



**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GILSON NUNES LOUREIRO**

**A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL**

**TERESÓPOLIS**

**2016**

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GILSON NUNES LOUREIRO

**A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL**

Projeto de monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da (Marcelo Neves de Mello Raposo)

TERESÓPOLIS

2016

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SERRA DOS ÓRGÃOS - FESO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO SERRA DOS ÓRGÃOS – UNIFESO  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GILSON NUNES LOUREIRO

A não recepção do artigo 128, ii do código penal

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito do Centro Universitário Serra dos Órgãos como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharelem Direito e submetida à avaliação da banca composta pelos seguintes membros:

---

Prof. Marcelo Neves de Mello Raposo  
Orientador

---

Membro-examinador

---

Membro-examinador

Teresópolis \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

## DEDICATÓRIA

“Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém” (Romanos 11-35). Não poderia ter palavras melhores para expor todo meu amor e dedicação a Deus, pois somente Ele pode proporcionar ao homem todas as bênçãos inerentes a vida. E quero dedicar esse trabalho a minha esposa que de forma muito especial sempre esteve ao meu lado, juntamente o meu filho, que em todo momento nunca reclamou quando eu dizia que não poderia brincar com ele, pois estava estudando. Sou imensamente grato a esses aqui mencionados.

## AGRADECIMENTOS

“Que darei eu ao Senhor, por todos os benefícios que me tem feito? Salmos” (116:12). Primeiramente quero agradecer a Deus por tudo que ele me proporcionou até aqui, pois tenho certeza que tudo o que passei, estavam nos planos de Deus para o amadurecimento do meu caráter. Com grande amor, expresso aqui toda minha gratidão a minha esposa e meus filhos, que muitas vezes, e não foram poucas, se privaram de tantas coisas para que eu pudesse dar andamento a minha vida acadêmica. Não por menos a minha mãe, meu pai e minha madrasta, pois como ajudaram, como foram compreensíveis, nunca negaram ajuda, e vinha deles grande apoio e carinho; foram várias noites tomando conta do Arthur para que eu e minha esposa pudéssemos ir à faculdade, sou grato a Deus por eles serem meus pais. Mas não foram só esses, teve outros que corroboraram na família, que muitas vezes se prontificaram em me ajudar, foram eles a minha eterna irmã Joelma (em memória) que sempre dizia: “quando você se formar será o meu “adevogado””, Thainá que muitas vezes deixava o aconchego da sua casa para se deslocar até minha casa para poder tomar conta do Arthur, minha irmã Kátia que em muitas vezes me dava bronca quando eu falava que iria parar e toda sua família que de forma muito carinhosa sempre cuidaram do Arthur também. Não menos o meu filho Pablo em que muitas vezes ficava sozinho na marcenaria para que eu pudesse passar dias na faculdade durante o dia estudando. E no decorrer do curso, tive outras pessoas fora da família, mas não menos merecedores do minha gratidão, e são elas; o meu orientador e amigo Marcelo Raposo, que com muito carinho sempre pode me compreender e me orientar a medida do possível, a minha eterna coordenadora Tânia Barone, que no início da faculdade foi essencial para minha continuidade na instituição, pois a todo momento se manteve pronta a me ajudar. Como se esquecer de pessoas como o Ronaldo, que nas minhas dificuldades financeiras, estava sempre ali preocupado em arrumar um serviço para que eu pudesse ganhar meu sustento e por fim, a minha amada Igreja Casa de Oração, pois quantos domingos faltosos, sem ser criticado por ela, mas sim, sempre dando o total apoio. Enfim, é notório ver o quando fui privilegiado por Deus em

ser rodeado de pessoas de valores imensuráveis e que irei levá-las em meu coração por toda vida.

## RESUMO

O fito desse estudo tem a intenção de esclarecer a não recepção do artigo 128, II do Código Penal<sup>1</sup>, mostrando no que tange a Constituição, nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, que o direito a vida é uma prerrogativa inviolável. Sabemos que há um grande desafio para a sociedade ir contra a um senso comum criado por ativistas, pela mídia, por aqueles que se taxam como os politicamente corretos, fazendo com que todos que são a favor à vida, pensar que a mulher tem direito absoluto sobre seu corpo, e na realidade ela tem, porém, não a tem sobre a vida do nascituro, pois cientificamente, a mãe somente empresta seu útero para o desenvolvimento do feto, todavia, esse ser é quem dita todas as regras para o seu desenvolvimento, ou seja, é ele quem escolhe à hora de se alimentar, de digerir os alimentos, a hora de dormir etc. Por isso é correto afirmar, que a mãe não tem o direito de interromper essa vida. Essa interrupção que tem sua assistência jurídica garantida no Código Penal vem ferir princípios fundamentais da Constituição Federal, onde será correto afirmar que o dispositivo 128 II do Código Penal, não deveria ter sido recepcionado pela nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Aborto; não recepção; métodos abortivos; vida.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.

## ABSTRACT

The aim of this study is intended to clarify the non-receipt of Article 128, II of the Criminal Code<sup>2</sup>, showing with respect to the Constitution, our Constitution, in Article 5, that the right to life is an inviolable right. We know there is a great challenge for society to go against common sense created by activists, the media, by those tax as politically correct, so that all who are in favor of life, to think that a woman has an absolute right over his body, and in fact it has, however, not to have on the life of the unborn child, because scientifically, the mother only lends her uterus to the developing fetus, however, this being is who dictates all the rules for its development ie, it is he who chooses the time to eat, to digest food, bedtime etc. So it is correct to say that the mother has no right to stop this life. This interruption has its guaranteed legal assistance in the Criminal Code has hurt the fundamental principles of the Constitution, where it will be correct to say that the device 128 II of the Criminal Code, should not have been approved by our Constitution.

**Keywords:** Abortion ; no reception ; abortifacient method; life.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. O INÍCIO DA VIDA E A HISTORICIDADE DO ABORTO COM SEUS IMPACTOS</b> .....	12
2.1 DO ABORTO E MÉTODOS PARA O ATO.....	14
2.2 MÉTODOS ABORTIVOS .....	15
2.3 O IMPACTO DO ABORTO NOS ÂMBITOS SOCIAIS .....	17
2.4 ABORTO, CRIME OU PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA? .....	20
<b>2.4.1 Estaria o Estado cometendo crime de omissão por comissão?.....</b>	<b>22</b>
<b>3. A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>25</b>
3.1 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	25
<b>3.1.1 Teoria natalista</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1.2 Teoria mista</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1.3 Teoria concepcionista</b> .....	<b>29</b>
<b>3.1.4 Conceito do nascituro</b> .....	<b>31</b>
3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE .....	32
<b>4. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS – VIDA VS DIREITOS DA MULHER</b> .....	<b>35</b>
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	37
4.2 O DESCUMPRIMENTO DE VEDAÇÃO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	41
4.3 A INTRANSCEDÊNCIA DA PENA .....	44
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>47</b>
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	50



## 1. INTRODUÇÃO

Em consonância com a linha de pesquisa do CCHS<sup>3</sup>, em seu tópico que tem por prerrogativa abordar os direitos fundamentais e novos direitos, e no que regi o eixo temático dos princípios constitucionais e relações privadas venho com base nessas prerrogativas, propor o estudo que aqui será apresentado.

O Código Penal Brasileiro (CP) estabelece apenas duas hipóteses em que o aborto provocado não é punido, ambas previstas em seu artigo 128 e são esses: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro<sup>4</sup>. O presente trabalho se propõe a analisar a compatibilidade entre essa segunda hipótese – gravidez resultante de estupro, artigo 128, II, do CP - e a Constituição Federal de 1988 (CF/88), mormente no que diz respeito ao “inviolável” direito à vida, previsto no texto constitucional. O nosso CP foi publicado em 1940, época em que vigia a Constituição Federal de 1937 (CF/37), a qual não mencionava, em nenhum de seus artigos, a proteção ao direito à vida. No entanto, a CF/88 determinou em seu artigo 5º que o direito à vida seria “inviolável”, o que, para parte da doutrina, acabou por derrogar tacitamente no artigo 128, II, do CP, que relativiza o direito à vida do nascituro ao não punir o aborto em caso de gravidez resultante de estupro<sup>5</sup>.

Nesse embate será colocado em tese o motivo a qual a Constituição Federal recepcionou uma norma, a qual essa iria lesar outras normas constitucionais, além de leis supras legais.

Durante o trabalho será abordado à história do aborto mediante suas conseqüências em âmbitos sociais, as quais muitos impactos se tornaram irreparáveis, e aos reparáveis, irão se perpetuar durante anos para que seja sanado. Diante isto, serão mencionados tipos de procedimentos de aborto.

Não obstante, o trabalho trará consigo pareceres científicos, dando base a teses que a vida se inicia na concepção.

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carla. **Manual**

<sup>4</sup> BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.

<sup>5</sup> LUNA, Pedro Mendes. **A inconstitucionalidade da isenção de pena para o aborto em caso de gravidez mediante estupro**. Disponível no site: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-inconstitucionalidade-da-isencao-de-pena-para-o-aborto-em-caso-de-gravidez-mediante-estupro,45666.html>> Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

Em meio às polêmicas atuais, será tratado também se o aborto deve ser constituído crime ou problema de saúde pública, pois dois pontos que ao serem definidos irão tomar diretrizes totalmente opostas.

As normas inconstitucionais não poderão de ser abordadas, pois são elas que ao serem aplicadas trazem grande insegurança jurídica.

Como é necessário entender o princípio da personalidade jurídica, não pode deixar de lado as teorias que adotam o início dessa personalidade, são elas a teoria natalista, teoria concepcionista e a teoria mista.

Quando o assunto é aborto, a polêmica é inevitável, porém, é necessário que se fale e tente esclarecer esse assunto tão abstruso. E será esse o tema abordado aqui, levantando dúvidas e conflitos de idéia no decorrer deste.

Falar de aborto quando este é de consequência por falta de cuidados da genitora poderemos alcançar um grande número de pessoas que irão defender a vida intra-uterina, pois irão dizer que ambos (genitora e nascituro) não tiveram culpa, todavia, se partirmos do ponto, em que o aborto é para interromper a vida que foi gerada em consequência ao crime de estupro, pronto! Veremos, que só os conservadores, religiosos, alguns doutrinadores vão se opor na interrupção dessa vida. No entanto, há defensores da descriminalização do aborto, como as ativistas feministas, que alegam haver uma grande necessidade que essa mãe cesse essa a vida do nascituro, por não ser uma gravidez desejada, pois assim, a sua “dignidade” será mantida e ela não terá que carregar um filho de um pai a qual ela não escolheu que por sua vez a mulher tem total liberdade sobre seu corpo. Não menos este trabalho irá mencionar se há algum interesse de viés político, e se há, qual seu interesse.

Então há de se abordar, até que ponto o direito da liberdade sobre o corpo poderá sobrepor a inviolabilidade da vida.

Todo esse conjunto de idéias será analisado com base em pesquisas, fisiológicas, biológicas, psicológicas, constitucionais, direitos fundamentais a sociedade.

Veremos varias correntes, pró e contra o aborto em todos os níveis, cada um com suas conclusões e argumentos variados.

Como já mencionado no texto supracitado haveria interesse político em combater a vida antes do nascimento? Pois é sabido, que há uma pressão muito grande de ativistas e de muitos parlamentares, para que o aborto seja liberado em

todos os casos, até mesmo pelo simples fato da mulher ter saído para o carnaval, “bebido todas”, tido conjunção carnal com vários parceiros e depois não querer assumir suas responsabilidades.

