

Pedro Mendes Luna

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ISENÇÃO DE PENA PARA O ABORTO EM
CASO DE GRAVIDEZ MEDIANTE ESTUPRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Amauri Fonseca da Costa

Brasília

2013

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

LUNA, Pedro Mendes.

A (in)constitucionalidade da isenção de pena para o aborto em caso de gravidez mediante estupro / Pedro Mendes Luna. – Brasília, 2013.

67 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Amauri da Fonseca Costa

1. Direito Penal 2. Estupro 3. Aborto 4. Inconstitucionalidade 5. Direito à vida I. Título

CDU

Pedro Mendes Luna

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ISENÇÃO DE PENA PARA O ABORTO EM
CASO DE GRAVIDEZ MEDIANTE ESTUPRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Coordenação de Direito do Centro
Universitário do Distrito Federal – UDF, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Amauri Fonseca da Costa

Brasília, _____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Nome do Examinador

Titulação

Instituição a qual é filiado

Nome do Examinador

Titulação

Instituição a qual é filiado

Nome do Examinador

Titulação

Instituição a qual é filiado

NOTA: _____

*Dedico à minha filha MARIA, ainda no ventre
de minha esposa, mas já profundamente
amada por seus pais, parentes e amigos.*

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a DEUS, por seu infinito amor misericordioso; à minha querida esposa MARTHA, a quem tanto privei de atenção em virtude da elaboração deste trabalho, pelo apoio dado nas horas mais difíceis; aos meus amados pais, JOSÉ LUNA e SILVANA, pela vida inteiramente dedicada à formação religiosa e intelectual de seus filhos; ao meu professor orientador, pela ajuda gratuita, paciência e conselhos; e, finalmente, a todos os professores e funcionários da UDF que têm me auxiliado na conclusão de curso.

“Por favor, não mate a criança. Eu quero a criança. Por favor, me dê a criança. Eu estou disposta a aceitar qualquer criança que estiver para ser abortada e dar esta criança a um casal que irá amar a criança e ser amado por ela.”

Madre Teresa de Calcutá

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral discutir a constitucionalidade do artigo 128, II, do Código Penal, que prevê a não punibilidade do aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Em um primeiro momento, serão apresentadas as diversas teorias elaboradas pelas ciências biológicas e pelo Direito na tentativa de definir o marco inicial da vida humana. Em seguida, serão analisados os direitos do nascituro à luz da legislação nacional e internacional. Serão estudadas as diversas interpretações doutrinárias acerca do direito à vida garantido pela Constituição Federal de 1988, visando verificar sua incidência sobre a vida intrauterina. Também será estudado especificamente o artigo 128, II, do Código Penal, especificamente no que tange ao contexto histórico em que foi positivado, sua natureza jurídica e sua regulamentação infralegal. Por último, serão explicitados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do aludido dispositivo legal, não só no que diz respeito ao direito à vida garantido pela Constituição, mas também relacionada a diversas outras garantias constitucionais.

Palavras-chave: Aborto. Punibilidade. Estupro. Direito à vida. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present project aims to discuss the constitutionality of article 128, II, of the Brazilian Penal Code, which establish no punishment for abortion in case of pregnancy resulting from rape. At first, it will be presented many theories developed by the biological sciences and the law in order to to define the starting point of human life. Then it will be considered the rights of the unborn approached by national and international legislation. After that, doctrinal interpretations about the right to life guaranteed by the Constitution of 1988 will be analysed, in order to verify their impact on intrauterine life. Specifically about article 128, II, of the Brazilian Penal Code, it will be studied the historical context in which it was written, as well as its legal status and infralegal regulation. Finally, this project will expose some arguments for and against the constitutionality of the previously said norm, not only related to the right to life guaranteed by the Constitution of Brazil, but also related to several other constitutional guarantees .

Key words: Abortion. Punishment. Rape. Right to life. Constitutionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO À VIDA	14
1.1 O MARCO INICIAL DA VIDA SEGUNDO A BIOLOGIA GENÉTICA	14
1.2 OS DIREITOS DO NASCITURO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL	17
1.3 O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	21
1.3.1 A superioridade do direito à vida frente aos demais direitos	22
1.3.2 A titularidade do direito à vida — a (não) hierarquização entre as vidas extra e intrauterina	24
1.3.3 A teoria da vida como um "processo vital"	27
1.4 A TUTELA PENAL AO DIREITO À VIDA INTRAUTERINA — O DELITO DE ABORTO E O TERMO INICIAL DE SUA PROTEÇÃO	29
2 ANÁLISE DO ART. 128, II, DO CÓDIGO PENAL	33
2.1 HISTÓRICO	33
2.2 NATUREZA JURÍDICA	35
2.3 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL	38
3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 128, II, DO CÓDIGO PENAL	41
3.1 ENTENDIMENTO PELA INCONSTITUCIONALIDADE	41
3.1.1 Desrespeito ao "inviolável" direito à vida (art. 5º, caput, da CF/88)	42
3.1.2 Violação à vedação da tortura (art. 5º, III, da CF/88)	44
3.1.3 Violação ao Princípio da Intranscendência da Pena (art. 5º, XLV, da CF/88) ..	45
3.1.4 Violação à vedação à pena de morte (art. 5º, XLVII, 'a', da CF/88)	46

