

DANIEL MÁRCIO BENTO

**O DIREITO À VIDA DO FETO NO ABORTO
DECORRENTE DE ESTUPRO**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

DANIEL MÁRCIO BENTO

**O DIREITO À VIDA DO FETO NO ABORTO
DECORRENTE DE ESTUPRO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Oscar Alexandre Teixeira de Moreira.

FIC – CARATINGA

2011

DEDICATÓRIA

Dedico a presente monografia a todos que de alguma forma contribuíram para que eu enveredasse pelo caminho do direito; a Deus, pelo dom da vida e pela inteligência; aos meus pais, por todo o carinho dispensado em minha criação; aos meus irmãos, por terem constantemente me ensinado o verdadeiro valor de uma família; aos meus amigos, pelo apoio a todo instante e por estarem sempre comigo; à minha namorada, Paula, pela paciência e por ter sido a verdadeira inspiração de todo o meu esforço; à Renata, que durante estes cinco anos de luta me mostrou o valor de uma amizade verdadeira.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem a finalidade de demonstrar que o direito à vida do feto é protegida pelo Ordenamento Constitucional pátrio. O crime de aborto é tipificado no Código Penal dos artigos 124 a 128, sendo que este último traz duas hipóteses em que o aborto é permitido, quais sejam: quando não há outro meio de salva a vida da gestante; ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo várias garantias de cunho humanitário, sendo que o direito à vida é amplamente protegido, inclusive com a proibição da pena de morte, estabelecendo como exceção apenas em caso de guerra declarada, o que constitui um estado de exceção. Sendo o Código Penal uma Lei anterior à Constituição, esta não poderia permitir que um ser, no caso o feto, que não teve qualquer participação no fato criminoso, venha a ser privado do direito de nascer com vida e de viver, pelo fato de sua concepção ter se dado em virtude do crime de estupro. Permitir a ocorrência do aborto em tal caso seria desvirtuar o próprio Estado de Direito, que protege a vida em todos os sentidos, criando uma exceção que não condiz com o estatuído pela Constituição Federal.

Palavras-chave: aborto; direito à vida; conflito entre direitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	08
CAPITULO I – O CRIME DE ABORTO.....	12
1.1 Apresentação.....	12
1.2 Apontamentos conceituais.....	17
1.3 Tipificação.....	18
1.4 Formas de aborto.....	20
1.4.1 Auto aborto.....	21
1.4.2 Aborto praticado por terceiro.....	21
1.4.3 Aborto qualificado.....	22
1.5 Formas permitidas do aborto.....	24
CAPÍTULO II – DO DIREITO À VIDA.....	27
2.1 Apontamentos sobre a origem.....	27
2.2 Doutrina.....	29
CAPÍTULO III – A LESÃO AO DIREITO À VIDA NO ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO.....	36
3.1 Hierarquia das leis.....	36
3.2 Conflito entre princípios.....	39
3.3 A lesão ao Direito à vida decorrente da prática do aborto proveniente de estupro.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordando o tema “O direito à vida do feto no aborto decorrente de estupro” tem por objetivo demonstrar a relevância do direito à vida quando colocado frente ao direito da mulher à sua liberdade sexual, sendo certo que não condiz com o ordenamento jurídico constitucional atual tal permissão.

A elucidação da problemática referente ao possível questionamento de que a permissão do aborto decorrente de estupro fere o direito constitucional do feto à vida surte efeitos positivos em vários segmentos.

A relevância jurídica é notável, uma vez que tal questionamento ajuda a manter a coerência do ordenamento jurídico infraconstitucional com a Constituição vigente, evitando-se, assim, que a Constituição não atinja sua aplicabilidade permanente.

A relevância social apresenta-se na medida em que o aborto traz riscos também à incolumidade física da mulher, criando-se, assim, um problema social, de saúde pública.

Quanto aos ganhos intelectuais, estes apresentam-se no fato de que o estudo da constitucionalidade das leis ajuda na aplicação do princípio da unidade do ordenamento jurídico.

A esse respeito, adota-se como metodologia a pesquisa teórico-dogmática, nas áreas de direito penal e direito constitucional, com a finalidade de pesquisar acerca do alcance do direito à vida, bem como questionar se o fato de se permitir o aborto, quando a gravidez resultar do crime de estupro, fere o direito à vida do feto, constitucionalmente protegido.

Assim, a elucidação da problemática proposta encontra seu amparo basicamente na doutrina, onde existem posicionamentos no sentido de que o direito à vida é superior a todos os outros direitos, que, quando confrontados, aquele deve prevalecer sobre estes, mesmo porque, não há que se falar em qualquer outro direito se não se garantir o direito à vida. Artigos de internet também serão usados na ajuda da argumentação.

Como marco teórico foi adotado trecho do livro “Curso de Direito Constitucional”, dos autores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, onde afirmam se o direito à vida o mais básico, e o mais importante de todos os outros direitos, sendo que, quando houver conflito com qualquer outro direito, aquele deverá ter um sobrepeso, devendo prevalecer sempre.

Tendo como norte a problemática de se a permissão do aborto quando a gravidez

resultar do crime de estupro fere o direito constitucionalmente protegido à vida do feto, serão analisadas as posições doutrinárias a respeito do tema. Desse modo, será garantido maior embasamento para a hipótese a ser estruturada, além de possibilitar a análise de elementos que envolvem o problema, a partir da análise de bibliografia básica e complementar.

A presente monografia conterá três capítulos: No primeiro, intitulado “O crime de aborto”, serão analisadas todas as formas de aborto previstas no Código Penal, bem como as hipóteses onde o mesmo não é punido.

No segundo capítulo, denominado “O direito à vida”, serão analisadas as posições doutrinárias acerca do direito à vida, bem como sua relevância no ordenamento jurídico constitucional.

Enfim, no terceiro capítulo, denominado “A lesão ao direito à vida no aborto decorrente de estupro”, procurar-se-á analisar a questão do conflito entre o direito à liberdade e à dignidade sexual da mulher e o direito à vida do feto, no caso específico da permissão do aborto quando a gravidez resultar do crime de estupro.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Ante a real importância de se analisar a problemática referente ao direito à vida do feto no caso da permissão do aborto quando a gravidez resulta de estupro, é de suma relevância a análise de alguns conceitos concernentes ao tema deste trabalho, com o objetivo de demonstrar a resolução de tal problemática.

Neste propósito, devem ser considerados os conceitos de “crime de aborto”, “direito à vida”, bem como o de “conflitos entre direitos”, conceitos estes que passam a ser explanados a partir de então.

O código penal pátrio, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, tipificou, nos artigos 124 a 128, o crime de aborto em suas várias espécies, sendo que a dicção legal do artigo 124¹, que tipifica o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, diz: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”.

Os vários crimes tipificados no código penal têm a função preponderante de proteção a bens relevantes para o mundo jurídico, sendo que, por exemplo, no caso do crime de furto, o bem jurídico protegido é o patrimônio da vítima, que se vê injustamente privada de seu bem por um ato ilícito.

Entretanto, não é qualquer ameaça ou lesão a bens jurídicos que vai merecer a proteção do Estado, a ponto de serem tipificados como crime no código penal, mas somente aquelas lesões ou ameaça a lesões relevantes e reprováveis e que necessitam de uma punição do Estatal.

A noção de bem jurídico, neste sentido, configura-se como uma garantia do cidadão, de um lado, de proteção aos seus bens jurídicos relevantes, como a vida, o patrimônio, etc., e, de outro, uma limitação para o próprio Estado, que somente pode punir um cidadão quando este incorrer em algum tipo penal previsto em lei.

Destarte, a razão de ser de um tipo penal é resguardar um bem jurídico relevante para o ordenamento jurídico, sancionando as infrações penais com as modalidades de pena na própria lei penal previstos.

Conforme já dito, o delito de aborto é previsto, em suas várias modalidades, nos artigos 124 a 128 do Código Penal². O vocábulo “aborto”, segundo o Dicionário Aurélio, no

¹ Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que dispõe sobre o Código Penal, **Vade Mecum**, organizado por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, Editora Saraiva, São Paulo, 11ª edição, 2011.

² Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que dispõe sobre o Código Penal, **Vade Mecum**, organizado por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, Editora Saraiva, São

sentido jurídico, quer dizer “interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto, ou sem ela”³. Portanto, o aborto configura-se com a não consumação da gravidez, com a privação do direito à vida de um feto. Os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal definem, respectivamente, o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. O artigo 127 prevê a forma qualificada do aborto, aumentando-se 1/3 da pena se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas, se lhe sobrevém a morte. Já o artigo 128 traz em seu bojo duas hipóteses onde o aborto não é punível: se não há outro meio de salvar a vida da gestante, no caso do inciso I, ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento, no caso do inciso II.

A respeito do conceito de aborto, Júlio Fabbrini Mirabete, em seu Manual de Direito Penal, diz:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses), ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. (...) Preferem alguns o termo ‘abortamento’ para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o termo corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto.⁴

Portanto, o aborto implica na morte do feto, não permitindo que o mesmo se desenvolva regularmente, chegando ao nascimento com vida. Sendo assim, o bem jurídico tutelado é a vida humana em formação, sendo certo afirmar, portanto que, em última instância, o tipo penal referente ao crime de aborto tendo a tutelar a vida humana, mesmo porque tal tipo foi inserido pelo legislador no capítulo “Dos crimes contra a vida”. Neste sentido, Luiz Regis Prado afirma que, no caso do crime de aborto, o bem jurídico protegido é “a vida do ser humano em formação e a incolumidade física da mulher grávida”.⁵

No artigo 128, conforme já exposto acima, temos duas hipóteses onde o aborto não é punível. No caso do inciso I, quando não existe outro meio de se salvar a vida da mulher, verifica-se que se trata de uma excludente de ilicitude, qual seja, o estado de necessidade.