Então peço encarecidamente, que aos leitores, façam uma leitura crítica, mas que se desmistifiquem de todo o castelo construído sobre o assunto durante seus anos de vida.

## 2. O INÍCIO DA VIDA E A HISTORICIDADE DO ABORTO COM SEUS IMPACTOS

Para que se entenda o crime de aborto é necessário que se entenda o que consiste a gravidez. O início da vida se faz comum a todos, pois não há como alguém vir a existir sem o advento do período gestacional. A gravidez para que seja encarada de forma justa à luz da biologia, não deverá ver somente a mãe como participante da gestação, pois a presença e participação do pai são indispensáveis.

De acordo com a definição do Dicionário Caldas Aulete<sup>6</sup>, a “gravidez é o estado da mulher, e das fêmeas em geral, em que o feto se desenvolve dentro da mãe”. Este caminho inicia-se com as informações que são conduzidas pelos espermatozóides vivos, portando as características paternas, até ao encontro com as reunidas pelo ovócito vivo com as características maternas. De acordo com Pedro-Juan Viladrich<sup>7</sup>, doutor em Direito, advogado e professor catedrático da Universidade de Navarra,

Embora o zigoto provenha da fusão dos gametas, existe uma diferença essencial entre eles. O espermatozóide e o óvulo contribuem cada um com 23 cromossomos para a constituição do zigoto. O zigoto, porém, não é biologicamente o resultado de uma simples soma do espermatozóide e do óvulo, mas um ser estritamente diferente e original desde o primeiro instante. Quando, no entanto, os dois gametas se unem e surge o zigoto, este contém em si um código genético perfeitamente original e diferente do código do espermatozóide e daquele do óvulo. O zigoto não é uma célula do pai nem uma célula da mãe. Possui uma mensagem genética própria e irrepitível. Nunca existiu nem existirá na história um ser idêntico a ele. Este código inédito permanecerá já invariável e, de acordo com os condicionamentos impostos pelo meio, desenvolver-se-á autonomamente até a velhice e à morte, sem que nada lhe seja acrescentando de essencial, salvo a nutrição, o oxigênio e o tempo.<sup>8</sup>

Com fulcro nesse relato, pode concluir-se que a partir do início da gestação (fecundação), se começa uma nova vida, onde aquele nascituro terá todo o fator

---

<sup>6</sup> Aulete Digital. **Gravidez**. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/gravidez>> Acesso em 16/06/16

<sup>7</sup> VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF. p.13. Disponível em: <<file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf>> Acesso em: 13/06/2016.

<sup>8</sup> Loc.cit.

genético, fazendo dele um ser único. Em sentido lógico, a gravidez trará todas as características de uma nova vida no ventre da mãe.

O zigoto é o primeiro estágio do embrião, onde é reunido os 23 cromossomos da mãe e os 23 cromossomos do pai, desde esta fase do desenvolvimento humano já é determinado o sexo da criança, embora ainda não perceptível<sup>9</sup>. Haja vista que o zigoto venha ser a fusão entre os gametas, existe uma discrepância importante entre eles que necessita ser elucidada. Pedro-Juan Viladrich<sup>10</sup>, professor de Direito Canônico ensina

Que o espermatozóide contém em parte o código genético paterno, como as demais células possuem, sendo nesse sentido, uma célula do corpo paterno ou uma parcela do seu corpo. Ato contínuo é uma célula que alcançou o desenvolvimento necessário para a finalidade da sua existência: a fecundação do óvulo. Esta não ocorrendo, não há fase posterior se não a morte celular. Do mesmo modo, o óvulo é detentor do código genético materno e é também uma célula adulta que terá o mesmo destino que o gameta masculino.<sup>11</sup>

No entanto, Viladrich vai dizer que:

...é importante frisar que a imensa maioria dos cientistas afirmam que, depois da fusão dos gametas ou momento constitucional do zigoto – o instante da fertilização do óvulo –, não há nenhuma outra fase ou etapa em que o embrião receba uma nova e essencial contribuição ontogênica, isto é, uma nova contribuição para ser o que é. A partir da fecundação, estamos na presença de um novo ser humano existente. [...] Não é, pois, uma parte do pai ou da mãe, e, longe de ser uma célula adulta, é exatamente o contrário: é um embrião que contém em si próprio todo um futuro desenvolvimento vital. As mesmas semelhanças e as mesmas diferenças essenciais que existem entre os pais e os filhos existem entre os gametas e o zigoto. Ninguém que esteja em seu próprio juízo suspeita que, apesar da relação de paternidade ou de maternidade, e das semelhanças físicas e temperamentais, o filho não seja um ser distinto e autônomo, mas uma parte do pai ou da mãe. A moderna biologia nada mais faz do que confirmar esta experiência elementar.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> BRANDÃO, Dornival. Bioética e Pessoa Humana. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 568 - 579. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

<sup>10</sup> VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

<sup>11</sup> Loc.cit.

<sup>12</sup> Loc.cit.

Para a especialista Lílian Piñero-Eça<sup>13</sup>, pesquisadora em biologia molecular da Universidade de Bauru e presidente do Instituto de Pesquisa com células-tronco (IPCTRON), o início da vida se dá na fecundação, porque, "cerca de 2 a 3 horas depois, o embrião já se comunica com a mãe".

De acordo com Lílian<sup>14</sup>, que estuda sinais de células de embriões no útero (por meio de moléculas marcadas), pelo menos 100 neurotransmissores são emitidos pelo embrião para os 75 trilhões de células existentes no corpo da gestante, que começa a sofrer mudanças hormonais, "esta comunicação entre o embrião e a mãe é a prova de que existe vida desde o primeiro momento."

## 2.1 DO ABORTO E MÉTODOS PARA O ATO

O aborto vem no decorrer dos séculos, gerando opiniões contrárias e favoráveis a ele, pois o assunto versa a um tema que busca interesses em todas as áreas morais, psicológicas, políticas, sociais e religiosas. Ao contrário do que a sociedade contemporânea imagina, esse é um assunto que rompeu a barreira da historicidade, a decisão de interromper uma gravidez já vem desde a época dos nossos ancestrais. O desejo de uma mulher interromper a gravidez, ou em outra ocasião, ser obrigada a retirar a criança, já existe há muito tempo. A palavra aborto tem origem no latim *abortacus*, derivado de *aboriri* (perecer), e *oriri* (nascer).<sup>15</sup>

No que narra CAPEZ<sup>16</sup>, o aborto nem sempre foi considerado crime, pois o nascituro era visto somente como uma extensão do corpo da mulher, todavia, posteriormente o aborto seria uma prática de violação ao direito de prole do marido. Com o advento do cristianismo a prática do aborto passou a ser punido como homicídio.

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo muito comum a sua realização entre os povos hebreus e gregos. Em Roma, a Lei das XII Tábuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo a sua prática

<sup>13</sup> Ghente. **"Início da vida" no STF.** Disponível em: <[http://www.ghente.org/entrevistas/inicio\\_da\\_vida.htm](http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm)> Acesso em: 13/06/2016.

<sup>14</sup> Loc.cit.

<sup>15</sup>História Digital. **Uma breve história do aborto.** Disponível em <<http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.129.



castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.<sup>17</sup>

Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles, só se criminalizaria o aborto se no ato do procedimento o nascituro já tivesse recebido a alma, isso aconteceria entre quarenta ou oitenta dias, iria depender se fosse o feto homem ou mulher.<sup>18</sup>

Na Idade Média o teólogo Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer quarenta ou oitenta dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou mulher. São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso.<sup>19</sup>

São Basílio, no entanto, não admitia qualquer distinção considerando o aborto sempre criminoso. É certo que, em se tratando de aborto, a Igreja sempre influenciou com os seus ensinamentos na criminalização do mesmo, fato este que perdura até os dias atuais. No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previa o crime de aborto praticado pela própria gestante, mas apenas criminalizava a conduta de terceiro que realizava o aborto com ou sem o consentimento daquela. O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante. Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art. 124 — a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 — o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 — o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante).<sup>20</sup>

## 2.2 MÉTODOS ABORTIVOS

A prática do aborto já era marcada em várias cidades do Oriente, onde se era usado diversos métodos para a prática. Por volta dos anos 2737 e 2696 a.C., um

---

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.129

<sup>18</sup> Loc.cit.

<sup>19</sup> Loc.cit

<sup>20</sup> Loc.cit.

imperador da China ShenNung fez menção de uma receita abortífera, que se usava por via oral se acreditava que essa receita poderia conter mercúrio. Já que essa substância (mercúrio) poderia trazer riscos para as gestantes, muitas sociedades e culturas adotariam o infanticídio, ou seja, o assassinato da criança após o nascimento. Já algum tempo depois, no século XVI, os portugueses chegaram ao Japão, e esses ficaram surpresas de como as mulheres banalizavam a vida, pois eram várias formas de se matar a criança, e as mais utilizadas eram as pancadas no abdômen e cavalgadas incessante até matar o feto.<sup>21</sup>

Em dias atuais o aborto vem sendo feito por meio mais seguro e eficaz, todavia, não se descarta os riscos como de qualquer outro procedimento invasivo. Em países onde o aborto é consentido, existem comprimidos como os mifepristone e misoprostol. O aborto medicamentoso ocorre quando agentes farmacológicos são administrados vaginal ou oralmente, para provocarem a expulsão do conteúdo uterino. Ainda se falando de métodos abortivos, existe a aspiração por vácuo (AV) remove o conteúdo do útero, aplicando sucção através de uma cânula que é inserida no útero através do cérvix. Outros termos para aspiração por vácuo incluem: aborto por sucção, curetagem a vácuo, curetagem por sucção, regulação menstrual (RM) e mini sucção. Segundo a Organização Mundial de Saúde, a aspiração por vácuo pode ser usada até as 12 ou 15 semanas, dependendo dos instrumentos disponíveis e do treino e capacidades do provedor.<sup>22</sup>

No que tange CAPEZ, existem outros meios de execução, trata-se de crime de ação livre, podendo a provocação de o aborto ser realizada de diversas formas, seja por ação, seja por omissão. A ação provocadora poderá dar-se através dos seguintes meios executivos:<sup>23</sup>

a) meios químicos: são substâncias não propriamente abortivas, mas que atuam por via de intoxicação, como o arsênio, fósforo, mercúrio, quinina, estricnina, ópio etc.; b) meios psíquicos: são a provocação de susto, terror, sugestão etc.; c) meios físicos: são os mecânicos (p. ex., curetagem); térmicos (p. ex., aplicação de bolsas de água quente e fria no ventre); e elétricos (p. ex., emprego de corrente galvânica ou farádica). Omissão. O delito também pode ser praticado por conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor; por exemplo, o médico, a parteira,

---

<sup>21</sup>História Digital. **Uma breve história do aborto**. Disponível em: <[www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/](http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/)> Acesso em: 08/10/2015..

<sup>22</sup>Women on Waves. **Métodos de aborto**. Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/458/abortion-methods>> Acesso em: 13/06/2016.

<sup>23</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.130.

a enfermeira que, apercebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito.<sup>24</sup>

### 2.3 O IMPACTO DO ABORTO NOS ÂMBITOS SOCIAIS

As informações a seguir irão abordar sobre países que descriminalizaram o aborto, e que com essa descriminalização vieram sobre estes consequências irreparáveis e outras para que se restitua irão transcender no tempo. Países que no conflito de princípios, optaram pelo o da dignidade da pessoa humana, ensejando com isso o direito da mulher sobre o seu corpo, argumentos esses que transigiram entre grupos conservadores e evolucionistas.