3.1.5 Violação às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88)	47
3.1.6 Soluções apontadas pela doutrina como alternativas à não punibilidade do aborto sentimental	49
3.2 ENTEDIMENTO PELA CONSTITUCIONALIDADE	53
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	60
APÊNDICE A – FOTOS DE FETOS COM 12 SEMANAS (IDADE SUGERIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA COMO LIMITE PARA A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO)	65
ANEXO A – PORTARIA 1.508/2005 do Ministério da Saúde: regulamenta a prática do aborto na rede pública de saúde no caso de gravidez resultante de estupro	66

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro (CP) estabelece apenas 2 hipóteses em que o aborto provocado não é punido, ambas previstas em seu artigo 128: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro.

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 é “inviolável”, o que, para parte da doutrina, acabou por derogar tacitamente o 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.

A questão é polêmica. As opiniões a respeito, sejam favoráveis ou desfavoráveis, baseiam-se na hermenêutica constitucional, em diplomas legais nacionais e internacionais, em princípios da Bioética e do Biodireito, em estudos da Biologia Genética e em convicções morais e religiosas.

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

O que se pretende demonstrar neste trabalho é a inconstitucionalidade do artigo 128, II, do CP, não apenas por ser incompatível com a proteção constitucional ao direito

à vida, mas também por violar alguns outros dispositivos da CF/88, tais como a vedação à tortura e a garantia do devido processo legal.

Assim, este trabalho está dividido em 3 (três) capítulos. No Capítulo 1, será estudado o direito à vida sob a ótica das Ciências Biológicas e do Direito, buscando responder à seguinte pergunta: a proteção ao direito à vida abrange o nascituro, ou seja, aquele concebido mas não nascido?

Para tanto, serão analisadas as diversas teorias da Biologia Genética acerca do marco inicial da vida, bem como os princípios do Biodireito aplicáveis ao tema, em especial, o Princípio da Não-hierarquização da Vida.

Também serão analisadas as teorias civilistas acerca dos direitos do nascituro, e a discussão doutrinária a respeito do alcance da proteção constitucional à vida intrauterina.

No Capítulo 2, será estudada especificamente o artigo 128, II, do CP, buscando explicar o período histórico durante o qual o dispositivo foi positivado, a sua natureza jurídica e a sua regulamentação infralegal: a Portaria 1.508/2005 do Ministério da Saúde, que regulamenta o procedimento de interrupção da gravidez praticado na rede pública de saúde nos casos de gravidez resultante de estupro.

Por fim, no Capítulo 3, serão estudados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do artigo 128, II, do CP, verificando-se possíveis dispositivos constitucionais violados, bem como algumas soluções apontadas pela doutrina como alternativas à não punibilidade prevista no dispositivo.

Com relação à metodologia, registre-se que foi empregado o método dedutivo, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, vez que se parte de premissas consideradas verdadeiras, tais como “o direito à vida abrange o nascituro”, para se chegar a uma conclusão.

Deve-se salientar que o presente trabalho não visa esgotar a matéria, mas apenas abordar um tema que, apesar de pouco discutido doutrinariamente, é de suma relevância jurídico e social, pois envolve a ponderação entre o direito à vida,

fundamento de todo e qualquer direito, considerado “inviolável” pela CF/88, e o sentimento da gestante vítima de estupro, cuja gravidez voluntária decorre de um ato de extrema violência física, moral e psicológica.

1. O DIREITO À VIDA

No intuito de se chegar a uma conclusão acerca da (in)constitucionalidade do art. 128, II, do CP face à inviolabilidade do direito à vida, faz-se indispensável, preliminarmente, tentar definir o âmbito de proteção de tal direito, mormente no que tange ao marco inicial de sua proteção.

Para tanto, serão utilizados conhecimentos biológicos e jurídicos, com o intuito de compreender quando se inicia a “vida” para fins biológicos e a “vida” protegida pelo Direito.