Paulo, 11ª edição, 2011.

³ Dicionário Aurélio, versão eletrônica 5.0

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, Volume II, Parte Especial, 25. Ed., Ed. Atlas, Pág. 62.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**, 5. ed, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, pág. 433.

Neste sentido, Júlio Fabbrini Mirabete, na mesma obra citada, ao comentar sobre as formas de aborto legal, afirma que “no primeiro caso, está previsto o aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza estado de necessidade”⁶. Já no caso do inciso II do artigo 128, não existe o estado de necessidade, uma vez que a gestação não traz riscos à vida da mulher, mas existe uma permissão no sentido de que não se pode exigir que a mulher traga em seu ventre um feto que é resultante de um crime. É o chamado aborto sentimental, ético, ou humanitário, onde se procura preservar a dignidade e a liberdade sexual da mulher. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, “justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de um coito violento, não desejado”.⁷

Já o direito à vida desponta na Constituição da República de 1988 como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo que em vários artigos, a Norma Constitucional prevê meios de proteção à vida humana. Desta forma, o ordenamento jurídico constitucional protege sobremaneira o direito à vida, inclusive do feto, por força do artigo 2º do Código Civil que dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.⁸ O direito à vida está expressamente previsto no caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que tem a seguinte redação: “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...”⁹. De todos os direitos elencados no caput do artigo 5º, o direito à vida aparece como o primeiro, o início, o pressuposto de todos os outros direitos, pois, se não há vida, a pessoa não adquire qualquer outro direito. É o direito por excelência, uma vez que todos os outros direitos são decorrentes do direito à vida. Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco, co-autor do livro Curso de Direito Constitucional, juntamente com Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho, diz que:

A existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, Volume II, Parte Especial, 25. Ed., Ed. Atlas, pág. 68.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, Volume II, Parte Especial, 25. Ed., Ed. Atlas, pág. 69.

⁸ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. **Vade Mecum**, Ed. Saraiva, São Paulo, 11. Ed., 2011.

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**, Ed. Saraiva, São Paulo, 11. Ed., 2011.

O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.¹⁰

Portanto, o mais elementar dos direitos é o direito à vida, que deve ser protegido em todos os seus aspectos pelo Estado, e pela sociedade, pela família, e por todos em geral, tamanha a relevância de tal direito.

Os direitos fundamentais proclamados pelo constituinte de 1988 devem ser resguardados em qualquer situação. De preferência, que sejam sempre defendidos e resguardados de violação.

Não obstante, pode ser que em determinada situação ocorra o que é conhecido como “colisão entre direitos”, onde não é possível que os dois direitos convivam harmonicamente, sendo necessário reduzir a aplicabilidade, ou mesmo suprimir totalmente a aplicabilidade de um dos direitos para se alcançar a justiça no caso concreto.

Ressalte-se, porém, que não há hierarquia entre normas do mesmo patamar, sendo que, então existe um “conflito aparente de normas”, de forma que, por exemplo, não existe conflito, no plano normativo entre as normas que garantem o direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Entretanto, no plano real, fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os mencionados direitos.

Aplica-se, então, o chamado “princípio da proporcionalidade”, onde se coloca na balança os dois direitos, e pondera-se qual deles deve prevalecer. Por exemplo, se uma pessoa comum faz uma festa em sua residência, e alguém sobe no muro e fotografa o interior de sua casa, e publica em meios de mídia, o direito à intimidade deve prevalecer sobre o direito à informação. Porém, se a pessoa fotografada for uma pessoa famosa, de excessiva aparição na mídia, o direito à informação teria um peso maior, do que o direito à intimidade da pessoa.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed., 2009, Ed. Saraiva, pág. 393.

CAPÍTULO I – O CRIME DE ABORTO

1.1 Apresentação

Fonte de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, sejam com opiniões contrárias ou a favor, o crime de aborto talvez seja uma das infrações penais mais controvertidas atualmente.

Segundo a antropologia, o aborto teve origem na antiguidade. O aborto era praticado utilizando-se de diversos métodos, como o uso de ervas abortivas, o uso de objetos cortantes, a aplicação de pressão abdominal, entre outras técnicas.¹¹

As legislações penais acerca do aborto variam conforme as épocas e os lugares, sendo penalizadas ou despenalizadas, sejam de uma forma ou de outra.¹²

Alguns povos antigos, como no caso da Índia, da China ou Pérsia, o aborto não era penalizado criminalmente, não sendo considerado como crime. Já os assírios tinha o aborto como crime punível com empalação, que era um método de tortura e execução que consistia na inserção de uma estaca no ânus, vagina ou umbigo até a morte do tortura, sendo que em alguns casos deixava-se um carvão em brasa na ponta da estaca para que, quando esta atingisse a boca, este não morresse até algumas horas depois, de hemorragia.¹³

No Egito antigo o aborto era considerado apenas como “abandono do estado de gravidez”, não sendo, portanto, considerado como crime.¹⁴

No caso do povo hebreu, somente era punível o aborto provocado mediante violência, uma vez que acreditavam que o feto não tinha existência humana antes do seu nascimento.¹⁵

Na Grécia antiga, enquanto Sócrates defendia o aborto como sendo um direito materno, Hipócrates negava tal direito e, ainda, exigia que os médicos jurassem não ministrar ervas abortivas em qualquer hipótese que seja. Ainda na Grécia antiga haviam os que

¹¹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:00 horas.

¹² Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:05 horas.

¹³ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:07 horas.

¹⁴ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:08 horas.

¹⁵ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:10 horas.

defendiam o aborto como forma de se fazer um controle populacional, mantendo-se, assim, estáveis, as condições sociais e econômicas do País. Para Aristóteles o feto se “convertia” em humano após 40 dias da fecundação se fosse masculino, e 90 dias, se fosse feminino. Em sua obra “Política”, ele defendia esse direito às mulheres como forma de planejamento familiar.¹⁶

Já no direito romano, na Roma antiga, o aborto era permitido, pois ao feto não era conferida personalidade, embora alguns direitos lhe fossem reservados.¹⁷

Por mais curioso que seja, a igreja, a princípio, seguindo os pensamentos de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, considerava o aborto criminoso somente quando o feto já estivesse “formado”, o que ocorria por volta do final do primeiro trimestre.¹⁸

Já no século II são encontrados os primeiros registros de leis promulgadas pelo Estado criminalizando o aborto e cominando pena de exílio contra as mães, bem como trabalhos forçados contra o terceiro que praticar aborto contra a gestante.¹⁹

Na Idade Média temos a forte influência do direito canônico, onde havia a distinção entre o *corpus formatum* e o *corpus informatum*, sendo que o primeiro é aquele que se encontra em condições de receber a alma, convertendo-se em feto animado, e o segundo é o que não tivesse chegado a esse estado. Apesar de algumas divergências, considerava-se, no geral, que tal mudança se dava aos 40 dias nos homens e 80 dias nas mulheres. Note-se que nesta época já era forte a discussão acerca de quando o embrião se tornava efetivamente um feto, para se resguardar seus direitos. Quando não havia dúvidas acerca da condição de feto, o aborto era punido severamente.²⁰

No século XVII, com a observação dos espermatozoides, chegou-se à conclusão de que cada espermatozoide continha um ser humano de proporções microscópicas, já completamente formado, o que levou a Igreja a excomungar as pessoas que praticassem o aborto, sob qualquer que fosse o motivo. No século seguinte, vários países editaram leis criminalizando a prática do aborto.²¹

Em 1791, em plena Revolução Francesa, o código penal francês determinava que

¹⁶ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:13 horas.

¹⁷ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:15 horas.

¹⁸ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:16 horas.

¹⁹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:18 horas.

²⁰ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:19 horas.

²¹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:21 horas.

todos os cúmplices do crime de aborto fossem flagelados e condenados a 20 anos de prisão. Com a chegada de Napoleão Bonaparte ao poder, foi promulgado em 1810 um novo código penal francês, onde a pessoa acusada de praticar o aborto e o infanticídio eram punidos com pena de morte, sendo que, mais tarde, a pena de morte foi substituída pela prisão perpétua. Já os médicos, os farmacêuticos e os cirurgiões eram condenados a trabalhos forçados.²²

A União Soviética foi o primeiro país a legalizar o aborto, em 8 de novembro de 1920. Os abortos seriam gratuitos e sem restrições para qualquer mulher que estivesse em seu primeiro trimestre de gravidez. A partir daí, os abortos eram realizados em massa. Tal movimento foi interrompido em 1936 por Josef Stalin, com o objetivo de aumentar a população. Porém, anos depois da morte de Stalin, a legalização do aborto foi retomada.²³

Na Alemanha o aborto foi alçado à categoria apenas de infração no ano de 1926, onde houve uma considerável amenização na pena para tal fato. O estado atual de legalidade do aborto na Alemanha só se deu no ano de 1972, na Alemanha Oriental, e no ano de 1976, na Alemanha Ocidental.²⁴

Já em 1931, no México e na Polônia, foi legalizado o aborto quando a gravidez resultar do crime de estupro. Em 1935 o aborto foi legalizado na Islândia. Em 1937, na Dinamarca, e em 1938 na Suécia. Alguns autores afirmam que o pano de fundo comum na legalização do aborto nesses países escandinavos foi um passado de forte tradição luterana, que criou um ambiente favorável para que tais países fossem mais receptivos a uma reforma sexual. Quando tais países legislaram sobre o aborto, estariam, na realidade, legislando uma forma de ética situacionista, influenciada pela tradição da teologia luterana.²⁵

Já no Canadá, o aborto não é restringido legalmente. Desde o ano de 1969 que a lei permite a prática de aborto em situações onde haja riscos à saúde da mulher, depois, em 1973, a interrupção voluntária da gravidez deixou de ser ilegal. O Canadá é um dos países onde existe a maior liberdade para se praticar o aborto, sendo que o acesso ao mesmo é fornecido pela assistência médica pública para os cidadãos canadenses, e para os residentes permanentes, nos hospitais do país. Tal liberalidade por parte da lei para se fazer aborto culminou num ataque de membros do movimento “pro-life” contra médicos que praticavam o

²² Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:23 horas.