Como prelúdio pode citar a China, essa para obter um controle de natalidade, descriminalizou o aborto para que pudesse ter êxito nesse controle. O aborto era permitido, principalmente quando se tratava do nascituro de sexo feminino, onde se entendia que por ser a mulher, o caminho mais célere para a reprodução, então se punia com a morte, não só o feto, mas as que nasciam com vida.<sup>25</sup>

A China vem sofrendo impactos enormes no que tange os números de jovens em relação à mão de obra para o trabalho, pois o crescimento de idosos nos últimos anos cresceu demais, acarretando um impacto financeiro muito grande no país. Alexandre Uehara, pesquisador do núcleo de relações internacionais da USP (Universidade de São Paulo), irá dizer que a China não tem uma política nacional de previdência, apenas alguns programas regionais esparsos de aposentadoria. "Não haverá fundos suficientes para arcar com isso. É uma preocupação inclusive política, o governo pode sofrer pressões no futuro."<sup>26</sup>

Vale ressaltar que essa prática trouxe consequências consideráveis, onde atualmente, mais preciso no dia 29 de outubro de 2015, a China revogou a política de um filho, a partir dessa data, as mulheres poderão ter dois filhos.

Cerca de 13 milhões de abortos são realizados por ano na China, de acordo com relatos da imprensa do país. Uma pesquisa mostrou que o país tem cerca de 20 milhões de nascimentos por ano.

---

<sup>24</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo/SP. 12ª edição. Ed.Saraiva. 2011. p.130.

<sup>25</sup>Globo.com. **China acaba com a política do filho único e permitirá 2 crianças por casal**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/china-acaba-com-politica-do-filho-unico-e-permitira-dois-filhos-por-casal.html>> Acesso em: 17/06/2016.

<sup>26</sup>Loc.cit.

Os números revelam que a maioria das mulheres que fazem abortos são solteiras, com cerca de 20 anos.

Pesquisadores acreditam que os números reais podem ser até maior, porque há muitas clínicas não-registradas de aborto.

Especialistas chineses dizem que os jovens precisam receber mais orientação sexual. Os dados foram publicados na capa do jornal China Daily. A reportagem afirma que o alto número de abortos é uma fonte de preocupação no país. A China tem leis rigorosas de planejamento familiar, que limitam muitas mulheres a terem apenas um filho.

Abortos são permitidos em alguns casos em que as mulheres já tiveram mais filhos do que o permitido pela lei. Há casos também de mulheres que são forçadas a abortar para se manter nos níveis de natalidade permitidos pelo governo, para que as autoridades consigam atingir as suas metas de controle populacional.<sup>27</sup>

### **Contra superpopulação**

A política do filho único entrou em vigor entre o fim de 1979 e 1980. O objetivo era de reduzir os problemas de superpopulação da China. Segundo especialistas, as medidas serviram para evitar que a população atual do país fosse de 1,7 bilhão de habitantes, contra os atuais 1,3 bilhão.

O envelhecimento rápido da população está entre os efeitos secundários mais prejudiciais da política do filho único para a China. Em 2012, pela primeira vez em décadas, a população em idade ativa caiu. O índice de fecundação no país, de 1,5 filhos por mulher, é muito inferior ao nível que garante a renovação geracional.

"Apesar de ainda ser um país em desenvolvimento, a China enfrenta um problema que é de países desenvolvidos, que é o envelhecimento da sociedade. E o custo disso é muito alto", afirma Segundo Alexandre Uehara, pesquisador do núcleo de relações internacionais da USP (Universidade de São Paulo).

Segundo Uehara, a China não tem uma política nacional de previdência, apenas alguns programas regionais esparsos de aposentadoria. "Não haverá fundos suficientes para arcar com isso. É uma preocupação inclusive política, o governo pode sofrer pressões no futuro", avalia.<sup>28</sup>

Em situação equivalente está Cuba problemas semelhantes a China, porém, seus objetivos vão além de regular a taxa de natalidade, o aborto no país tem como a liberdade da mulher sobre seu corpo, contudo, as conseqüências tem sido agravantes à sociedade. Desde a década de 1970, em média, a taxa de fecundidade é inferior ao nível estimado para a renovação da população.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> BBC. **China tem 13 milhões de abortos por ano, diz estudo.** Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090730\\_china\\_aborto\\_dg.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090730_china_aborto_dg.shtml)> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>28</sup> Globo.com. **China acaba com a política do filho único e permitirá 2 crianças por casal.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/10/china-acaba-com-politica-do-filho-unico-e-permitira-dois-filhos-por-casal.html>> Acesso em: 17/06/2016.

<sup>28</sup> Loc.cit.

<sup>29</sup> Loc.cit.

Destarte, isso tem trazido sérios problemas em números de pessoas. Só no ano de 2005 a 2006, a população teve uma diminuição de 4.300 pessoas, segundo pesquisas.<sup>30</sup>

Cuba tem um trabalho de prevenção muito bom, no que tange, aos meios preventivos, como preservativos, anticoncepcionais e até cirurgias de esterilizações para homens e mulheres. Data Vênia, mas como qualquer outro meio de prevenção, sem vir acompanhado de educação familiar desde a infância, fará com que todas essas prevenções, se tornem somente mais um meio de gastos públicos inviáveis.<sup>31</sup>

Além do aborto, o Ministério da Saúde Pública provê gratuitamente desde pílulas anticoncepcionais e camisinhas até cirurgias para esterilização de homens e mulheres que as solicitarem.

Os médicos alertam sobre os riscos do aborto, como infecções ou hemorragias e até a morte. "Do ponto de vista médico, o ideal é não correr esse risco (...) Mas não se pode negar essa consulta a ninguém. Não estou aqui para dizer: Tu tens de parir", disse Hernández.

O alarme sobre a baixa natalidade e o rápido envelhecimento da população cubana foi dado depois que o número de habitantes do país caiu de 11.243.836, em 2005, para 11.239.536, em 2006 -- a primeira redução em 25 anos.

Desde a década de 1970, a taxa média de fecundidade é inferior ao nível estimado para a renovação da população.

Em 2025, um de cada quatro habitantes terá mais de 60 anos, tendência que agrava a falta de mão-de-obra e eleva os custos da assistência social e médica, que é gratuita em Cuba.<sup>32</sup>

Em 22 de Janeiro de 1973, quando foi julgado o caso Roe x Wade, foi decidido na Suprema Corte Norte Americana, em votação de 7x2, que o Estado não poderia decidir sobre o fato de a mulher querer ou não ter o filho. Assim, nasce a lei que permitiria o aborto nos EUA.<sup>33</sup>

Hoje são feitos em torno de 730.000 abortos por ano nos EUA, número preocupante e que tem trazido grandes divisões na Suprema Corte. Em 2010, cerca de 130 leis foram aprovadas pelo Legislativo para restringir as mulheres a esse procedimento.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Globo.com. **Excesso de abortos preocupa médicos cubanos.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL388533-5602,00-EXCESSO+DE+ABORTOS+PREOCUPA+MEDICOS+CUBANOS.html>> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>31</sup> Loc.cit.

<sup>32</sup> Loc.cit.

<sup>33</sup> Folha Uol. **Estados limitam abortos nos EUA 40 anos após a liberação.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/89882-estados-limitam-aborto-nos-eua-40-anos-apos-liberacao.shtml>> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>34</sup> Loc.cit,

Analistas afirmam que mesmo em outros projetos controversos, como por exemplo, o casamento homo afetivo, o aborto tem tido a mesma divisão de quando à sua liberação há quatro décadas passada.<sup>35</sup>

Além das lutas pró-vida, nos últimos dias, veio a tona, uma matéria de uma diretora do Planned Parenthood (Paternidade Planejada), uma das mais conceituadas clínicas de aborto no mundo, negociando tecidos de fetos.<sup>36</sup>

Em um dos materiais estão os vídeos divulgados, feito com uma câmera escondida. Deborah Nucatola, diretora sênior de Pesquisas Médicas da Planned Parenthood, vai discutir o fornecimento de tecido fetal.<sup>37</sup>

Ela diz ao cinegrafista - que se passou por um funcionário de uma empresa de biotecnologia - que os médicos que farão o aborto podem ajustar seus métodos para deixar os órgãos intactos.<sup>38</sup>

"Nós somos bons em tirar o coração, pulmão, fígado, porque sabemos o que fazer, então não vamos esmagar aquela parte, vamos esmagar mais em baixo, em cima, pra conseguir tudo intacto", diz Nucatola no vídeo.<sup>39</sup>

Nos Estados Unidos, tanto a venda de órgãos fetais, como a modificação das técnicas de aborto para obtenção desses órgãos estão proibidas por lei.<sup>40</sup>

## 2.4 ABORTO, CRIME OU PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA?

Há movimentos pró aborto que alegam ser esse procedimento um problema de saúde pública, pois estes afirmam que mulheres em graus de pobreza elevadas, levarão essas mulheres que tiveram uma gravidez indesejada, seja ela por motivos diversos como no caso em tese, o estupro ou em um período onde a mulher não se ver em condições de ser mãe por motivos sociais, religiosos, econômicos e afins, a procurarem clínicas clandestinas para a realização do aborto, com isso aumentaria os riscos de infecções, pois essas clínicas em maioria são lugares insalubres, não

---

<sup>35</sup> Folha Uol. **Estados limitam abortos nos EUA 40 anos após a liberação.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/89882-estados-limitam-aborto-nos-eua-40-anos-apos-liberacao.shtml>> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>36</sup> Loc.cit.

<sup>37</sup> Loc.cit.

<sup>38</sup> BBC. **Doação de fetos abortados causa polêmica nos EUA.** Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150810\\_fetos\\_aborto\\_polemica\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150810_fetos_aborto_polemica_rm)> Acesso em: 08/10/2015.

<sup>39</sup> Loc.cit.

<sup>40</sup> Loc.cit.

esterilizados e em muitas vezes o profissional não está habilitado. Deste modo não seria garantido à integridade física e psicológica da mulher.

Novelino<sup>41</sup> vai relatar que há movimentos pró vida, que irão também tratar o aborto como problema de saúde pública e que a criminalização do aborto, forçaria de forma coercitiva uma preocupação maior com a prevenção por meios anticonceptivos.<sup>42</sup>

Os partidários da criminalização da interrupção da gravidez em todos os seus estágios argumentam que a não adoção de medidas incriminadoras poderia levar os casais a reduzir o grau de cuidado na utilização de métodos contraceptivos. Isso causaria um aumento expressivo no número de casos de aborto, pois a sua prática seria utilizada para este fim e, de certa forma, acabaria banalizada.<sup>43</sup>

Seria mesmo o aborto um problema de saúde pública ou de um crime de homicídio? O que está realmente em jogo aqui, a saúde psicológica da mulher ou a vida do nascituro? No caso do estupro, não há de se falar em integridade física da mulher, pois em análise de perícia médica se constatar que no crime de estupro a gestante não adquiriu nenhuma DST (doença sexualmente transmissível), qual seria outra doença física inerente? Se ambos, tanto a gestante como o nascituro gozam de plena saúde, não há de se falar em integridade física. Todavia não se pode descartar a integridade psicológica da gestante, no entanto, veremos em tópicos mais a diante que nesse caso prevalece o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Mas como se fala de um direito muito subjetivo, tem que sopesar nesse caso os fatos reais, onde o Estado omite dados relevantes. A psicóloga Gisele Fernandes<sup>44</sup> conta que é comum a mulher desenvolver um sentimento de culpa depois de perder um filho.<sup>45</sup> “Em ambos os casos a mãe que aborta sofre com esse episódio, sente culpa e reações emocionais podem ser desencadeadas, como: sentimento de culpa, tristeza, arrependimento, depressão e dificuldades de relacionamento interpessoal”.<sup>46</sup> A

---

<sup>41</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 23.2.2.1.2.2.