1.1 O MARCO INICIAL DA VIDA SEGUNDO A BIOLOGIA GENÉTICA

O início da vida é uma questão das mais antigas discutidas pelos estudiosos, tendo inclusive sido levantada por Platão e Aristóteles. (MUTO e NARLOCH, 2005)

Mesmo com os recentes avanços da biotecnologia, a discussão permanece acirrada, não existindo consenso entre os cientistas.

Saber a posição das ciências biológicas acerca do início da existência humana é fundamental para o jurista, já que, de acordo com Moraes (2012, p. 35), definir o marco inicial da vida humana é uma tarefa que cabe à ciência, devendo o Direito apenas dar-lhe o enquadramento legal.

O autor, todavia, defende que do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação, e que, portanto, a Constituição também protege a vida intrauterina conforme aduz:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. (...) A

Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina. (MORAES, 2012, p. 35)

O posicionamento de Moraes, no entanto, não é unânime, divergindo os cientistas quanto ao marco inicial da vida humana, existindo, basicamente 4 (quatro) teorias a esse respeito:

a) Teoria da Concepção

Segundo tal teoria, a vida humana começa na fecundação, quando o espermatozóide e o óvulo se encontram, combinando seus genes para formarem um indivíduo com um conjunto genético único. Assim, é criado um novo ser humano, distinto do seu pai e de sua mãe, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. (GRECO, 2011, p. 223)

b) Teoria da Nidação

De acordo com essa corrente, a vida tem início a partir da implantação do óvulo já fecundado (zigoto) na parede do útero materno, fenômeno conhecido como “nidação”, que ocorre cerca de 4 (quatro) dias após a fecundação. Isso porque só a partir dessa etapa começariam os movimentos celulares que dariam origem à formação dos órgãos. A adoção de tal teoria justifica a permissão da pílula do dia seguinte (GRECO, 2011, p. 224 e DOURADO, 2008);

c) Visão neurológica

Segundo essa teoria, o mesmo princípio da morte vale para a vida. Assim, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que esse momento não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª (oitava) semana de gestação, enquanto para outros, apenas na 20ª (vigésima) (MUTO e NARLOCH, 2005)

d) Visão ecológica

Para os que adotam tal teoria, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20^a e a 24^a semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito ao aborto. (MUTO e NARLOCH, 2005)

Afora a discussão travada, percebe-se que a *teoria da concepção* tem prevalecido sobre as demais. Nesse sentido, Mendes e Branco (2011, p. 291), ao defenderem a ideia de que exista vida humana desde a concepção, citam o geneticista francês Jérôme Lejeune¹.

Lejeune defende que no momento da fecundação surge um código genético novo, distinto do pai e da mãe, o que caracteriza uma nova vida. De acordo com Lejeune (*apud* MENDES e BRANCO, 2011, p. 290):

No momento da concepção, pela fecundação do óvulo pelo espermatozoide, o embrião que surge passa a ter um código genético distinto da mãe, o que mostra tratar-se de ser diferente da mãe e não mero apêndice do organismo feminino. [...] Não é possível se pretender dizer que não se está diante de uma vida humana.

Mendes e Branco também citam o pesquisador Roberto Andorno² (ANDORNO, 1998, *apud* MENDES e BRANCO, 2011, p. 290), que defende a tese de que ser dotado de genoma próprio — o que ocorre a partir da concepção — significa pertencer à espécie *homo sapiens*, e portanto ser dotado de vida humana. Segundo ele, “nenhum embrião poderia se transformar especificamente em *humano* no curso de seu desenvolvimento biológico se já não o era antes”. (ANDORNO, 1998, *apud* MENDES e BRANCO, 2011, p. 290)

¹ **Jérôme Lejeune** (1926-1994), premiado médico e geneticista francês. Foi o descobridor da causa da Síndrome de Down e de outras doenças, sendo o primeiro a estabelecer uma ligação entre uma doença e um defeito cromossômico. Também foi o primeiro professor de genética fundamental da Faculdade de Medicina de Paris e professor convidado em diversas universidades do mundo. Participou e presidiu várias comissões internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Mundial da Saúde (OMS).

² **Roberto Andorno**, pesquisador argentino, é doutor em direito pelas Universidades de Buenos Aires e de Paris XII, ambos em tópicos relacionados à bioética. Entre 1999 e 2005, foi membro do Comitê Bioético Internacional da Unesco, tendo participado da elaboração da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005). Atualmente é pesquisador sênior na Faculdade de Direito da Universidade de Zurique e, desde 2010, é o presidente eleito da Sociedade Europeia para Filosofia da Medicina e Saúde.