²³ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:25 horas.

²⁴ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:26 horas.

²⁵ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:29 horas.

aborto, sendo que um morreu, em 1998.²⁶

No caso do Chile, o aborto é proibido em qualquer circunstância que seja, mesmo quando for para fins terapêuticos.²⁷

Já em Cuba, desde o triunfo da Revolução Comunista, em 1959, o aborto é permitido até as dez primeiras semanas de gravidez.²⁸

No México, cada região adota um postura diferente com relação ao aborto. Existem estados onde é permitido o aborto quando o feto apresenta uma deformação genética, ou quando é produto de uma violação. Recentemente, mais precisamente no ano de 2009, muitos estados mexicanos aprovaram leis que proíbem de qualquer forma de aborto como reação ao fato de que o aborto é legal na Cidade do México desde 2008, com a única limitação de que seja praticado nos três primeiros meses de gestação.²⁹

Na Nicarágua, o aborto é proibida em qualquer circunstância e em qualquer tempo de gestação.³⁰

Nos Estados Unidos, com exceção do estado de Dakota do Sul, onde o aborto é proibido, desde a década de 1970 que o aborto é permitindo, mormente quando a mãe invoca motivos de ordem socioeconômica.³¹

Na Áustria, o aborto é permitido, mediante pedido da mulher, até as 12 semanas de gestação. Passado este tempo, o aborto é permitido somente em caso de perigo de vida, risco de malformação do feto, e quando a mãe for menor de 14 anos.³²

Na Bélgica, é permitido o aborto quando a gravidez coloca em risco a vida da mulher, ou por razões sociais ou econômicas, até doze semanas de gestação. Após este prazo, somente é permitido o aborto em caso de sério risco para a saúde da mulher.³³

Na Bulgária, até as doze semanas de gestação, o aborto é permitido a pedido da mulher. Entre doze semanas, até às vinte semanas, quando houver risco médico. Após as vinte

²⁶ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:32 horas.

²⁷ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:34 horas.

²⁸ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:35 horas.

²⁹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:36 horas.

³⁰ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:38 horas.

³¹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:40 horas.

³² Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:43 horas.

³³ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:45 horas.

primeiras semanas de gestação, somente é permitido o aborto no caso de má formação do feto.³⁴

Atualmente na Grécia, o aborto é permitido até 12 semanas a pedido da mulher. Até a vigésima semana de gestação, é permitido em caso de risco de morte ou saúde física ou mental da mulher, violação, ou outros crimes sexuais. Até a vigésima quarta semana de gestação, é permitido o aborto no caso de má-formação do feto.³⁵

Nos Países Baixos, até a décima terceira semana é permitido o aborto a pedido da mulher. Após a vigésima quarta semana é permitido em comprovadas situações de dificuldade e falta de alternativas da mulher, decisão esta que deve ser tomada entre a mulher e o médico.³⁶

No caso da Itália, também é permitido até os noventa dias de gestação praticar o aborto por razões sociais, como no caso da falta de recursos da mãe para prover o sustento do filho, e, a qualquer tempo, no caso de risco de morte ou grave mal à saúde da mulher, risco de má-formação, ou quando há violação ou violência sexual.³⁷

Na Irlanda, somente é permitido o aborto quando houver grave risco à vida da mulher.³⁸

Na Noruega, o aborto é permitido, a pedido da mulher, até a décima segunda semana de gestação. Após as 12 primeiras semanas de gestação, é permitido somente quando houver grave risco à saúde da mulher, ou quando for decorrente de violência sexual.³⁹

Já na Polônia, o aborto é permitido em caso de estupro, no caso de incesto, quando existe risco de morte ou de grave ameaça à saúde física da mulher, ou risco de má-formação do feto. Até o ano de 1993, o aborto era livremente permitido.⁴⁰

No direito português, o aborto é permitido, a pedido da gestante, até a décima semana de gestação. Quando existe o pedido, nesse caso, a mulher tem direito a todo um acompanhamento psicológico e social. O período de permissão do aborto estende-se até à

³⁴ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:48 horas.

³⁵ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:50 horas.

³⁶ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:53 horas.

³⁷ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:55 horas.

³⁸ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:00 horas.

³⁹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:04 horas.

⁴⁰ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:07 horas.

décima sexta semana em caso de violação ou crime sexual, e até a vigésima quarta semana, no caso de má-formação do feto. É permitido a qualquer tempo no caso de risco à vida da mulher.⁴¹

No Reino Unido, é permitido o aborto até a vigésima quarta semana de gestação, por razões sociais, médicas, ou econômicas. Após a vigésima quarta semana, é permitido nos casos de risco para a vida da mãe, risco de grave e permanente doença para a mãe, e nos casos de má-formação do feto.⁴²

O aborto é permitido na Inglaterra, na Escócia e no País de Gales desde 1967.

Já na Suécia, o aborto é permitido a pedido da mulher até a décima oitava semana. No caso de motivo de força maior, por exemplo, inviabilidade do feto, é permitido até a vigésima segunda semana.⁴³

Na Suíça, o aborto é permitido até a décima segunda semana, quando a mulher se encontrar em situação de emergência.

1.2 Apontamentos conceituais

Em relação ao conceito de aborto, devemos recorrer à doutrina, uma vez que nossa legislação não define claramente o que seria o aborto.

Nas palavras de Aníbal Bruno:

Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto. Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo.⁴⁴

Portanto, o aborto é caracterizado pela morte do feto, podendo ser espontâneo ou criminoso. O aborto espontâneo é quando, por razões fisiológicas, o feto vem a se perder, sem a culpa da mãe. Já o criminoso, que nos interessa para os fins deste trabalho, é aquele causado pela gestante, ou por terceiro.

⁴¹ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:10 horas.

⁴² Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:13 horas.

⁴³ Informações retiradas do artigo “Crime de aborto”, visualizada em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 16:15 horas.

⁴⁴ BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.160.

Destarte, o aborto considerado criminoso, para efeitos penais, é quando ocorre a interrupção intencional da gestação, com a morte do feto.

A criminalização do aborto vem sendo objeto de diversas discussões, onde várias vozes se levantam, nunca se chegando a um consenso.

De um lado, existem aqueles que defendem ser direito da mulher programar sua vida, inclusive com a liberdade de escolher quando e como ficará grávida, pois, como um ser formado, com vida própria, e até mesmo um história de vida, seu interesse teria prevalência sobre a vida do feto.

O grande problema do crime de aborto é a dificuldade em percebemos um ser humano que está se formando, e que o mesmo poderá ter dores e sofrimentos, como qualquer outro ser vivo.

Do outro lado, levantam-se vozes humanistas, que defendo que o feto já representa um ser vivo, e que a vida humana deve ser protegida por todos os meios possíveis.

Com relação ao conceito de aborto, Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior, e Fábio M. de Almeida Delmanto, doutrinam que:

Aborto, para efeitos penais, é a interrupção intencional do processo de gravidez, com a morte do feto. A sua criminalização envolve questões extremamente delicadas e de difícil conciliação, existindo a respeito, a exemplo do que ocorre com a pena de morte, uma infundável discussão desde os tempos antigos. Há, de um lado, a garantia constitucional de proteção à vida humana, sua concepção, reforçada pelo influxo de valores religiosos (...), e, de outro, questões sociais e de saúde pública, sobretudo em países pobres e em desenvolvimento como o Brasil (...), bem como de proteção da saúde física e psíquica da mulher, do reconhecimento de sua dignidade, livre-arbítrio e autonomia em face do próprio corpo.⁴⁵

Desta forma, até os presentes dias, não se chegou a um consenso a respeito da criminalização do aborto, tendo em vista tocar em pontos tão delicados na vida das pessoas, como vida, liberdade sexual, dignidade, etc., valores estes alçados a status constitucional.

1.3 Tipificação

O crime de aborto é tipificado no nosso código penal a partir do artigo 124 até o artigo 128, sendo que este último traz as hipóteses onde o aborto não é punível.

O crime de aborto trata-se de um crime de mão própria, no caso do auto-aborto, onde a

⁴⁵ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, JUNIOR, Roberto Delmanto, e DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7. ed., ed. Renovar, São Paulo, 2007, p. 372.

própria gestante provoca em si o aborto, sendo, nas demais hipóteses previstas pelo código penal, um crime comum, quanto ao sujeito ativo. Quanto ao sujeito passivo, será sempre considerado um crime próprio, pois somente pode ser sujeito passivo do crime de aborto o feto, e, em algumas hipóteses, a própria gestante. Pode ser praticado por meio de ação, quando o agente pratica efetivamente os atos tendentes a destruir o feto, ou por meio de omissão, quando não é feito nenhum procedimento para se evitar que a mulher aborte, sendo, portanto, um crime tanto comissivo, como omissivo. É um crime doloso, pois não se pune o aborto culposo, não existindo no nosso código penal tal figura. É um crime de dano, pois impede que um ser humano venha a nascer. É material, pois externa no mundo físico os seus efeitos. É um crime de execução instantânea e de efeitos permanentes.