<sup>42</sup> Loc.cit.

<sup>43</sup> Loc.cit.

<sup>44</sup> A crítica.com. **Aborto pode gerar seqüelas psicológicas nas mulheres**. Disponível em: <[http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres\\_0\\_475152845.html](http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres_0_475152845.html)> acessado dia 19/06/2016.

<sup>45</sup> Loc.cit.

<sup>46</sup> A crítica.com. **Aborto pode gerar seqüelas psicológicas nas mulheres**. Disponível em: <[http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres\\_0\\_475152845.html](http://acritica.uol.com.br/vida/Aborto-gerar-sequelas-psicologicos-mulheres_0_475152845.html)> acessado dia 19/06/2016

psicóloga vai mostrar que; “um estudo publicado no ano de 2005 pela Revista do Conselho Médico Britânico e realizada por especialistas da Universidade de Oslo (Noruega) tentou comprovar cientificamente que o aborto pode gerar problemas psicológicos na mulher.”<sup>47</sup>

Segundo dados da pesquisa, os abortos naturais geram depressão e ansiedade apenas durante os seis primeiros meses depois da perda do bebê. Já em mulheres que passaram por aborto provocado esses problemas podem aparecer por um período de até 5 anos depois do ocorrido.<sup>48</sup>

Então depois do relato supra, pode realmente se afirmar que a mulher vítima de um estupro, ao realizar o aborto estará ela se desvencilhando de todo trauma psicológico, ou estaria à gestante incluindo mais um, o trauma da culpa?

Seria mais louvável o Estado ao invés de omitir tais dados, os pudesse explicitar e conscientizar as gestantes sobre os riscos do aborto, e ao mesmo tempo, gerar meios de apoio a elas vítima do estupro, como proporcionar amparos por meios de profissionais de saúde e outros inerentes ao caso, como assistentes sociais até o final da gestação, tendo a gestante certeza de que não quer a criança, que essa seja entregue para adoção, pois se sabe que a fila para adoção de bebês é enorme. Se Estado se ajustastes nesse sentido, então sim poderíamos dizer que o problema de saúde pública no que tange o caso em tela, poderia melhorar de forma proporcionalmente significativa.

#### **2.4.1 Estaria o Estado cometendo crime de omissão por comissão?**

Veremos no decorrer desse tópico, que na prática do aborto, não terá como resultado somente a extração do feto, mas acarretará várias complicações na vida física e psicológica da gestante. O fato de muitas mulheres praticarem o aborto e em conseqüência não sofrerem danos instantâneos, não quer dizer que o aborto é procedimento seguro. Todos os fatos associados a essa prática, sejam eles físicos ou psicológicos, irão mostrar que o aborto não pode ser rotulado como uma prática de procedimento seguro.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Loc.cit.

<sup>48</sup> Loc.cit.

<sup>49</sup> <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07



O que é que eu aprendi em três anos de estudo dos efeitos do aborto legal? Que existem inúmeras complicações e que não existem garantias de uma passagem segura. Nenhum médico, nenhum hospital, nenhuma clínica pode garantir a uma mulher que ela vai sobreviver a um aborto legal.” (2) (Ann Saltenberger, investigadora). Ao referir que o aborto induzido é 10 vezes mais seguro do que um parto, a propaganda de muitas clínicas de aborto (em países onde a prática está legalizada) cria uma falsa sensação de segurança nas mulheres que procuram os seus serviços. No entanto, esta prática está longe de ser segura. As mulheres que se submetem a um aborto induzido colocam a sua saúde em risco.<sup>50</sup>

“Mesmo que o procedimento cirúrgico possa correr bem, a mulher não está livre de ter problemas a longo prazo. Em alguns casos, a prática do aborto pode resultar na morte da mulher.”<sup>51</sup>

As principais causas de morte relacionadas com o aborto induzido resultam de infeções, hemorragias e perfurações uterinas. Aproximadamente 10% das mulheres que se sujeitam a um aborto induzido sofrem de complicações imediatas, das quais cerca de um quinto (2%) são consideradas de risco para a vida da mulher. As oito complicações principais mais comuns que podem ocorrer são: infeção, embolia, perfuração ou dilaceração do útero, complicações com a anestesia, convulsões, hemorragia aguda, danos cervicais, e choque endotóxico. As complicações menores mais comuns incluem: infeção, hemorragia, febre, queimaduras de segundo grau, dores abdominais crónicas, vômitos, distúrbios gastrointestinais, e sensibilização Rh (ocorre quando o sangue do feto se mistura com o sangue da mulher grávida e ambos tem Rh's diferentes).<sup>52</sup>

Como já dito e voltaremos a falar posteriormente, o Estado não pode omitir dados tão importante, dados esses que comprometem a vida e a integridade física da própria gestante. Podemos dizer que o Estado estaria provocando um crime de omissão? “O crime omissivo impróprio também chamado de comissivo por omissão, traduz no seu cerne a não execução de uma atividade predeterminada juridicamente exigida do agente.”<sup>53</sup> Faz se notar que a ocultação dessas informações caberia ao Estado indenizar a gestante que tiver consequências inerentes ao parto. O Código Penal prevê esse crime em seu artigo 135, dizendo que em risco eminente o agente é obrigado a expor as informações.

<sup>50</sup> <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

<sup>51</sup> <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

<sup>52</sup> <http://algarvepelavida.blogspot.com.br/2009/04/mitos-aborto-seguro.html> visto em 25/07

<sup>53</sup> <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1677/Os-crimes-omissivos-impropri> visto em 25/07 - citou WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 161 e ss

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em **grave e iminente perigo**; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Penal - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte. (grifo nosso)

<sup>54</sup>

Em relevantes dados, o Estado ao permitir que um médico no procedimento de um aborto proveniente de um estupro sem que este seja punido, todavia, oculta da gestante os riscos eminentes e essa venha sofrer danos, sejam eles temporários ou permanentes, não estaria o Estado passível de indenizar essa mulher?

A inércia do Estado em que resulte em consequências, muitas delas graves a gestante, não pode deixar de se responsabilizar, pois se isso acontece, podemos afirmar categoricamente, que o nosso Poder Judiciário estará sofrendo grandes rupturas em seu ordenamento jurídico.

---

<sup>54</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) visto em 25/07

### 3. A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128, II DO CÓDIGO PENAL DE 1940 E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vale ressaltar que a Constituição Brasileira de 1937 não se manifestou no que tange a proteção do direito à vida. Destarte, era evidente a arbitrariedade e autoritarismo do ordenamento jurídico delegado pelos militares. Neste sentido, a isenção da punibilidade para o crime de aborto decorrente de estupro encontrava-se em consonância com a ordem constitucional até então.<sup>55</sup>

A Constituição de 1988 já trará a inviolabilidade à vida, no entanto ela irá se omitir no que tange o início da vida, pois sendo assim, o fato de não haver uma definição para o início da vida irá abrir precedentes para violação dessa inviolabilidade. Novelino vai se pronunciar diante essa deficiência aludindo o seguinte:<sup>56</sup>

A Constituição brasileira de 1988 assegurou a inviolabilidade do direito à vida, sem fixar, no entanto, o momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida. A inexistência de uma resposta científica consensual sobre o tema não impede a fixação legislativa de diferentes graus de proteção do direito à vida de acordo com o estágio de desenvolvimento do feto, desde que a medida seja constitucionalmente adequada (princípio da proibição de proteção deficiente).<sup>57</sup>

Nesse imenso conflito, o que se pode afirmar no que se refere à inauguração da vida? Vemos nos textos supra, que há vários questionamentos para esse início, mas como se trata de um viés de conflitos subjetivos, vamos analisar visões opostas, onde cada um defendera com bases positivistas, subjetivas e até mesmo em seus conceitos morais.

#### 3.1 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em um Mundo tão heterogêneo, onde há pessoas de todas as mais diversas culturas e costumes é impossível precisar o início da vida. Não que essa não existe, todavia, como dito antes, os costumes e culturas levam essa incógnita parecer

---

<sup>55</sup>NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 23.2.2.1.2.2.

<sup>56</sup>Loc.cit.

<sup>57</sup> Loc.cit.

impossível de ser decifrada. Haja vista que se tratando somente da linhagem científica já iremos obter várias contradições. Agora, imaginem estender para além da ciência e partindo para a filosofia, religião etc. Iremos abordar aqui algumas das visões científicas para que possamos ver como é impossível ministrar a exatidão em um tema tão abstruso. Os geneticistas afirmam que a vida começa com a fertilização, ou seja, na hora da fusão do espermatozóide com o óvulo. E que sendo assim, ali nasce um novo ser humano com os mesmo direitos que qualquer outro indivíduo.<sup>58</sup> A tese dos embriologistas é que a vida se inicia com a terceira semana de gravidez, pois é nesse momento que se estabelece a individualidade humana. Haja vista, que estudos apontam que até ao 12º dia, o embrião é capaz de se dividir e dar início a mais outra vida. Partindo desse pressuposto é que se acham legalidade para se usar a pílula do dia seguinte e outros tipos de contraceptivos logo nas primeiras semanas. Os neurologistas irão usar a analogia de quando a vida termina. Eles acreditam que assim como a vida termina depois que as atividades cerebrais cessam, também, a vida dará início ao se começar as atividades neurológicas no embrião, porém, uns cientistas vão dizer que essa atividade se dá na 8ª semana e outros dirão que será na 24ª semana. A capacidade de se viver fora do útero irá determinar o início da vida, assim dizem os ecologistas. Médicos dizem que uma criança que nasce prematura, só sobreviverá se estiver os funcionamentos pulmonares em perfeito estado, e isso só poderá ser possível a partir da gestação entre a 20ª e 24ª semana. Foi esse o critério usado pela Suprema Corte nos Estados Unidos para que fosse legalizada a prática do aborto. A visão metabólica irá dizer que é desnecessário polemizar sobre quando a vida se inicia, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Na tese metabólica, tanto o óvulo quanto o espermatozóide são vivos como qualquer outra pessoa, como isso o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e natural e por isso não se deve ter um marco inaugural.<sup>59</sup>

Então, como se comportar em meio a tantas discussões? Como se comportar o Estado na hora de recepcionar uma lei? As teorias do início da personalidade jurídica é algo vasto e por muito, subjetiva. Contudo, há uma posição ser tomada, e não dá para se calar mediante assunto tão comedido.

---

<sup>58</sup> <file:///C:/Users/User/Downloads/pistis-3546.pdf> visto no dia 23/07

<sup>59</sup> <file:///C:/Users/User/Downloads/pistis-3546.pdf> visto no dia 23/07

No entanto, o nosso Poder Judiciário não se calou e a dotou a teoria natalista, no entanto existem mais duas teorias a serem discutidas, serão todas elas o assunto abordando no próximo tópico.

### 3.1.1 Teoria natalista

Essa é a teoria majoritária, juridicamente, é essa a adotada, a qual vai fazer menção aquele que nasce com vida, que irá ter personalidade jurídica e será considerada para fins jurídicos, uma pessoa. No entanto, salvo em lei que será, desde a concepção, os direitos adquiridos do nascituro.

Destarte, é necessário memorar que vida e personalidade são distintas e que a vida é bem mais abrangente que a personalidade, haja vista que não há de falar em personalidade se não houver vida e segundo porque personalidade é a gênese jurídica para definir aquele quem detém direito e deveres no âmbito civil.

