicológica, pois é preciso lembrar, se assim não o for, que o trauma sobreviverá com a violentada pelo resto da sua vida, independente do nascituro.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Pedro. Aborto: consequências psíquicas para a mulher. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/consequencias-psiquicas-mulher/>> acessado em 02 de nov. 2013.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AMORIM, Ana Carolina. Parto Anônimo. Disponível em: <http://vdisk.univille.edu.br/community/revista_rdu/get/Volume%201/3_AnaCarolina1.pdf> acessado em 05 nov. 2013

BELO, Warley Rodrigues. *Aborto, considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei nº 2834 de 19 de fevereiro de 2008. Institui o parto anônimo. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383669>> acessado em 20 de mai. 2014.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. volume 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Jerry Carvalho. Aborto no Brasil: mortes em silêncio. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/colunas/por-dentro-das-celulas/aborto-no-brasil-mortes-em-silencio>> acessado em 02 de nov. 2013

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal parte especial*. volume 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso De Direito Civil Parte Geral*. volume 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. volume 1: teoria geral do direito civil, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GALINDO, Jussara. Roda dos Expostos. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_roda_dos_expostos.htm acessado em 13 de out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. volume 1, parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume II. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. volume III. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial*. v. 2. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial*. v. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. *Código Civil Comentários Didáticos Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 1995.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. volume 2. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Organização Mundial de Saúde. *Aborto em debate*. Disponível em: <http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?tag=oms> acesso em: 04 out. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO, Luís Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. volume 3: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2004.

VALVERDE, Eduardo. Projeto de Lei nº 2834 de 19 de fevereiro de 2008. Institui o parto anônimo. Câmara dos Deputados. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38287>

4 acessado em 20 de mai. 2014.