O nosso código penal traz as seguintes figuras de aborto: a) o aborto provocado pela própria gestante, conhecido também como auto-aborto, na primeira parte do artigo 124; b) o aborto com o consentimento da gestante para que outrem lho provoque, na segunda parte do artigo 124; c) o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, no caso do artigo 125; d) o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, ou também conhecido como consensual, no artigo 126; e) o aborto na sua forma qualificada, no artigo 127; e f) o aborto legal, no caso do artigo 128, sendo que este tipo não é punível.

O tipo objetivo do crime de aborto é o ato de provocar, dar causa, originar, tendo forma livre e podendo ser praticado por qualquer meio, seja comissivo, seja omissivo. O crime de aborto pressupõe a gravidez, pois, se o feto está morto, configura-se o crime impossível.

Não é despreciando notar que o bem jurídico protegido pelo tipo penal do aborto é a vida humana em formação, bem como, em algumas hipóteses, a própria integridade física da mulher.

Pois bem, sendo a vida humana o objetivo jurídico, a razão de ser do tipo penal do aborto, é preciso analisar a partir de quando a vida humana é protegida pelo direito penal.

Não existe um consenso acerca de quando a vida deve ser protegida, de quando é que ela se inicia. Alguns defendem que a gravidez começa com a implantação do ovo na cavidade uterina, enquanto que outros defendem que é desde a constituição do ovo.

O ilustre doutrinador, Rogério Greco, ao falar sobre o momento inicial da vida humana, a partir de quando ela torna-se objeto de proteção por parte do Estado, assim preleciona:

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em

que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, 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. (...) Dessa forma, temos a nidação como termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal do aborto. Portanto, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelo menos à primeira vista, será considerado aborto (consumado ou tentado).⁴⁶

Como visto, o ilustre doutrinador posiciona-se no sentido de que a vida humana começa a partir do momento em que o óvulo fecundado é implantado no útero materno. Para termos jurídicos, o aborto caracteriza-se então, pela destruição da vida intra-uterina, sendo que, então, seguindo este raciocínio, seria fato atípico a retirada do óvulo já fecundado, mas porém, fora do útero, como no caso do óvulo que se desenvolve nas trompas de falópio.

Pois bem, se o termo inicial da proteção penal do tipo do aborto é a nidação, temos que, obviamente, o final da referida proteção é o início do parto, sendo que, após o parto, o fato delituoso passa a ser abrangido pelos tipos penais ou do homicídio, ou do infanticídio. É bom se notar que, qualquer que seja o momento do fato, o código penal não distingue óvulo fecundado, de embrião ou de feto, sendo que, em qualquer dessas fases é possível o cometimento do crime de aborto, o que não é possível após o início do parto.

O tipo subjetivo do crime de aborto é o dolo, pois não há previsão no código penal de punição do aborto na modalidade culposa.

1.4 Formas de aborto

Conforme já exposto anteriormente, o aborto espontâneo, ou natural, não é punido, mas somente o aborto provocado dolosamente, que é considerado crime pelo nosso código penal.

O aborto espontâneo, ou natural, ocorre quando o próprio organismo da mulher se encarrega de expulsar o feto. Tal modalidade de aborto não nos interessa para fins de aplicação penal.

Também não nos interessa o aborto culposo, uma vez que não houve previsão legal para tal modalidade de aborto, sendo que, se a gestante, por negligência, imprudência ou imperícia, vier a provocar o aborto, não haverá qualquer consequência penal para a mesma

Interessa para fins penais apenas o aborto provocado dolosamente, que é dividido pelo

⁴⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, Volume II, ed. Impetus, 5. ed., Rio de Janeiro, 2008, p.239.

código penal em diferentes tipos, que analisaremos a seguir.

1.4.1 Auto aborto

O tipo penal do auto aborto vem previsto no artigo 124 do código penal que vem com a seguinte redação: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos”.

De acordo com a redação do artigo 124, acima transcrito, percebemos 2 figuras distintas: na primeira parte temos a figura do aborto provocado pela própria gestante e na segunda parte temos a figura do aborto com o consentimento da gestante.

O tipo penal do artigo 124, por ser um crime de mão própria, nos permite vislumbrar que o sujeito ativo é a própria mãe. Já o sujeito passivo será o feto.

Quanto ao bem jurídico protegido, será a vida em formação do feto, a vida humana em desenvolvimento.

Segundo lições de Luiz Regis Prado, de modo geral:

No aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (artigo 125, CP) ou qualificado pelo resultado (artigo 127, CP).⁴⁷

Destarte, a vida humana em formação é o bem jurídico protegido com preponderância pelo tipo penal do aborto, adquirindo um peso maior do que a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher, protegidos secundariamente pelo tipo penal em exame.

1.4.2 Aborto praticado por terceiro

Neste tipo penal temos 2 modalidades de aborto praticado por terceiro: a) o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante; e b) o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante.

O aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, figura inculpada no tipo penal do artigo 125 do código penal, guarda pra si algumas peculiaridades.

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume II, página 94.

Nesse caso, o crime deixa de ser de mão própria, pra se tornar um crime comum, quando ao sujeito ativo, pois é certo que qualquer pessoa pode praticar o aborto na gestante, que, por outro lado, torna-se sujeito passivo juntamente com o feto. Desta forma, ao praticar este tipo penal, o agente comete violência tanto contra a mulher, quanto contra o feto. Daí, pode-se afirmar que o bem jurídico protegido, além da vida humana em formação do feto, tem-se a incolumidade física e psicológica da mulher.

Desta forma, Cezar Roberto Bitencourt entende que “nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante”.⁴⁸

No artigo 126 aparece a figura do aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante. Assim como no tipo penal do artigo 125, o tipo em análise trata-se de um delito comum, uma vez que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Já o sujeito passivo fica, em primeiro lugar, o feto, e, se houver morte em razão do método utilizado para a prática do aborto, secundariamente a gestante, uma vez que a ninguém é dado dispor da própria vida.

Tal entendimento é compartilhado por Rogério Greco, que assim preleciona:

A última modalidade diz respeito ao aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante.(...) Quanto ao sujeito passivo, entendemos que somente o fruto da concepção (óvulo fecundado, embrião ou feto) é que poderá gozar desse status, pois que se a gestante permitir que com ela sejam praticadas as manobras abortivas, as lesões de natureza leve porventura sofridas não a conduzirão a também assumir o status de sujeito passivo, dado o seu consentimento. Contudo, sendo graves as lesões ou ocorrendo a morte da gestante, esta também figurará como sujeito passivo, mesmo que secundariamente, haja vista a invalidade de seu consentimento, em decorrência da gravidade dos resultados.⁴⁹

O elemento subjetivo, como em todas as modalidades de aborto, é o dolo. Mesmo porque, se o agente agride uma mulher que está grávida, e, em decorrência das lesões, ela vier a abortar, o agente responderá pelo tipo penal do artigo 129, §2º, V do código penal.

Como o aborto é um crime material, sua consumação se dá com a morte do produto da gestação, não sendo necessário que ele seja expulso do útero da mulher.

1.4.3 Aborto qualificado

O artigo 127 do código penal traz a modalidade qualificado do aborto. A redação do tipo penal assim diz: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, p. 159.

⁴⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, volume II, ed. Impetus, 5. ed., 2008, p. 244.

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”.⁵⁰

À primeira leitura do artigo, verifica-se que ele se refere aos “dois artigos antecedentes”, ou seja à modalidade de aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, do artigo 125, e à modalidade de aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante, do artigo 126, deixando de abarcar a modalidade do auto aborto. Ou seja, se a mulher que realizar as manobras abortivas em si própria vier a sofrer lesão corporal de natureza grave, não será aumentado um terço na sua pena.

Ao que parece, pela redação do artigo, não se trata de uma forma qualificada do aborto, mas sim, de uma causa de aumento de pena.

Segundo as lições de Rogério Greco, tal artigo refere-se aos resultados produzidos culposamente pelo agente, conforme assim preleciona:

Os resultados apontados no artigo 127 do código penal (...) somente podem ser produzidos culposamente, tratando-se, na espécie, de crime preterdoloso, ou seja, o dolo do agente era o de produzir tão somente o aborto, e, além da morte do feto, produz lesão corporal grave na gestante ou lhe causa a morte. Assim, as lesões corporais graves e a morte somente podem ser imputadas ao agente a título de culpa. Se ele queria, com o seu comportamento inicial, dirigido à realização do aborto, produzir na gestante lesão corporal grave ou mesmo a morte, responderá pelos dois delitos (aborto + lesão corporal grave, ou aborto + homicídio) em concurso formal impróprio, pois que atua com desígnios autônomos, aplicando-se a regra do cúmulo material de penas.⁵¹

O aborto não precisa ser necessariamente causado com violência física, podendo mesmo ser produzido quando o agente causa um terror psicológico tão forte, que a gestante vem a abortar, em virtude do pânico emocional que lhe tomou conta.

Por força do preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, a competência para o julgamento dos crimes de aborto é do Tribunal do Júri, haja vista tal delito ser um crime contra a vida.

Uma vez que trata-se de crime contra a vida, a ação penal será, em todos os casos, pública incondicionada, tendo-se em vista o interesse e o dever do Estado em proteger a vida em todas as suas formas.

⁵⁰ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que dispõe sobre o código penal, **Vade Mecum**, Editora Saraiva, 11. ed., São Paulo, 2011.

⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, volume II, ed. Impetus, 5. ed., 2008, Rio de Janeiro, p. 249.

1.5 Formas permitidas do aborto

O artigo 128 do código penal traz duas hipóteses onde o aborto não é punível, quais sejam: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante, conhecido como aborto terapêutico, necessário, ou profilático; ou b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou de seu representante legal, se incapaz, conhecido como aborto sentimental, humano ou ético.