Com respeitosa vênua, há de convir que o Código Civil marcou o princípio da personalidade, não o princípio da vida. Então, pelo fato do Código Civil abraçar como marco o nascimento, que não haverá vida antes dele.<sup>60</sup>

Tartuce vai se dispor seus conceitos à teoria natalista;

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.<sup>61</sup>

### 3.1.2 Teoria mista

---

<sup>60</sup> JusBrasil. **A vida no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <[http://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/250864671/a-vida-no-ordenamento-juridico-brasileiro?ref=topic\\_feed](http://nayaraperea.jusbrasil.com.br/artigos/250864671/a-vida-no-ordenamento-juridico-brasileiro?ref=topic_feed)> Acesso em: 17/06/2016.

<sup>61</sup> FLÁVIO, Tartuce. **Direito Civil. Lei de introdução e parte geral.** 12ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro/RJ. 2016.

A idéia principal do Código Civil brasileiro é que o nascimento com vida, não irá condicionar a existência da personalidade, mas de fato, este se consolidará. A capacidade jurídica do nascituro, não pode vigorar simplesmente com o nascimento, pois ocorre e temos que considerar que o ordenamento jurídico assiste ao nascituro tutelado e capacidade provisória que perdura terminantemente se o nascituro vier a nascer com vida.<sup>62</sup>

Segundo a renomada jurista Maria Helena Diniz, o nascituro vai obter personalidade jurídica já na vida intrauterina, sendo essa personalidade em teor formal.<sup>63</sup>

Mesmo no útero ou em tubos de ensaio (in vitro), os embriões e os nascituros gozam de personalidade jurídica formal, alusivamente aos direitos de personalidade, sancionados pela Constituição Federal. Haja vista, que se nascerem com vida, irá obter personalidade jurídica material.<sup>64</sup>

É louvável o posicionamento da jurista supra citada, pois como falar em personalidade jurídica somente após o nascimento com vida, já que ordenamento jurídico em algumas condições vem assistir ao nascituro, caso esse seja de alguma forma lesado. Maria H. Diniz em sua obra “**O estado atual do Biodireito**”, vai elencar alguns desses direitos.

**O nascituro tem direito a alimentos, para uma adequada existência pré-natal** (Lei 11.804/2008 – Lei dos alimentos gravídicos). Os valores são destinados à gestante durante a gravidez, para garantir-lhe gestação saudável. Estes valores devem compreender as despesas da gravidez (alimentação especial, parto, assistência médica e psicológica). Para que sejam concedidos, deve haver prova de que o suposto pai tenha tido relacionamento íntimo com a demandante e capacidade contributiva.

**O nascituro tem direito à imagem**, pois pode ser capturada por ultrassonografia, câmaras fotográficas, etc. Assim, caso captada a imagem e publicada sem autorização dos pais ou do curador do ventre materno, o nascituro pode pleitear indenização.

**O nascituro tem direito à honra**. Caso lhe seja imputada a bastardia ou qualquer outra ofensa contra sua honra, poderá ajuizar ação de indenização por danos morais.

**O nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício**. Os seus pais ou representante devem zelar pelos seus interesses, tomando medidas

---

<sup>62</sup> Passei direito. **Resumo Biodireito Maria Helena Diniz**. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/18959172/resumo---biodireito---maria-helena-diniz>> Acesso em: 17/06/2016.

<sup>63</sup> Passei direito. **Resumo Biodireito Maria Helena Diniz**. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/18959172/resumo---biodireito---maria-helena-diniz>> Acesso em: 17/06/2016

<sup>64</sup> Loc.cit.

processuais em seu favor, administrando os bens que lhe pertencerão, se nascer com vida. Podem os seus pais ou representantes defender em seu nome a posse, a sua parte na herança, etc.

**O nascituro pode receber bens por doação (art. 548, CC) ou por herança (art. 1.798, CC).** Entretanto, o direito de propriedade somente se incorpora em seu patrimônio se nascer com vida. Se nascer morto, não terá validade a doação ou a sucessão.<sup>65</sup>

Essa teoria mista vem enquadrar à leis constitucionais e até mesmo supra legal, como ao Pacto São José de Costa Rica, no que tange a inviolabilidade à vida, todavia dará amparo à teoria natalista, ao dizer que com o nascimento vai consolidar a personalidade material. A Constituição Federal em seu artigo 5º Caput vai mencionar que a vida é um direito inviolável, e em consonância com o artigo 4º do Pacto de São José de Costa Rica, onde Brasil ratificou em 25 de setembro de 1992 em seu artigo 4º I verá claramente que a vida é tutelada desde a concepção.

Se analisarmos o §2º e 3º do artigo 5º da Constituição, veremos que essas convenções têm peso de lei supra legal, sendo assim, nenhuma lei ordinária não poderá se obstar em face destas.

Destarte, se para que uma lei infraconstitucional possa ser recepcionada pela Constituição Federal, ela terá que ser interpretada em conformidade com as Leis e Emendas constitucionais, e leis supra legais para essa recepção se faça legítima.

Em uma análise hermenêutica do caso em tela, se a inviolabilidade da vida segundo a convenção supra é garantida desde a concepção e essa convenção tem ascendência de lei supra legal, com que base legal, a Constituição Federal recepcionou o artigo 128 II do Código Penal?

### 3.1.3 Teoria concepcionista

A teoria natalista vai ressaltar o dispositivo 2º do Código Civil, onde rege o seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Silmara J. A. Chinelato e Almeida<sup>66</sup> vai dizer que

---

<sup>65</sup> Loc.cit.

<sup>66</sup>ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016.

Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo artigo 4<sup>a</sup>- reconhece direitos e não expectativas de direitos ao nascituro os quais, assim como os status, efetivamente lhe são atribuídos ao longo do Código, como, por exemplo, status de filho (art. 458) de filho legítimo, segundo a terminologia adotada antes da Constituição Federal de 1988 (art. 337 e 338), direito de ser reconhecido antes do nascimento (parágrafo único do artigo do Código Civil e parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente), direito à curatela (458 e 462), à representação (462, caput combinado com arts. 383, V e 385), direito de ser adotado (372).<sup>67</sup>

Os direitos reconhecidos nos artigos supra são inerentes ao nascituro, todavia, outras teorias poderão alegar um direito formal, pois dependerá do nascimento com vida. Haja vista, o que se discute não é se o nascituro irá nascer com ou sem vida, mas sim, se a eles os direitos são estendidos.

Em um RE de nº 99.038 de MG, vai se discutir sobre a venda de um imóvel, onde os genitores resolveram vender para sua filha. No entanto, no RE se debateu a legitimidade dessa venda, já que não havia uma taxatividade dos direitos ao nascituro, razão a qual se entendeu ser nula a compra e venda de ascendente e descendente, sem o consentimento do nascituro, por seu representante legal. No RE vale destacar o voto vencido do Senhor Ministro Francisco Rezek (relator);<sup>68</sup>

A própria linguagem do artigo 4º do Código Civil (Código Civil 1916) é plástica. O Tribunal de Justiça adotou uma tese que a reflexão sobre a perspectiva do caso concreto me fez parecer abonável. Neste caso uma criança, no ventre materno, anuncia sua vinda ao Mundo quando os pais entenderam de vender certo imóvel ao filho preexistente.<sup>69</sup>

Não tão longe assim, em 2015 um Recurso Civil, a genitora ao ser atropelada teve como consequência a perda do filho, nesse RC nº 71005303854 foi reconhecido o direito do nascituro, e a genitora como representante legal recebeu a indenização.<sup>70</sup>

EMENDA  
RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. GRAVIDEZ INTERROMPIDA DEVIDO AO ACIDENTE DE TRÂNSITO. DIREITOS DO NASCITURO GARANTIDOS PELO CÓDIGO CIVIL. DEVIDA A COBERTURA SECURITÁRIA NO VALOR DE R\$ 13.500,00. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

<sup>67</sup> Loc.cit.

<sup>68</sup> STF. **Recurso extraordinário nº 99.038-1.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=191555>> acesso em 19/06/2016.

<sup>69</sup> Loc.cit.

<sup>70</sup> JusBrasil. **TJ-RS-Recurso Cível: 71005303854RS.** Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/164105128/recurso-civel-71005303854-rs>> acesso em 19/06/2016.



(Recurso Cível Nº 71005303854, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/01/2015).<sup>71</sup>

É claro o reconhecimento dos direitos do nascituro, embora seja feita de forma genérica, Silmara J. A. Chinelato e Almeida<sup>72</sup> vai mencionar a necessidade de uma taxatividade elencando os direitos do nascituro<sup>73</sup>

A tomada de posição no sentido de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são concedidos pelo Código Civil e outros diplomas legais, uma vez que se afasta na espécie, porque inaplicável, a regra de hermenêutica "exceptiones sunt strictissimae interpretationis." Reitera nosso modo de ver quanto à não taxatividade dos direitos reconhecidos ao nascituro, outro postulado hermenêutico, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras só, somente, apenas e outras similares, inexistentes no artigo 4º (Código Civil de 1916)." que, ao contrário, refere-se genericamente a "direitos" do nascituro.<sup>74</sup>

### 3.1.4 Conceito do nascituro

Esse tema por mais que parece ultrapassado, é bem atual e também um tema muito discutido nos tribunais, ao contrário do que ocorre no Brasil, esse assunto é bem emblemático em outros países. Sua atualidade tem como base as novas técnicas usadas em meio de reprodução assistida ou fertilização assistida, sem contar com os desenvolvimentos científicos na área da genética. A jurista Silmara J. A. Chinelato e Almeida<sup>75</sup> dará um conceito de nascituro

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação "in vitro", que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do embrião "in anima nobile", para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida. A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> Loc.cit.

<sup>72</sup> ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016

<sup>73</sup> ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016

<sup>74</sup> Loc.cit.

<sup>75</sup> Loc.cit.

<sup>76</sup> Loc.cit.

No caso do texto mencionado, a jurista irá fazer a distinção da fecundação “*in vitro*” e o embrião fora do útero. E ela vai dizer que tem por obrigação o Estado estabelecer regulamentos para que ambos tenham seus direitos garantidos inerentemente cada um com suas peculiaridades.<sup>77</sup>

Ainda cumpre observar que o direito constituído poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatório. Dadas suas peculiaridades, parece nos deparar a legislação regular de modo diferente os direitos do nascituro implantado “*in vivo*” e o embrião pré-implantatório, que poderá ser denominado pré-nascituro.<sup>78</sup>

### 3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para os que apreciam o direito clássico, a validade de uma lei irá se mostrar autêntica através da sua compatibilidade com a Constituição. Em dias atuais, observar o enquadramento das leis com a Constituição (controle de constitucionalidade) é somente o início para que se possa assegurar a juridicidade à produção do direito doméstico. No entanto, não basta ser harmonizável com a Constituição Federal, mas as normas internas deverão estar em congruência com os tratados internacionais, para isso será usado o Controle de Convencionalidade.

Esse instrumento foi usado pela primeira vez pelos franceses na década de 1970;

É ainda necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro, que a ideia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizaram dessa ideia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de constitucionalidade propriamente dito, o único em relação ao qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Loc.cit.

<sup>78</sup> ALMEIDA. Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf > Acesso em: 19/06/2016.