Para entendermos com maior clareza as duas hipóteses, é necessário analisarmos os fundamentos de tal permissão.

No primeiro caso, quando não existe outro meio de salvar a vida da gestante, não há dúvidas de que se trata de uma causa de justificação fundada na excludente de ilicitude do estado de necessidade. Nessa hipótese, ou é realizado o procedimento abortivo, ou a gestante morre. Ele deve ser a *ultima ratio*, o último caminho, a última alternativa a se tomar para salvar a vida da gestante.

A redação do artigo deixa claro que, se houver qualquer outro meio de se salvar a vida da gestante, tal via deverá ser tomada ao invés do aborto. Entre a vida do feto e da gestante, a lei penal optou por salvar a vida da gestante, que já tem toda uma história de vida e família construída.

A divergência reside na discussão sobre qual seria a natureza jurídica do aborto sentimental, ou seja, aquele onde a gravidez resulta de estupro.

Na opinião de Aníbal Bruno:

Em verdade, a questão aí está muito aquém do caso em que se trata de preservar a vida da mulher. Dificilmente se poderia reduzir a hipótese a um estado de necessidade. Mas razões de ordem ética ou emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis têm introduzido essas discriminantes em algumas legislações, atitude incentivada por episódios graves que realmente reclamavam medidas de exceção. (...) No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a consequência de inúmeras concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular, fazendo-o sair do domínio do interesse privado para o do interesse público, político, suscitando, sobretudo depois da primeira guerra, ardorosos debates. Foi então legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência.⁵²

Nota-se então que existe, por trás da permissão uma origem histórica de abusos sexuais, o que exigiu que os países tomassem esta alternativa para minimizar o problema das

⁵² BRUNO, Aníbal, **Crimes contra a pessoa**, p. 173.

várias mulheres vítimas de tais abusos.

Essa alternativa é aceita pela maioria dos doutrinadores, que puxam para o lado humanitário da mulher.

Não é possível dizer que se trata de um estado de necessidade, uma vez que não está colocando a vida da gestante em risco. Existe, sim, um conflito entre o direito do feto de nascer com vida, e a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos terrível pelos quais a mesma passou. Também não se vislumbra qualquer outra causa de excludente de ilicitude, pois o feto não ameaça a vida da mulher para se aplicar a excludente de legítima defesa. Tampouco há que se falar em estrito cumprimento de dever legal, uma vez que a ninguém é dado matar, muito menos há que se falar em exercício regular de direito.

Compartilhando deste entendimento, Rogério Greco nos diz:

Pela redação do artigo 24 do código penal, somente se pode alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstância, não era razoável exigir-se. 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 este último bem(...). 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. (...) Entendemos, com a devida *vênia* das posições em contrário, que, no caso do inciso II do artigo 128 do código penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.⁵³

Portanto, a questão mostra-se delicada, tanto socialmente quanto juridicamente, sendo certo que o peso da vida humana é enorme dentro do ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual foi ela cercada de cuidados para sua proteção.

Outra questão a ser levantada acerca do aborto legal é se alguém que não seja médico poderá praticar o aborto nas hipóteses do artigo 128, uma vez que ele expressamente faz menção ao fato de que não se pune o aborto praticado por médico. Evidentemente, quis o legislador garantir que o mínimo de risco corra a gestante quando for submetida ao procedimento abortivo. No caso do aborto necessário, quando não há outro meio de se salvar a gestante, é possível sim que outra pessoa pratique o aborto, uma vez que trata-se de uma medida de urgência, dado o fato de que a gestante encontra-se em estado de necessidade, sendo que, na ocasião, até que se leve a gestante para um médico especializado, a vida possa

⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial, volume II, ed. Impetus, 5. ed., 2008, p. 255.

perder-se.

Tomentosa então se torna a questão quanto ao aborto decorrente de estupro, uma vez que a gestante não se encontra em estado que justifique tal exceção ao que diz a lei. A doutrina majoritária, não obstante posições diversas, entende que somente o médico, neste caso, poderá praticar o aborto.

Feitas as considerações necessárias para o entendimento da questão aqui proposta, passaremos para o segundo capítulo.

CAPÍTULO II – O DIREITO À VIDA

2.1 Apontamentos sobre a origem

A vida humana até hoje é fruto de pesquisas científicas e históricas, que se propõem a esclarecer como surgiu a vida humana no planeta.

De um lado, os religiosos buscam na bíblia a gênese da vida humana. Segundo ela, Deus criou o mundo e o homem e a mulher, Adão e Eva, que povoariam o mundo por inteiro.

De outro lado, os cientistas, apoiados nos estudos de Darwin, afirmam que a vida humana hoje conhecida é fruto de uma longa evolução dos primatas, que, impulsionados pela necessidade de sobrevivência, foram se desenvolvendo até chegar a forma humana.

A vida é protegida então a partir do momento em que se toma consciência de sua importância e da importância do outro para a realização de objetivos comuns a todo o grupo ou espécie.

Quando, na bíblia, Caim matou Abel, Deus o amaldiçoou, demonstrando o valor da vida humana, que, em hipótese alguma poderia ser suprimida por outro homem. Somente a Deus caberia o poder sobre a vida e a morte dos homens.

A princípio, pelo fim da sobrevivência, após, por tomar consciência moral, os homens passaram a se respeitar mutuamente, não permitindo o homicídio entre seus iguais.

Percebemos, então, que desde os tempos mais antigos, o homicídio já era condenado entre os homens, pelo menos entre os que participavam do mesmo grupo social.

O conceito de vida é demasiado amplo, abarcando todos os seres vivos, como as plantas, os animais, etc. O planeta em que vivemos necessita da vida.

Para fins deste estudo, nos interessa a vida humana.

A origem, o início da vida humana é alvo de muitas discussões e estudos. Para alguns juristas, apoiados em estudos neurológicos, se a morte acontece quando o sistema nervoso para de funcionar, a vida humana se inicia com a formação do sistema nervoso, o que acontece por volta da segunda semana de gestação.

No Judaísmo, bem como para Hipócrates, o pai da medicina, a vida humana se inicia com a fecundação, tendo em vista que neste momento, todos os elementos genéticos que constituirão o ser humano já estão presentes.

Os filósofos da Grécia antiga acreditavam que a alma só se incorporava ao corpo humano após a décima segunda semana de gestação. Antes disso não haveria vida.

Os adeptos da religião Islâmica compartilham de tal entendimento.

Existe o entendimento de algumas correntes de que a existência de um indivíduo humano tem início num momento sucessivo em relação à concepção, e que até esse determinado momento a vida humana não existe.

Para alguns biólogos, a origem de um organismo coincide com o início do seu ciclo vital, que é o momento em que há a penetração do espermatozoide no ovócito. Tal evento provoca uma série de acontecimentos que culminam no desenvolvimento do embrião que vai dar origem ao feto, que se transformará na criança. Desta forma, a carga genética do ser humano que se formará já está presente neste momento.

De toda forma, basicamente existem quatro correntes sobre quando se inicia a vida humana: a) os que defendem que o início da vida começa com a fertilização; b) os que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero; c) os que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral; e d) os que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

Para melhor analisarmos quando se considera o início da vida do direito, é bom fazermos uma breve explanação sobre tal concepção na história do direito.

Na Roma antiga, o início da personalidade jurídica se dava pela observância de alguns fatores, como o nascimento com vida, a forma humana e a presença de viabilidade fetal, que corresponde a uma forma orgânica que permita que o ser viva ou continue a viver. Em alguns casos, poderia se antecipar o começo da existência para a data da concepção. A pessoa deveria, ainda, reunir em si o *status libertatis*, o *status familiae*, e o *status civitatis*.

Já na Idade Média, no século XII, entendia-se que o sentido da pessoa está em um ser completo, independente e intransferível, sedo acrescido, mais tarde, o elemento da dignidade da pessoa humana no período do Renascimento.

Atualmente, no direito pátrio, a lei entende que o começo da proteção à vida se dá com a concepção. Já o começo da personalidade civil começa do nascimento com vida.

Com o desenvolvimento das concepções humanitárias, o direito à vida se tornou o bem supremo, o direito dos direitos, estando presente o dever de proteção ao Estado e à sociedade como um todo em quase todas as legislações humanistas.

O valor vida é a exigência de qualquer ordenamento jurídico. É o que inspira e o que justifica o Estado, pois o Estado, a sociedade, são formados por um conjunto de pessoas vivas. Na verdade, trata-se de uma bem jurídico de valor supremo na ordem constitucional, que tem o condão de orientar, informar, e dar sentido a todos os demais direitos fundamentais, que encontram na vida do indivíduo sua gênese e seus limites.

2.2 Doutrina

O direito à vida foi proclamado pelo constituinte como um dos direitos fundamentais do homem. Está consagrado no caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que diz ser garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Como se fora um prenúncio dos direitos relevantes para o Estado, o direito à vida aparece como primeiro da lista, como forma de demonstrar a importância de tal direito no ordenamento jurídico constitucional adotado a partir de 1988.

De fato, o direito à vida é o mais básico de todos. Não há que se falar em qualquer outro direito, se antes não for assegurado à pessoa humana o direito de viver, e de estar vivo, sendo que, para alguns doutrinadores, o direito à vida compreende também o direito a uma existência digna.

Desta forma, Paulo Gustavo Gonet Branco, em co-autoria com Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho, afirma que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro direito 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. O constituinte brasileiro, coerentemente, proclama o direito à vida, mencionando-o como o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no artigo 5º do texto constitucional, seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade.⁵⁴

Portanto, o direito à vida aparece no ordenamento jurídico como a base sobre a qual se alicerçam os demais direitos. O mínimo que se espera de um estado democrático de direito é que se garanta os direitos fundamentais da pessoa, entre os quais, o direito de nascer, de estar vivo, de continuar vivo até que a morte natural lhe sobrevenha.

A vida humana é tão relevante para o ordenamento jurídico pátrio que o crime cuja pena chega ao máximo permitido pela lei penal é justamente o homicídio. Por esta razão, os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri, reconhecido constitucionalmente. Não se pode conceber qualquer atentado contra a vida humana no

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., 2009, p. 393.

ordenamento jurídico. Desta forma, até mesmo a proteção ao meio ambiente tem, em última instância, uma garantia de proteção à vida, pois o homem necessita de um meio ambiente equilibrado para viver.

O ilustre doutrinador José Afonso da Silva, comunga do mesmo entendimento:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no artigo 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A ‘vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo’. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.⁵⁵

Segue o citado autor:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.⁵⁶

Não há que se negar, portanto, que a defesa da vida é um pressuposto de um Estado de direito, tamanha a importância do mencionado direito para a realização do bem comum. Só existe a sociedade se existir o ser humano vivo. A própria lei estende o direito à vida àqueles que ainda não nasceram, ao proclamar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos no nascituro”, conforme redação do artigo 2º do código civil de 2002.

Ora, tal conclusão é óbvia, pois, se a vida já em andamento é protegida, tanto mais será a vida em formação, pois aquele pode se defender de eventuais ataques, ao passo que este é um ser totalmente indefeso.

É dever não só do Estado zelar pela vida, mas também de toda a sociedade, principalmente a vida dos mais indefesos, pois não é outro o sentido da norma do artigo 227 da Constituição que afirma ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”.

É portanto, o direito à vida, o núcleo, o direito central de todo o ordenamento jurídico pátrio. Terá sempre um peso maior quando conflitado com outros direitos.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., ed. Malheiros, 2011, p. 198.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., ed. Malheiros, 2011, p. 198.

O direito à vida é o primeiro elencado dos direitos fundamentais, o que mostra a intenção do legislado em deixar claro a relevância de tal direito dentro do ordenamento jurídico pátrio, ainda mais depois da Constituição da República de 1988.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, o direito à vida “é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”⁵⁷

Desta forma, a pessoa só é capaz de exercer qualquer outro direito se ela nascer, e se viva estiver, o torna ainda mais imprescindível a proteção total ao direito à vida.

Prossegue então o renomado autor:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.⁵⁸

Dessa forma, o direito à vida é tão amplo que não pode ser entendido apenas como o fato de estar vivo, ou de continuar vivo, mas deve ser entendido também como o direito da pessoa a ter condições de viver dignamente, e não somente sobreviver, ou ter uma sub-vida. É preciso proporcionar à pessoa humana uma forma digna de vida, de trabalho e participação na vida social, sendo certo que, dentro de uma sociedade capitalista, de consumo, uma pessoa que não tenha condições de ter o mínimo necessário para sua subsistência, não tem uma vida plena, e muito menos se insere no contexto social, ficando à margem da sociedade, das leis, e até mesmo da preocupação das autoridades.

O já mencionado autor ainda preleciona:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois 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. (...) O embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.⁵⁹

Conforme transcrito, a vida será protegida então pelo ordenamento jurídico desde a concepção, ou seja, de acordo também, com o estatuído no artigo 2º do Código Civil, que

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed., ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 39.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed., ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 39.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed., ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 39 e 40.

assegura, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Como um das facetas do direito à vida, temos também o chamado “direito à existência”. Com propriedade, José Afonso da Silva nos ensina:

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. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria.⁶⁰

O direito à existência compreende então o direito à própria defesa da vida, pois a ninguém é dado o direito de tirar a própria vida, muito menos a vida de outrem. O direito à existência então, compreende, por outro lado, o direito de nascer vivo.

A proteção ao direito à vida, é tão ampla que até mesmo nos Tratados Internacionais tal proteção é assegurada, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, declara em artigo 4º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando ainda que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

A compreensão do status de que goza o direito à vida é importante para se chegar a conclusões em discussões e debates acerca do aborto, da eutanásia e outros onde nunca se chegou a um consenso.

Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco discorre que “a expressão ‘direito à vida’ está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias.”⁶¹

O direito à vida, desta forma, é constantemente colocado em discussão, para que seja bem explicitado seu alcance.

Porém, não somente na esfera jurídica o direito à vida exerce forte influência, mas em questões ambientais, religiosas e filosóficas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Habeas Corpus nº 84.025-6, que, no caso de feto anencéfalo, a mãe tem o direito de antecipar o parto, e retirar o feto que

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 198.

⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira, e COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 4. ed., 2009, p. 394.

não terá condições de viver, evitando-lhe um sofrimento por nove meses, prevalecendo, neste caso, a dignidade da mãe, sendo que não seria razoável exigir que ela carregasse em si, por nove meses, uma gravidez que não resultará na vida de um ser humano.

Em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADI 3510, que o artigo 5º da lei de biossegurança, que trata da utilização de células-tronco para pesquisas, não merecia reparo, porém, ressaltou que isso somente seria possível se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco.

Todos os seres humanos são titulares do direito à vida, devendo tal direito ser assegurado amplamente pelo Estado. Desta forma, Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensina que:

A vida preservada e encarecida pelo constituinte há de ser toda a vida humana. Não é ocioso ressaltar que somente há vida humana em seres humanos; onde não há vida não há mais ser humano – assertiva que se completa com a noção igualmente necessária de que onde há ser humano, há vida. O direito à vida cola-se ao ser humano, desde que este surge e até o momento da sua morte. Trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.⁶²

Desta forma, desde que haja vida, o ser humano tem o direito de tê-la protegida até o dia de sua morte, e que esta venha de forma natural. Não existe possibilidade de discriminação quanto às pessoas; todas têm o direito à vida assegurado. Se houver discriminação, fere-se o espírito de todas as constituições que asseguram o direito à vida de forma plena.

O autor supracitado prossegue com sua exposição:

A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa. Não se concilia com a proposição de que todos os seres humanos ostentam igual dignidade classifica-los, segundo qualquer ordem imaginável, para privar alguns desse direito elementar. Nem a origem étnica, nem a origem geográfica, nem as opções de comportamento, nem a idade – nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida.⁶³

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., São Paulo, 2009, p. 395.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., São Paulo, 2009, p. 396.

Não é possível, portanto, distinguir níveis de aplicabilidade do direito à vida entre as pessoas. Todas têm o direito à vida assegurado pelo ordenamento jurídico.

Conclui o mencionado autor:

Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito de viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de o proclamar explicitamente. Se o ordenamento jurídico reconhece como seu valor básico o princípio da dignidade da pessoa humana e se afirma a igualdade como consequência precisamente dessa dignidade, o direito à vida está necessariamente aí pressuposto. É indiferente, portanto, que o ordenamento infraconstitucional resolva restringir a plenitude do gozo e do exercício de direitos vários, conforme fatores diversos, como a maturidade física ou psicológica dos homens. Essas restrições são ordinariamente dispostas em prol do mesmo indivíduo que as sofre e acaso são válidas, se proporcionadas a razoáveis objetivos almejados pelo legislador. O direito que é a base de todos os demais, todavia, não pode ser suprimido em função de fatores acidentais da própria vida e do seu desenvolvimento.⁶⁴

Assim, é impensável uma graduação de aplicabilidade do direito à vida, direito por excelência. Da mesma forma como é impensável condicionar o direito à vida a uma determinada época de desenvolvimento. Tanto aquele que ainda não nasceu tem o direito de existir, bem como aquele que já existe tem o direito a se manter vivo.

De forma magistral, Paulo Gustavo Gonet Branco nos diz que:

O elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, que ela ocorra naturalmente, que *in vitro*. O nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*. Isso é bastante para que seja titular do direito à vida (...). O direito à vida não pressupõe mais do que pertencer à espécie humana *homo sapiens*. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de auto-consciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo da 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. Por conta dessa sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição da igual dignidade humana. O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final.⁶⁵

Posiciona-se o mencionado autor em favor do direito à vida a partir da concepção, uma vez que não se pode afirmar que o nascituro não é ainda um ser humano, muito pelo

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., São Paulo, 2009, p. 396.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª. ed., São Paulo, 2009, p. 397 e 398.

contrário, sendo titular de todos os direitos fundamentais, e com ainda mais necessidade de proteção, por se tratar de um ser, em sua essência, indefeso.

Não é despiciendo ressaltar que o direito à vida, por sua natureza de direito fundamental, tem como características: a historicidade, pois sempre tem uma interpretação de forma crescente e ampla; é inalienável, pois a ninguém é dado dispor da própria vida; é imprescritível, pois não se perde no tempo; é irrenunciável, pois não se pode renunciar ao direito de viver, desta forma, o ordenamento jurídico não permite a eutanásia, e tipifica como crime a conduta de qualquer tipo de participação no suicídio; é universal, pois todos têm o direito à vida, mesmo os estrangeiros que estiverem por aqui de passagem; e tem aplicabilidade imediata.

CAPÍTULO III – A LESÃO AO DIREITO À VIDA NO ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO

3.1 Hierarquia das leis

O ordenamento jurídico, para dar validade às leis, é escalonado em níveis de leis. Em no topo do ordenamento encontra-se a lei constitucional. Todas as normas de nível superior encontram na Constituição seu fundamento de validade, pois, somente serão válidas as leis que foram compatíveis, formalmente e materialmente, com a Constituição.