<sup>79</sup> <sup>79</sup> Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno – Mazzuoli, Valério de Oliveira – biblioteca virtual pag. 178

Valerio Mazzuoli vai dizer que para as normas infraconstitucionais, agora passaram por dois filtros para que se possa mostrar sua compatibilidade com o sistema do atual Estado constitucional e humanista. Mazzuoli a título ilustrativo vai dizer

Imagine-se uma prova de hipismo de salto a obstáculos, na qual o jóquei só será vencedor se conseguir fazer o cavalo saltar dois obstáculos; caso salte o primeiro e derrube o segundo perderá o torneio. O mesmo se dará com a produção do direito doméstico. Doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no País devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no País. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País por meio do controle de convencionalidade<sup>80</sup>, tema até então inédito na doutrina brasileira<sup>80</sup>.

Ao falarmos de descriminalização do aborto, não podemos esquecer que existem alguns filtros importantes, onde terá que ser analisado com requisitos criteriosos para que essa descriminalização possa ser deferida. Haja vista que se esses meios de filtragem forem feitos com seriedades, tal descriminalização não poderá ser aprovada, por essa irá ferir princípios constitucionais, e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Ao se analisar textos supra mencionado fica evidente que o aborto é considerado por algumas linhas como crime de assassinato, de tortura, e que esse crime vai além dessas práticas abusivas, ela se torna cruel e injusta, pois entre as partes envolvidas no crime de estupro, o único que deveria ser absolvido é o que vai pagar com sua própria vida. Quando digo o único, não estou excluindo a mãe, mas em projetos de leis no Brasil e por ser lei em outros países, a prática do aborto em muitos momentos, não se trata única e exclusivamente o estuproador como culpado pela gravidez, mas em caso, pelo simples fato da mulher ter se relacionado voluntariamente com uma pessoa e nessa relação ter ocasionado a gestação, essa mulher poderá simplesmente dizer que essa gravidez não vem em tempo oportuno e com isso, ela deseja tirar a criança. Então pode se falar que em casos como esse, a mulher teve sua parcela de culpa e o único inocente nessa gestação é o embrião.

---

<sup>80</sup> Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno – Mazzuoli, Valério de Oliveira – biblioteca virtual pag. 178

Destarte, o controle de convencionalidade é um dispositivo muito importante, para que a segurança jurídica possa ser preservada, pois dela advêm critérios consideráveis para que o nosso poder judiciário não venha agir com arbitrariedade, e com isso, os tratados ratificados no Brasil, possam ter seus dispositivos respeitados e aplicados na sua total essência e eficácia.

O Jornal Juízes para a Democracia vai explicar em um trecho de sua coluna, a importância do controle de convencionalidade.

Há que se ressaltar que os instrumentos internacionais contemplam sempre parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos, cabendo aos Estados, partes o dever de harmonizar sua legislação interna à luz dos parâmetros internacionais mais protetivos à pessoa humana. Inaugura-se, assim, no campo dos direitos humanos, a advocacia voltada ao 'controle da convencionalidade das leis', em prol da melhor e mais eficaz proteção à dignidade humana<sup>81</sup>.

O controle de convencionalidade é um remédio constitucional que deve ser utilizado em sua maior essência, para que com isso, o indivíduo, seja ele o embrião ou um idoso tenha seus direitos fundamentais garantidos.

---

<sup>81</sup> Jornal Juízes para a Democracia, ano 5, n. 21, São Paulo: AJD, jul./set./2000, p. 9. Tirado do livro de Mazzuoli pag 182

#### 4. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS – VIDA VS DIREITOS DA MULHER

Há um grande equívoco a respeito de uma suposta conexão da mulher exercer a liberdade sobre seu corpo com o “pseudo” direito ao aborto. Pedro-Juan Viladrich vai dizer que a mãe e o nascituro, já são de fatos, seres humanos distintos e que ambos possuem sua própria personalidade;

Zigoto não é uma célula do pai nem uma célula da mãe. Possui uma mensagem genética própria e irrepitível. Nunca existiu nem existirá na história um ser idêntico a ele. Este código inédito permanecerá já invariável e, de acordo com os condicionamentos impostos pelo meio, desenvolver-se-á autonomamente até a velhice e à morte, sem que nada lhe seja acrescentando de essencial, salvo a nutrição, o oxigênio e o tempo<sup>82</sup>.

Nesta colisão dos direitos, a vida terá que receber de toda a maior segurança no âmbito do direito, pois como se falar em liberdade sobre o corpo, sendo esse pertinente à vida? Data vênica, mas todos os bens jurídicos tutelados e pleiteados no poder judiciário são inerentes à vida; não seria paradoxal, uma pessoa lutar por direito de liberdade, igualdade, direitos esses relacionados à vida, sendo que essa mesma pessoa venha tolerar, apoiar, e até permitir que essa vida seja lesada?

Nesses imensos impasses jurídicos, onde os conflitos dos direitos fundamentais que antes eram imutáveis, agora muitas delas vêm sofrendo constantes alterações. Em 2004 e 2008 houve grandes conflitos nos tribunais sobre os direitos fundamentais no que tange o direito à dignidade da vida humana, de um lado duas pessoas buscam seus direitos de liberdade religiosa, onde mesmo em estado crítico de saúde risco de morte eminente, negam o recebimento de transfusão de sangue, baseado em crenças de uma instituição religiosa (Testemunha de Jeová) onde fica vedado a todos os membros o direito de receber transfusão de sangue, mesmo correndo risco de morte. Do outro lado, o Estado querendo vedar esse direito, tendo em vista alegar, que o direito à vida sobrepõe a liberdade religiosa, pois a primeira é

---

<sup>82</sup> COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. **A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988**. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13.Disponível em: <file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 13/06/2016.

o bem maior tutelado pela CF. Em um embate ferrenho nos tribunais, e nos dois casos que serão expostos, iremos ver decisões opostas sobre casos semelhantes;

Em 2002 a pedido de um paciente que não lhe fosse feito como meio de tratamento médico, uma transfusão de sangue, pedido esse feito com base no direito de crença e liberdade religiosa do autor.<sup>83</sup>

Em um parecer, Antônio Ibrahim da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirma que:<sup>84</sup>

O direito à vida não se resume ao viver... O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, a dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de outra (e desconhecida) pessoa. (trecho do voto – vencido – do Desembargador Marcos Antônio Ibrahim no Agravo de Instrumento n.º 2004.002.13229, julgado em 05.10.2004 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ)<sup>85</sup>.

Nesse caso supra, o deferimento foi concedido parcialmente, pois não foi vetado o direito dos médicos agirem, todavia, teriam esses que esgotar todos os meios através de medicamentos e outros procedimentos inerentes ao tratamento, para que enfim, se necessário, ou seja, em caso de risco de morte eminente a transfusão seja realizada<sup>86</sup>.

Em 22 de agosto de 2007 que teve como relator Umberto Guaspari Sudbrack, nesse julgado os fatos serão os mesmos do caso supracitado, todavia, haverá um resultado bem oposto<sup>87</sup>.

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.

Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente,

<sup>83</sup> TJRJ. **Transfusão de sangue – crenças religiosas.** Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/transfusao\\_sangue.pdf](http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/transfusao_sangue.pdf)> Acesso em 18/06/2016.

<sup>84</sup> JusBrasil. **O direito de morrer dignamente.** Disponível em: <<http://eleniltonfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/152550052/o-direito-de-morrer-dignamente>> acesso em 18/06/2016

<sup>85</sup> Loc.cit.

<sup>86</sup> Loc.cit.

<sup>87</sup> JusBrasil. **TJ-RS-Apelção Cível: AC 70020868162.** Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>> acesso em 18/06/2016.

independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/08/2007<sup>88</sup>).

A decisão agora tem como base a inviolabilidade à vida, sendo assim, o exposto vai explicitar um direito fundamental suprimindo outro, no caso apresentado o direito a liberdade religiosa não foi atendido, pois achou por bem o tribunal, fazer valer o bem maior tutelado, a vida. Haja vista, que além de suprimir um direito de liberdade religiosa, o tribunal vai ferir o direito de escolha do profissional da área de saúde (médico), pois vale ressaltar que no código de ética no capítulo II inciso IX vai expressar o seguinte: “IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” <sup>89</sup>.

No entanto, o julgado vai dizer que “Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem **o dever...**”. Destarte, se fez valer no caso em tela, o bem maior que deve ser tutelado pelo o Estado, esse bem é a vida.

#### 4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na colisão dos direitos fundamentais, não será satisfatório uma decisão a uma das partes, o indeferimento do pedido somente. O(s) magistrado(s) terá que fundamentar a decisão, para que possa gerar segurança jurídica aos que fazem parte do processo. Destarte, em que poderá o(s) magistrado(s) basilar sua(s) decisão? O renomado doutrinador Marcelo Novelino<sup>90</sup> irá dissertar sobre o princípio da proporcionalidade<sup>91</sup>

O postulado da proporcionalidade opera no nível da justificação interna da decisão jurídica, ou seja, auxilia a estrutura formal de raciocínio ao tornar claro quais premissas devem ser justificadas externamente, aumentando a possibilidade de reconhecer e criticar erros.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> JusBrasil. **TJ-RS-Apelação Cível: AC 70020868162RS**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>> acesso em 18/06/2016.

<sup>89</sup> CEM. **Código de ética médica – Confiança para o médico, segurança para o paciente**. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra\\_2.asp](http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_2.asp)> acesso em 18/06/2016.

<sup>90</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>91</sup> Loc.cit.

<sup>92</sup> Loc.cit.

No texto supra, Novelino<sup>93</sup> vai ressaltar que o postulado da proporcionalidade irá auxiliar na decisão jurídica, ele vai dizer que “Sob esse prisma, o postulado da proporcionalidade tem o seu conteúdo delimitado por três metanormas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que possuem a estrutura de regra”<sup>94</sup>.

Destarte, essas metanormas irão traçar meios onde o poder judiciário terá que se basear para fundamentarem suas decisões<sup>95</sup>.

No litígio onde estão, em estado de colisão, dois direitos fundamentais, essas metanormas regerão sobre os meios de decisões a serem tomados. Novelino vai dizer que essas metanormas terão que ser consideradas como regras<sup>96</sup>

O postulado da proporcionalidade é composto por três metanormas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No controle de constitucionalidade de uma intervenção deve ser analisado se essas metanormas foram satisfeitas ou não, e se sua não satisfação tem como consequência uma inconstitucionalidade. Essas metanormas devem ser, portanto, “consideradas como regras”<sup>97</sup>.

Em tese são essas as metanormas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>98</sup>.

Quando vamos falar de direitos fundamentais, onde a divergência é bastante discutida nos tribunais, como no caso da tese discutida, ou seja, o aborto mediante estupro, onde é garantida a gestante a retirada do nascituro, tendo como base a liberdade da mulher sobre o corpo, contudo há posições doutrinárias, religiosas que vão se opuser a essa garantia positivista. Com base no livre convencimento do juiz e este se debruçando nessas metanormas, torna o litígio mais contundente, pois o que se pesa aqui não é somente o fato de existir um direito positivado, mas sim, saber se esse não está ferindo outros princípios. Com base nessas metanormas veremos que há base para se refutar esse dispositivo expresso no artigo 128 II do Código Penal<sup>99</sup>.

---

<sup>93</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>94</sup> Loc.cit.

<sup>95</sup> Loc.cit.

<sup>96</sup> Loc.cit.

<sup>97</sup> Loc.cit.

<sup>98</sup> Loc.cit.

<sup>99</sup>BRASIL. **Decreto – Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acesso em 19/06/2016.



O doutrinador Novelino<sup>100</sup> vai expressar o seguinte sobre a metanorma adequação; “Quando um direito fundamental possui uma cláusula de reserva legal expressa (simples ou qualificada), para que a medida restritiva seja considerada adequada, basta que não afronte a Constituição,”<sup>101</sup>, em contrapartida o doutrinador Manoel Gonçalves, não vai mencionar a Constituição, mas tão somente, os conflitos nas desigualdades de tratamentos.<sup>102</sup> “Exprime-se a exigência de adequação na relação entre o critério da diferença e a finalidade perseguida pela desigualdade de tratamento. Trata-se de uma relação meio a fim. É, pois, uma exigência de congruência”<sup>103</sup>.