Logo abaixo da lei constitucional, encontram-se as leis complementares, que regulamentam determinadas matérias estabelecidas na Constituição para que seja dada aplicabilidade às mesmas.

Abaixo aparece a lei ordinária, que requer um procedimento menos rígido para sua aprovação.

E assim se segue, vindo abaixo as categorias normativas restantes: Tratado Internacional, medida provisória, lei delegada, decreto legislativo, resolução.

Assim, a ideia de hierarquia entre as leis está intimamente ligada à ideia de supremacia da Constituição. A Constituição é a lei maior do Estado, sendo que qualquer outro ato normativo que não seja compatível com ela não pode ser válido. Por ser o fundamento de validade do ordenamento jurídico como um todo, o processo para alteração da lei constitucional é mais complicado do que o de aprovação das leis ordinárias, sendo necessário que, para que uma emenda constitucional seja aprovada, ela deve ser aprovada em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por 3/5 dos membros. Existem mesmo alguns dispositivos constitucionais que não são passíveis de deliberação, que são as chamadas cláusulas pétreas.

Acerca da supremacia da Constituição, José Afonso da Silva nos ensina que:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁶⁶

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34. ed., ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 45.

Desta forma, a organização do próprio Estado se encontra disposta na Constituição, retirando daí sua validade.

A supremacia da Constituição encontra-se no plano formal, assim como no plano material. A supremacia formal decorre da forma mais difícil de se alterar os dispositivos constitucionais do que para se alterar as demais espécies normativas do sistema. A supremacia material funda-se no fato de que a matéria constitucional é de relevância superior, uma vez que é na constituição que se dispõe acerca da organização do Estado, das formas de aquisição e exercício dos poderes, bem como o rol dos direitos fundamentais. Portanto, é a Constituição que vai definir como funcionará o aparato estatal, a composição dos tribunais, estabelecendo os limites de atuação de cada órgão, bem como estabelecendo o princípio da separação e independência dos poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o início da nova ordem jurídica começa com a promulgação de uma nova constituição. Assim o foi com diversos momentos políticos no Brasil, pois, a cada nova mudança de regime, era necessário criar uma nova lei maior para reger tal regime, inclusive os regimes ditatoriais. Assim foi que, após a Independência do Brasil, nasceu a chamada Constituição do Império em 1824; após a Proclamação da República, surgiu a Constituição de 1891; após a tomada do poder por Getúlio Vargas, nasceu a Constituição de 1934, vindo a ser derrubada 3 anos depois, em 1937, pela Constituição do Estado Novo, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, sob alegação de ameaça de golpe comunista; com a Constituição de 1946, a democracia reaparece no cenário político do Brasil, sofrendo um novo golpe anos mais tarde, em 1964, com o regime militar, sendo que, após tal golpe, foi outorgada, em 1967, uma nova Constituição, com o intuito de legitimar o regime ditatorial; enfim, com a queda do regime militar e conseqüente volta à democracia, surge a Constituição da República de 1988, estabelecendo novamente um Estado Democrático de Direito no país.

Destarte, quando uma Assembleia Constituinte é reunida, tem-se em mente o objetivo de derrubar a ordem jurídica vigente, estabelecendo-se uma nova ordem, a qual será regida pela nova constituição, que dirá qual a forma de Estado e de governo, como será a aquisição e o exercício dos direitos políticos e do poder em geral, bem como o aparato estatal se organizará, e, ainda, definirá os direitos e as garantias fundamentais.

A constituição, pelo fato de condicionar todo o ordenamento jurídico, não pode ser alterada da mesma forma que as leis infraconstitucionais, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Mormente no que diz respeito às cláusulas pétreas que, conforme já dito, não são passíveis de reforma pelo poder constituinte derivado, pois, do contrário, o cidadão não teria estabilidade de seus direitos e garantias fundamentais, etc.

A partir do momento então que uma nova constituição entra em vigor, como já dito, muda-se toda a ordem jurídica. Porém, para se evitar um trabalho demasiado desgastante de reelaboração de todas as leis conforme a nova constituição, surge então o fenômeno da “recepção”, quando então todas as leis anteriores à constituição que foram com ela compatíveis, continuarão a ter vigência.

A respeito do tema, Hans Kelsen nos diz:

Se algumas leis promulgadas sob o império da velha Constituição continuam válidas com a nova Constituição, isso só é possível porque a nova Constituição lhes confere validade, expressa o tacitamente. Esse fenômeno é um caso de recepção (semelhante à do Direito Romano). A nova ordem ‘recepção’, quer dizer, adota normas da velha ordem; e isto significa que a nova ordem considera válidas (ou põe em vigor) normas que possuem o mesmo conteúdo daquelas que vigoravam sob a ordem precedente. A recepção é, assim, um procedimento abreviado de criação jurídica. As leis que, em linguagem comum, permanecem válidas, do ponto de vista jurídico são leis novas, cujo sentido coincide com o das leis anteriores. Não são idênticas a essas leis, porque seu fundamento de validade é distinto e repousa na Constituição nova e não sobre a que foi substituída, não existindo continuidade entre essas duas constituições, quer sob a perspectiva da Constituição anterior, quer do ângulo da que foi promulgada posteriormente. Destarte, não é apenas a Constituição, mas todo o ordenamento, que muda em consequência de uma revolução.⁶⁷

Conforme nota-se de tal trecho, com a elaboração e a entrada em vigor de uma nova constituição, existe uma ruptura com ordenamento jurídico anterior, não existindo mais esta ordem, mas somente aquela, sendo que, as leis porventura existentes, vão retirar da nova constituição sua validade, e não mais da ordem jurídica anterior. As leis anteriores à constituição somente vão existir na medida em que forem compatíveis com a nova ordem constitucional e com os princípios nela adotados. Por exemplo, uma lei penal que estabeleça pena de morte a determinado crime não poderá subsistir no ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988 que veda expressamente a pena de morte, não sendo por esta recepcionada. Ao contrário, uma lei que estabeleça amplamente algum dos direitos fundamentais continua válida, mesmo sendo anterior à Constituição da República de 1988, sendo por esta recepcionada.

Não há que se falar em normas válidas pelo antigo regime da velha constituição, pois agora o fundamento de validade destas é a nova constituição, que rompe totalmente com a outra, não existindo relação de continuidade entre a antiga com a nova.

Portanto, se uma norma não for compatível com a constituição, tal norma é inválida. Caso seja ela editada posteriormente à constituição, fala-se em inconstitucionalidade. Seja o vício de inconstitucionalidade formal ou material, a lei não poderá subsistir no ordenamento

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed., ed. Martins Fontes, São Paulo, 1969, p. 138.

jurídico, uma vez que, sendo infraconstitucional, deve necessariamente obedecer à constituição. Em linhas gerais, há a inconstitucionalidade formal quando o procedimento previsto na Constituição para a edição da norma não foi respeitado, ou seja, a forma estabelecida pelo constituinte não foi respeitada. Há inconstitucionalidade material quando a matéria de que a lei trata contrariar a Constituição, por exemplo, se editada uma lei processual que não dá direito ao contraditório e à ampla defesa, tal lei será inconstitucional, sendo passível o controle de constitucionalidade, seja difuso, no caso concreto, ou concentrado, no caso das Ações Direitas de Inconstitucionalidade, quando então a lei será declarada inconstitucional e, via de consequência, perderá sua validade como tal. Existem também as inconstitucionalidades por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por ação caracteriza-se quando o Poder Público age de forma contrária ao que dispõe o texto constitucional, lado outro, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se quando a o texto constitucional determina que o Poder Público adote determinada providência, e ele não o faz, contrariando, da mesma forma, a Constituição.

O sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos e executivos do Poder Público é uma forma de defesa da Constituição em sua essência, não permitindo que o legislador venha a suprimir ou alterar o espírito estabelecido pelo constituinte originário.

3.2 Conflito entre direitos fundamentais

O ordenamento jurídico, à primeira vista, como um todo, deve ser harmônico, ou seja, não podem existir no ordenamento jurídico de um mesmo país, duas normas conflitantes. Porém, no plano real, algumas vezes dois direitos não podem ser, simultaneamente, exercidos de forma plena.

Problema recorrente na doutrina, que tem chamado a atenção, é a colisão entre dois direitos fundamentais, pois eles se encontram no mesmo patamar, e não há, pelo menos no texto constitucional atual, uma hierarquia entre direitos fundamentais.

O §1º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, proclama a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Portanto, para o exercício dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional não é necessária a edição e qualquer lei regulamentar.

O problema principal quando se trata de direitos fundamentais é que, em geral, os direitos fundamentais estão contidos em princípios, não em regras.

Acerca da diferenciação entre regras e princípios, Paulo Gustavo Gonet Branco assim

os define:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. (...) Os princípios ‘são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.⁶⁸

Portanto, enquanto as regras têm aplicabilidade na medida em que a norma a determina, os princípios têm aplicabilidade conforme o exigir o caso concreto. Tal característica leva a resultados diferentes na forma de se solucionar eventuais conflitos entre regras e entre princípios.

Quando há conflitos entre diferentes regras, há a exclusão de uma para que a outra incida. Não há conciliação entre duas regras, pois, se uma diz que é proibido matar e a outra diz que é permitido matar, uma delas terá que ser necessariamente excluída para que a outra sobreviva.

No entanto, quando há conflito entre dois princípios, não existe a exclusão de um dos princípios, mas apenas graus diferenciados de aplicabilidade de cada um no caso concreto. Deve-se buscar uma conciliação entre os dois princípios conflitantes, fazendo com que os dois subsistam no caso concreto.

Ótimo exemplo nos mostra Paulo Gustavo Gonet Branco:

Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas.⁶⁹

Prossegue o mesmo autor:

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., editora Saraiva, São Paulo, 2009, p. 318.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 318 e 319.

Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa, será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade. Isso não se deverá a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de dados íntimos de pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento socialmente relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.⁷⁰

Percebe-se, no caso proposto pelo autor, um claro exemplo de quando dois princípios se colidem, sendo que houve uma ponderação sobre qual teria mais aplicabilidade no caso concreto. Na solução proposta pelo autor, nenhum dos dois princípios teve de ser excluído. O personagem não teve seu direito à privacidade suprimido, apenas reduzido no caso concreto, onde o interesse público à informação teve um peso maior.

Desta forma, como característico dos princípios é que, diferentemente do que acontece com as regras, aonde você já tem uma noção clara de todo o seu alcance, na leitura do texto que o consagra, não dá para se enxergar o limite exato de sua aplicação. Sendo certo que a aplicabilidade dos princípios dar-se-á em diferentes graus, de acordo com a situação apresentada pelo caso concreto.

Desta forma, quando se fala em princípios, não é possível precisar uma aplicabilidade absoluta em todas as situações. Assim, em cada caso deverá ser analisado qual princípio deverá ser aplicado em maior escala, e, para que seja possível tal interpretação, é preciso ter em mente o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco vai nos ensinar que:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial. Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreductível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade.⁷¹

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 319.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 319.

Prossegue o doutrinador afirmando que:

O exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter ‘pesos abstratos’ diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de ser levado em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão. É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de um fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro.⁷²

Desta forma, não existe um critério universalmente válido para se fazer o juízo de ponderação, onde se irá analisar todas as peculiaridades do caso concreto, podendo tanto o juiz quanto o legislador dizer qual dos dois princípios prevalecerá.

3.3 A lesão ao direito à vida do feto no aborto decorrente de estupro

Analisadas todas as proposições acima, nota-se um verdadeiro conflito entre o direito à vida do feto e a permissão do aborto quando a gravidez resultar de estupro. De tal forma que afigura-se no mínimo uma verdadeira desproporção entre o fato e a consequência, ainda mais em se tratando de um ser que não tem como se defender, como é o feto.

Por um lado temos o direito à liberdade sexual da mulher, de forma que é extremamente penoso para ela carregar em si o fruto de uma violência sofrida, de um mal injusto causado por um crime. E de outro, temos uma vida humana em formação, que não pode ser deixada de lado, como se fosse algo indesejável, sendo que o direito à vida é o centro e o objetivo de todo o ordenamento jurídico.

Não é despidendo citar novamente o marco teórico do presente trabalho, eis que acertadamente o doutrinador afirma que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro direito se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 320.

O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.⁷³

Desta forma, se o direito à vida estiver em conflito com qualquer outro direito no caso concreto, deverá a vida humana ter um peso maior na apreciação do caso concreto.

O crime de aborto, conforme já analisamos, permite duas hipóteses onde o código penal isenta de pena o médico: a) quando não há outro meio de se salvar a vida da gestante, e b) quando a gravidez resultar do crime de estupro. No tocante à primeira hipótese, temos um exemplo claro de estado de necessidade, onde colidem dois princípios idênticos, quais sejam, a vida da mulher, que já tem uma história de vida, e a vida humana em formação, que gera graves riscos à vida da mulher. Já no tocante à segunda hipótese, não é possível vislumbrar qualquer excludente de ilicitude, uma vez que não se trata de estado de necessidade, pois a presença do feto no útero da mulher não lhe traz um risco real e grave, a ponto de não haver qualquer outro meio de se salvar a vida da gestante que não o aborto; também não configura a legítima defesa, uma vez que o ser humano não traz à mulher ameaça de lhe causar mal injusto e grave; muito menos se configura como um exercício regular de direito, pois a ninguém é dado do direito de matar outrem; assim como não aparece como estrito cumprimento de dever legal, pois ninguém pode ser obrigado por lei a matar outrem.

O argumento utilizável neste caso seria o fato de que a conduta praticada seja um fato típico, antijurídico, porém não culpável, excluindo-se, neste caso, a culpabilidade, que é um dos elementos do crime, uma vez que ela caracteriza-se como a potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa da praticada. No caso em exame, acredita-se não ser possível exigir da mulher uma conduta diversa. Não se poderia exigir que a mulher carregue em seu ventre o produto de um crime, trazendo-lhe sofrimentos e lembranças, causando-lhe um mal muito maior.

Sobre o direito à vida, a doutrina é unânime em afirmar que o direito à vida é o direito por excelência, não sendo possível restringir esse direito, senão na única hipótese que a Constituição da república de 1988 aceita: no caso de guerra declarada.

O ilustre doutrinador José Afonso da Silva, citando Jacques Robert, nos ensina que:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 393.

considerado um ser humano.⁷⁴

Neste trecho o autor deixa clara a sua posição a favor da vida quando em conflito com qualquer outro direito. Tal importância é atribuída ao fato de que, para que a pessoa adquira qualquer outro direito, é preciso que ela nasça e se desenvolva regularmente, que ela viva. Não há que se falar em dignidade humana se antes não existir a vida humana.

Portanto, no caso da permissão do aborto quando a gravidez resultar do crime de estupro, não mostra-se razoável e nem proporcional, uma vez que a vida humana, somente em casos extremos, poderá ser suprimida. Somente quando houver conflito entre vida, contra vida, seria razoável permitir sua supressão.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34. ed., ed. Malheiros, São Paulo, 2011, p. 198.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida humana é o bem maior protegido pelo estado de direito. Em qualquer situação deve ser ela preservada. Tamanha é a importância da vida humana para o ordenamento jurídico, que nem mesmo o próprio titular tem a faculdade de dispor da própria vida. O Estado tem o dever de zelar pela proteção à vida humana, em qualquer forma que esta se apresente.

A problemática referente à vítima no direito penal é sempre atual, principalmente em uma sociedade marcada pela violência urbana que beira a guerra civil, como é o caso do Brasil. Desta forma, é preciso que se tenha em mente que é necessário punir o agente com o fito de retribuição ao mal causado, bem como prevenção de novos crimes.

No caso do crime de estupro, é inegável o sofrimento da mulher como vítima, de crime de tamanha violência física e psicológica. É certo que as lembranças do fatídico acontecimento rodearão sua memória, trazendo-lhe um grave dano psicológico, e em alguns casos, mesmo físico.

Porém, com base nos estudos feitos acerca do direito à vida, chegou-se à conclusão de que não é razoável suprimir a vida do feto pelo fato de que o mesmo tenha sido produto do crime de aborto. A vida humana é o bem maior, é o que dá sentido à existência de todos os seres, estando ligado diretamente à personalidade da pessoa, uma vez que a pessoa humana somente adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida. A própria mulher vítima do crime de estupro somente adquiriu a personalidade porque a ela foi dada a oportunidade de nascer com vida.

Qualquer que seja o argumento, seja jurídico, filosófico, religioso, o direito à vida é defendido por todos os segmentos da sociedade. Desde os primórdios da bíblia, a vida humana era a criação de Deus à sua imagem e semelhança. Para os filósofos antigos, o direito à vida era um direito inerente à pessoa, era um direito natural e a ninguém é dado o direito de vida sobre outrem, somente aos deuses. Para os jusfilósofos, o direito à vida estava acima de qualquer codificação, pois era um direito divino.

A própria incolumidade física da mulher pode ser invocada para a proibição do aborto em qualquer situação que não seja o estado de necessidade, pois a maioria dos abortos praticados são feitos clandestinamente, algumas vezes sem o menor cuidado com a mulher, tornando-se um problema de saúde pública.

Sendo, pois, o direito à vida, um direito fundamental do ser humano, ele é inalienável, imprescritível, irrenunciável, devendo ele ser exercido nas melhores condições possíveis,

incluindo-se aí, a idéia de uma vida digna, em que o ser humano tenha meios de trabalhar dignamente para prover sua própria subsistência. Nunca é demais ressaltar que tal direito surge, para a grande maioria da doutrina, e nos textos legais, com a fecundação.

Portanto, não obstante o fato de ser demasiado difícil carregar em si a lembrança de uma violência sofrida, percebe-se uma contradição dentro do ordenamento jurídico no caso da permissão do aborto quando a gravidez for decorrente do crime de estupro, não podendo esta subsistir. Obviamente, deverá ser analisado caso a caso o conflito entre os direitos, mas, tendo-se em vista o valor supremo que tem a vida humana dentro do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigo “crime de aborto”, disponível em: <http://pt.wikipedia.com>, acesso em 12/11/2011, às 15:00 horas.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**. 3. ed., ed. Saraiva, 2003

BRUNO, Aníbal, **Crimes contra a pessoa**, Editora Rio, 1976, Rio de Janeiro, página 160.

Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, que dispõe sobre o Código Penal, **Vade Mecum**, organizado por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, Editora Saraiva, São Paulo, 11ª edição, 2011

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, JUNIOR, Roberto Delmanto, e DELMANTO, Fábio M. de Almeida, **Código Penal Comentado**, 7ª Edição, Editora Renovar, São Paulo, 2007, página 372.

Dicionário Aurélio, versão eletrônica 5.0

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, Parte Especial, Volume II, Editora Impetus, 5ª Edição, Rio de Janeiro, 2008.

KELSEN, Hans, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 3ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1969, página 138.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, **Vade Mecum**, Editora Saraiva, São Paulo, 11ª edição, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª edição, 2009, Editora Saraiva

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N., **Manual de Direito Penal**, Volume II, Parte Especial, 25ª edição, Editora Atlas.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 27ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2011

PRADO, Luiz Regis, Comentários ao Código Penal, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010, página 433

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, Editora Malheiros, 2011, página 198.