Ao se tomar uma decisão, esse meio basilar não poderá ser excluído, para o convencimento na hora de se tomar uma decisão. Mas como decidir quando mediante os conflitos, os fatos mencionados são inerentes de bases constitucionais ou simples grau de tratamento? Tanto a gestante que tem seu direito ao corpo e ao nascituro o direito a vida, ambos têm seus amparos legais no que tange à dignidade da pessoa humana.

Willis Santiago Guerra Filho vai mencionar que a *adequação* foi tratada no Tribunal Constitucional alemão, que além de adequada também tem que ser exigível.<sup>104</sup>

A propósito, decisão do Tribunal Constitucional alemão, em cuja primeira parte se lê: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado (...)”<sup>105</sup>

Então o judiciário terá que optar para outra metanorma, para que possa se obter um resultado convincente; a *necessidade*. Na obra supracitada do Novelino<sup>106</sup> ele irá explicar sobre esta.

---

<sup>100</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>101</sup> Loc.cit.

<sup>102</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. 4ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 2015. P. 219.

<sup>103</sup> Loc.cit.

<sup>104</sup> Loc.cit.

<sup>105</sup> Loc.cit.

<sup>106</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

A necessidade (ou exigibilidade) impõe que, dentre os meios aproximadamente adequados para fomentar um determinado fim constitucional, seja escolhido o **menos invasivo** possível. Uma medida deve ser considerada desproporcional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra similantemente eficaz e **menos** onerosa ou **lesiva**.<sup>107</sup> **(grifo nosso)**

Agora começa ficar mais claro para o judiciário, pois no texto supra vai ressaltar que nos conflitos em direitos fundamentais, que sejam escolhidos o menos invasivo e lesivo<sup>108</sup>. Com toda respeitosa vênua, vamos aqui afirmar que ao se decidir o que é menos invasivo e menos lesivo entre manter uma gestação ou retirar o nascituro, não resta dúvida que será manter a gestação, pois cabe ao Estado tornar essa gestação menos gravosa para gestante. Mas temos que considerar a parte que não foi grifada no texto (oneroso), pois poderá o judiciário dizer que por se tratar em manter uma gestação, onde esta vai gerar a mãe grandes problemas psicológicos, emocionais, sendo assim, essa gestação será mais onerosa, pois além do Estado manter a gestação com todos os amparos essenciais, ainda terá que se dispor de outros profissionais que normalmente não se utiliza em uma gestação, como por exemplo, psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais e outros, todavia, o procedimento para o aborto vai gerar custos bem mais baixos. Dado de 2014 vai reportar o valor gasto com um procedimento de aborto; “A portaria publicada no “Diário Oficial” na quinta-feira passada definia que o governo pagaria R\$ 443,30 por cirurgia de interrupção terapêutica da gestação ou antecipação do parto nos hospitais públicos”<sup>109</sup>. Não estaria à vida sendo aviltada pelo Estado? Poderia o Estado estipular um valor à vida? Então podemos em uma análise, afirmar que a metanorma necessidade, auxiliaria com destreza, as decisões que fossem tomadas em direitos bem conflitantes a esses expostos.

Nessa próxima metanorma a ser exposta, Novelino<sup>110</sup> vai ressaltar que, se os conflitos a serem resolvidos, não alcançaram uma satisfação do convencimento usando a *adequação* e a *necessidade*, então terá que ser analisado pela

---

<sup>107</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>108</sup> Loc.cit.

<sup>109</sup>O Globo.com. **Ministério da saúde revoga portaria que definia valor de aborto terapêutico no SUS**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/ministerio-da-saude-revoga-portaria-que-definia-valor-de-aborto-terapeutico-no-sus-12651190>> acesso em 19/06/2016.

<sup>110</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

*proporcionalidade em sentido estrito*, onde o sopesamento será o meio de medida a se utilizar para que o juiz possa se convencer<sup>111</sup>.

Quando se torna necessário analisar o grau de intensidade da intervenção em um direito fundamental e o de realização de outro fim, abandona-se o âmbito da *otimização* em relação às *possibilidades fáticas* e se penetra no âmbito da realização mais ampla possível em relação às *possibilidades jurídicas*.<sup>112</sup>...

...A proporcionalidade em sentido estrito corresponde à “lei material do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>113</sup>.

Nesse meio da proporcionalidade, se afasta a adequação e a necessidade, com isso se fará necessário o sopesamento acompanhado com as possibilidades jurídicas e ai sim, serão questionados quais os princípios foram mais afetados, o de mais importância, analisando o grau de lesão causado a esse princípio<sup>114</sup>.

#### 4.2 O DESCUMPRIMENTO DE VEDAÇÃO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Silmara J. A. Chinelato e Almeida<sup>115</sup> vai mencionar que o direito a vida ainda que não fosse amparado no âmbito jurídico o direito natural se manifestaria ao favor desta; “ainda que o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição “erga omnes”<sup>116</sup>.

A Constituição Federal, através das leis extraordinárias, acaba que por recepcionar o artigo 128 II do Código Penal, com isso entrega outras normas constitucionais para serem corrompida no âmbito jurídico. A própria Constituição vai vedar a penar de morte, salvo em caso de guerra declarada<sup>117</sup>. Como em textos supra mencionados, é notório a vida ter início desde a concepção, restando para que essa vida se tenha sua personalidade jurídica material garantida, a penas o nascimento

<sup>111</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>112</sup> Loc.cit.

<sup>113</sup> Loc.cit.

<sup>114</sup> Loc.cit.

<sup>115</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro**. p.91. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Documents/MATERIAIS%20DE%20MONOGRAFIA/11105-42738-1-PB%20(1).pdf> Acesso em: 19/06/2016.

<sup>116</sup> Loc.cit.

<sup>117</sup>BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

com vida, todavia, ainda sim, o nascituro é contemplado com a vida, no entanto o artigo 128 II Código Penal, irá romper princípios intrínsecos na Constituição ao descriminalizar a morte do nascituro. Morte esta que está fora da pena de morte que se permite a Constituição, pois não há estado de sítio, e mesmo que estivesse em guerra, a presunção de inocência seria inerente ao nascituro, pois qual crime esse haveria cometido para ser punido com a morte? Como também não vai condizer com caso de exclusão de ilicitude explícita no Código Penal, como também a legítima defesa e o estado de necessidade<sup>118</sup>. O Brasil ratificou o DECRETO No 678, de 6 de novembro de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica), onde expressa em seu artigo 3º “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”<sup>119</sup> Nesse caso fica evidente que não há outro meio de se criminalizar alguém com a pena de morte, salvo em caso de guerra, pois de outro modo, o Brasil não poderá restabelecer a pena de morte de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica, pois como dito anteriormente, esse decreto tem o peso de lei supra legal, onde nenhuma lei ordinária pode suprimi-la<sup>120</sup>.

Não obstante, o artigo 128 II do Código Penal irá ferir princípios constitucionais, como por exemplo, a presunção de inocência, pois ninguém pode ser considerado culpado sem que haja julgamento transitado em julgado (artigo 5º LVII), se é que há alguma culpa a ser inserida ao nascituro, mas como o viés aqui é de pena de morte, haverá de ter uma sentença transitada em julgado<sup>121</sup>.

A Constituição no dispositivo 5º LV vai expressar que; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”<sup>122</sup>e no Pacto de São Jose da Costa Rica em seu artigo 6 irá expor; “Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto

---

<sup>118</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acessado em 19/06/2016.

<sup>119</sup> BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> Acesso em: 21/02/2016.

<sup>120</sup> Loc.cit.

<sup>121</sup> BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

<sup>122</sup> Loc.cit.

o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente”<sup>123</sup>. Nos dois dispositivos mencionados deixa evidente o direito à ampla defesa e ao contraditório, não se condena ninguém sem que esse faça valer o seu direito de defesa, ainda mais se tratando de um claramente inocente. Em meio a tantas explanações é que se deve argüir a não recepção desse artigo 128 II do CP. Mas não termina por aqui as extravagâncias de corrupção de normas constitucionais, pois a Carta Magna no artigo 5º III diz; “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;” O Dr. Bernard Nathanson um dos maiores aborteiros de todos os tempos, em seu livro “The Hand of God” (A mão de Deus), vai ressaltar que ao ver pela primeira vez um aborto através de imagens, o doutor vai relatar seu repúdio, ele vai dizer que<sup>124</sup>.

Foi então que Deus apareceu na sua vida através dos avanços da técnica. “Estou certo que não foi por acaso – a mão de Deus estava lá – a instalação dos ultra-sons mostrou-me, pela primeira vez, o feto humano, podendo medi-lo, examiná-lo, contemplá-lo...” E “declarei categoricamente que o feto era vida”. “Não tenho receio em dizer que o aborto é um crime”<sup>125</sup>.

Em um de seus documentários feito em vídeo, cujo nome é “O Grito Silencioso”, ele vai falar com detalhes o processo de um aborto por sucção. O doutor diz que é inserido um tubo até o útero da mulher e chegando ao ponto, é ligada a máquina onde o nascituro começa a ser sugado, através imagens ele pode ver a criança tentando lutar contra a morte, e que seus batimentos cardíacos vão chegar a mais de 200 batimentos por minuto, o feto antes da morte é levado a torturas exaustivas até que se consuma o aborto.<sup>126</sup> Existe outros métodos como o de curetagem, onde se usa uma cureta cirúrgica, essa vai cortando a criança e a placenta em pedaços e depois a equipe médica terão que juntar as partes para certificar que não restou nenhum ou pedaço no ventre da genitora<sup>127</sup>. Não por menores das torturas, não ficará de fora o

<sup>123</sup> BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm) > Acesso em: 21/02/2016.

<sup>124</sup> Universo católico. **A mão de Deus.** Disponível em: <<http://www.universocatolico.com.br/index.php?a-mao-de-deus.html>> acesso em 19/06/2016.

<sup>125</sup> Loc.cit.

<sup>126</sup> You Tube. **Aborto – o grito silencioso – completo – dublado PT-BR.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZtelEYPnmjo>> acesso em 19/06/2016.

<sup>127</sup> Aldeia. **Métodos de fazer aborto: Dilatação e curetagem (6-16 semanas).** Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/metodos-aborto-dilatacao-curetagem/>> acesso em 19/06/2016.

método feito com líquido salino, esse é feito através do saco amniótico da mãe, aonde chega ao pulmão da criança, esse procedimento leva a criança a horas de sofrimento, lhe causando queimaduras nos pulmões e pele levando a morte por. Obtendo êxito no procedimento, a mãe entra em trabalho de parto no dia seguinte para a retirada do feto morto.<sup>128</sup> Vale ressaltar que o crime de tortura não é só vedado na Constituição Federal, mas também visto como na LEI 8.072/1990 (LEI ORDINÁRIA) 25/07/1990, onde em seu artigo 2º vai lhe ser dado uma sanção.

### 4.3 A INTRANSCEDÊNCIA DA PENA

A Constituição Federal tem por dever proteger as garantias e liberdades individuais, a fim de resguardar cada indivíduo das arbitrariedades e abusos de poderes, com isso coordenar o direito de punir do Estado. Para que possa exercer com tal objetivo, a Constituição Federal dispõe de princípios para direcionar a ação do Poder Judiciário em áreas distintas.

Dentre as atuações do Estado, é notória uma reserva especial para com o Direito Penal, pois dessa advêm inúmeros resultados negativos, que macula até direitos inerentes a pessoas, como o direito de ir e vir, direito de não sofrer torturas, direitos esses que têm que ser imaculado em um Estado Democrático. Haja vista que a maioria dos princípios constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal vai estar vinculada ao direito penal. Todos contêm imensa importância, todavia, há entre eles, um que merece um destaque. Esse princípio se encontra no artigo 5º, XLV da CF, que diz; "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" <sup>129</sup>. Princípio este, conhecido como Intranscendência da Pena, que anuncia a impossibilidade de se transferir os efeitos da pena para outra pessoa que não tenha tido participação no crime. Esse princípio vai garantir que somente aquele que agiu em um crime, possa ser este penalizado, não sendo estendida as em face de terceiros que não participaram do ato ilícito.

---

<sup>128</sup> A Aldeia. **Métodos de fazer aborto: envenenamento salino (16-32+semanas)**. Disponível em: <<http://aborto.aaldeia.net/metodos-aborto-envenenamento-salino/>> acesso em 19/06/2016.

<sup>129</sup>BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:Senado 1988.

O jurista Marcelo Novalino<sup>130</sup> vai mostrar uma imensa preocupação na descriminalização do aborto, e se com essa autorização do Estado, outros direitos fundamentais ficarão sensíveis a inconstitucionalidade<sup>131</sup>.

A partir da dimensão objetiva (dever de proteção do Estado), discute-se se a não criminalização do aborto seria compatível com a proibição de proteção insuficiente, a qual ocorre quando as medidas adotadas pelo Estado não são aptas para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais<sup>132</sup>.

Novelino vai mencionar que o direito a vida é uma proteção contra violações do estado, inclusive em face de seu próprio titular<sup>133</sup>.

A inviolabilidade, consistente na proteção do direito à vida contra violações por parte do Estado e de terceiros, não se confunde com a irrenunciabilidade, característica distintiva dos direitos fundamentais que os protege inclusive em face de seu próprio titular.<sup>134</sup>

Ao se analisar um crime de estupro, e sanções referidas a ele, pode afirmar que o princípio da intranscendência da pena nesse bojo, está sendo lesada, pois se formos qualificar as partes, quem na realidade estará no pólo passivo dessa ação? Quem pagará com a própria vida pelo crime relatado nos autos? Podemos contar como partes do processo; a vítima, nesse caso é a mulher que sofreu o estupro, o réu que é o agente do crime, a promotoria e a defensoria pública e a figura do magistrado. Nesse caso hipotético, não parece está faltando mais alguém para nessa demanda? É lamentável saber que em um crime onde o Supremo Tribunal Federal reconhece como hediondo<sup>135</sup> venha ser tratado com tanta leviandade, pois onde encontramos um homem que ao ter desejos sexuais por uma mulher, todavia, sem o seu consentimento, a força ter com ele conjunção carnal, atos esses que irão gerar grandes consequências físicas e psicológicas para a mulher estuprada. Esse agente que aqui fará parte do pólo passivo da ação estará sujeito no máximo, a trinta anos

---

<sup>130</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

<sup>131</sup> Loc.cit.

<sup>132</sup> Loc.cit.

<sup>133</sup> Loc.cit.

<sup>134</sup> Loc.cit.

<sup>135</sup> JusBrasil. **STJ: Qualquer estupro é crime hediondo.** Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100108638/stj-qualquer-estupro-e-crime-hediondo>> acesso em 19/06/2016.

de reclusão, com fulcro no art. 217-A, §4º do Código Penal<sup>136</sup>, no entanto aquele que não foi mencionado nos autos (o nascituro) pagará com sua própria vida. Se existe uma pena maior no crime de aborto (a pena de morte), vale ressaltar que anteriormente foi discutido sobre a pena de morte, que é a pena dada ao nascituro, que data vênua, culpa nenhuma tinha sobre ele, mas mesmo assim pagará com sua vida, a quem na verdade deveria recair essa pena? Creemos que todos concordariam no nível de que se fosse feito justiça, essa sanção deveria recair sobre o esturador. Então, porque no caso em tela, houve o rompimento do princípio da intranscedência da pena? Estaria ou não, sendo lesado esse princípio que no texto supra mencionado, seria um dos princípios que iria merecer um destaque maior?

---

<sup>136</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acesso em 19/06/2016.



## 5. CONCLUSÃO

Venho concluir o presente trabalho, expondo a temática do assunto em um teor de compromisso com o respeito aos direitos fundamentais, ao qual expõe a nossa Carta Magna, respeito principalmente a dignidade da pessoa humana, nesse caso, o princípio a inviolabilidade à vida. Durante o tempo que me dispus para a excelência desse trabalho, pude me convencer ainda mais a respeito da posição tomada pelo legislador no que tange o artigo 128 II do Código Penal, pois esse artigo vai transcender invariáveis normas constitucionais, e princípios fundamentais inerentes a vida, fazendo valer posições infundáveis relacionada à descriminalização do aborto em caso de crime de estupro. Quero ressaltar aqui que a nenhum momento vemos campanhas relacionando as consequências para aquelas que cometem o aborto, pois no trabalho veio a tona algumas dessas consequências. Realmente às vezes me levo a pensar se o interesse do Estado em descriminalizar o aborto tem como interesse única e exclusivamente a dignidade humana, dando a mulher o direito sobre seu corpo, ou se há algum viés de interesses políticos e econômicos, pois como mencionado no trabalho, o Estado disponibiliza um valor irrisório para o procedimento do aborto, valor esse que não chega aos míseros R\$ 500,00 (quinhentos reais), digo “miseró”, pois ao se tratar do que está em questão aqui que é a vida, tenho a essa, um valor imensurável. Haja vista que como mencionado em textos supracitados, ficaria bem mais oneroso ao Estado manter essa gestação com todos os amparos inerentes a gestante e ao nascituro, pois não se trataria de uma gestação simplesmente dita, mas uma gravidez com grandes consequências, onde não bastariam somente acompanhamentos corriqueiros como no caso o pré-natal, mas sim, a assistência de outros profissionais, como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais entre outros. Teria o Estado alguma interesse em manter essa gestação?

E o que falar do Poder Judiciário em relação ao caso em tela? Tantas são as incoerências jurídicas relacionadas ao crime de estupro, no caso aqui, se trata do artigo 128 II do Código Penal, como a omissão da nossa Constituição Federal em recepcioná-la. Pois bem, muito se falou na famosa ADPF/54, onde trata de nascituros anencéfalos. Novelino<sup>137</sup> vai percorrer sobre o assunto.

---

<sup>137</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1.

Em que pese não existir no Direito brasileiro norma legal fixando o termo inicial da inviolabilidade do direito à vida, a Lei 9.434/1997 e a Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina consideram que um indivíduo está morto quando cessa completamente sua atividade cerebral, ou seja, com a morte encefálica.<sup>39</sup> Utilizando-se esse mesmo critério, pode-se argumentar que, a contrario sensu, a proteção jurídica à vida humana deve se iniciar com a formação da placa neural.<sup>40</sup> Nesse sentido, o entendimento foi adotado por alguns Ministros do STF no julgamento da ADPF 54/DF. O Min. Celso de Mello ponderou que o feto anencéfalo, por não ter cérebro e nem a possibilidade de desenvolver atividade cerebral, por analogia, não pode ser considerado um ser humano vivo<sup>138</sup>.

Nessa ADPF foi mencionada a resolução do Conselho de Medicina para quem analogia foi deferida o pedido do aborto eugênico, pois se a vida se encerra com a morte cerebral então por analogia se pode dizer que o feto anencéfalo seria um natimorto ou morreria logo após o parto.

Agora fica aqui uma indagação, se fosse expedida uma ADPF, arguindo a não recepção do artigo 128 II do Código Penal, com que base se indeferiria essa ADPF? Já que agora, estamos tratando de um nascituro saudável, onde suas funções cerebrais estariam totalmente sãs.

Poderia ousar e dizer que se argüísse uma ADPF pedindo a não recepção do artigo 128 II do Código Penal, com base em analogia a ADPF/54, relatando que, a mencionada ADPF expõe uma Resolução do Conselho de Medicina, e a usa em analogia para que se fosse resguardado o direito da gestante e descriminalizado o aborto em caso de feto anencéfalo, pois esse já seria considerado inviável a vida extra-uterina, pois não existe nem função cerebral, ao mesmo tempo, em analogia à mesma ADPF/54, o nascituro resultante do estupro teria então sua vida resguardada, pois se tratava de um feto totalmente saudável.

Finalizo esse trabalho dizendo que artigo 128 II do Código Penal, com certeza não deveria ser recepcionado por nossa Constituição Federal de 1988, e que aos futuros juristas sejam dadas oportunidades de se usarem o livre convencimento para abordarem sobre assuntos tão sérios, sem a intervenção arbitrária do Estado e do Poder Judiciário. Que esses sejam apenas fiscais das leis, e que se desvencilhe de viés políticos e se atentem somente a justiça.

Tive a idéia desse tema logo no primeiro período, e muitos foram os conselhos para que eu desistisse de falar sobre tal assunto, pois esse já estava positivado, e

---

<sup>138</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

consumado pela posição majoritária. Todavia, foi também no primeiro período que ouvi uma frase que guardei em “sete chaves” e a levarei comigo como o principal conceito de justiça.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” (Eduardo Juan Couture)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7ª edição. Ed.Método. São Paulo/SP. 2012. Capítulo 21.16.1

JusBrasil. STJ: Qualquer estupro é crime hediondo. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100108638/stj-qualquer-estupro-e-crime-hediondo>> acesso em 19/06/2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acesso em 19/06/2016.

BRASIL. Direito Penal (1940). Decreto Lei nº 2.848. Brasília, DF: Senado 1940.

LUNA, Pedro Mendes. A inconstitucionalidade da isenção de pena para o aborto em caso de gravidez mediante estupro. Disponível no site: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-inconstitucionalidade-da-isencao-de-pena-para-o-aborto-em-caso-de-gravidez-mediante-estupro,45666.html>> Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

Aulete Digital. Gravidez. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/gravidez>>

VILADRICH, Pedro-Juan, Aborto e a Sociedade Permissiva. São Paulo: Quadrante, 199. *Apud* COSTA, Matheus Nascimento Quintão da. A não recepção do artigo 128, II, do Código Penal de 1940 frente à Constituição Federal de 1988. Petrópolis. Trabalho de conclusão de curso. 2015. PDF.p.13. Disponível em: <<file:///F:/MONOGRAFIA/MONOGRAFIA-%20A%20NÃO%20RECEPÇÃO%20DO%20ARTIGO%20128,%20II%20DO%20CÓDIGO%20PENAL%20DE%201940%20FRENTE%20À%20CONSTITUIÇÃO%20FEDERAL%20DE%201988%20-%20MATHEUS%20NASCIMENTO%20QUINTÃO%20DA%20COSTA.pdf>>

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848/1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> acessado em 19/06/2016.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>

BRASIL. Direito Penal (1940). **Decreto Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado 1940.  
GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.113

<http://www.historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/>> acesso em: 08 de outubro de 2015.

WYLLYS, Jean. **PL nº 882/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158&filename=PL+882/2015)>

O GLOBO. **Procedimento de aborto legal entra na tabela do SUS**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/procedimento-de-aborto-legal-entra-na-tabela-do-sus-12573434>>  
<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc80915>

Publicação: **VIDA: o primeiro direito da cidadania**,p. 10 *Apud* GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.113