Por fim, tomando por base o entendimento de Moraes (2012, p. 35), segundo o qual o início da vida humana deveria ser dado pelas ciências biológicas, cabendo ao Direito tão somente dar-lhe o enquadramento legal, o direito à vida não pode ser interpretado à revelia dos preceitos da ética, em especial da bioética, que guardam compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No intuito de positivizar os princípios bioéticos, surgiu o ramo do Direito denominado Biodireito.

Assim, merece ser transcrita a definição que Diniz (2007, p. 9) confere ao Biodireito:

[...] o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

A autora supracitada, especialista no ramo do Biodireito, afirma que a fetologia e as modernas técnicas da medicina comprovam que a vida se inicia a partir da fusão dos gametas feminino e masculino, com a conseqüente ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano (DINIZ, 2007, p. 291).

Segundo ela, a partir da concepção tudo são apenas transformações morfológicas, sem que haja alteração no código genético do ser humano já formado:

A partir daí - da concepção - tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepitível e, com isso, cada ser humano único. (DINIZ, 2007, p. 291)

1.2 OS DIREITOS DO NASCITURO NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL

A doutrina civilista pátria aponta 3 (três) teorias elaboradas com o fito de explicar os direitos do nascituro no Brasil. Nessa esteira, para o efeito do presente trabalho, serão utilizadas como base as obras de Luciano e Roberto Figueiredo (2012, p. 114) e

Sutter (2013, p. 123-124), a fim de apontar as principais características dessas teorias e os doutrinadores que as defendem.

Assim, segundo os referidos autores, as 3 (três) teorias são as seguintes:

a) Teoria Natalista: defende que o nascituro possui apenas expectativa de direito desde a concepção, de maneira que aquele já concebido, mas não nascido, não teria personalidade jurídica. São defensores desta teoria Vicente Ráo, Silvio Rodrigues, Eduardo Spínola e Arnaldo Wald.

b) Teoria da Personalidade Condicional: entende que o nascituro, ao ser concebido, já pode titularizar alguns direitos, em regra, de caráter extrapatrimonial. Seriam os nascituros dotados de personalidade formal. No entanto, a personalidade humana apenas retroagirá à data da concepção caso o nascituro nasça com vida (condição suspensiva), a partir do que a personalidade se completaria, passando o bebê a ser dotado de personalidade formal e material. Sustentam a tese Washington de Barros Monteiro e San Tiago Dantas.

c) Teoria Conceptionista: tem base no direito francês. Sustenta que a personalidade jurídica, tanto material quanto formal, é adquirida desde a concepção. Ou seja, o nascituro adquire direitos personalíssimos e patrimoniais desde o momento da concepção. Defendem essa tese Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua, Francisco Amaral, Silmara Chinelato e Maria Helena Diniz.

De acordo com Tavares (2011, p. 576), dentre as teorias sobre o início da vida acima explicadas, aquela adotada pela sistemática do Direito brasileiro foi a Teoria Conceptionista.

O autor baseia seu entendimento na leitura do art. 2º do Código Civil, e do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos transcritos:

Art. 2º (CC) A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. (grifos nossos)

Art. 7º (ECA) A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O autor cita, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica³, tratado internacional sobre direitos humanos que, segundo Cruz (2009), é classificado pelo entendimento majoritário do STF como diploma “supralegal”.

Referido tratado, em seu art. 4º, n.1, assim determina o direito à vida deve ser protegido, em geral, desde o momento da concepção, nos seguintes termos:

Art. 4º Direito à vida:

n. 1 Toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Dessa forma, Tavares (2011, p. 578) sustenta que, nos dispositivos supramencionados, “o desenvolvimento embrionário e etapa pré-embrionária da vida humana são bens jurídicos considerados relevantes para fins de receber a tutela jurídica”, embora o autor não admita tratar-se de vida propriamente dita, mas simplesmente “bens jurídicos” tutelados pelo direito à vida.

Também admitindo que a Teoria Concepcionista foi a adotada pelo Direito brasileiro, e citando os mesmos dispositivos supramencionados, é de se mencionar Fonteles (2004), Diniz (2007) e Sutter (2013).

³ O **Pacto de São José da Costa Rica**, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, datada de 22 de novembro de 1969, foi promulgado no Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992. Segundo entendimento majoritário do STF, a partir do julgamento Recursos Extraordinários 349703/RS e 466.343/SP, cujos acórdãos foram publicados em 5 de junho de 2009, o Pacto possui natureza de diploma supralegal, de nível hierárquico abaixo da Constituição mas acima das leis, derrogando os dispositivos em contrário constantes na legislação ordinária.

Sutter (2013, p. 123) cita, ainda, os artigos 542, 1779 e 1798 do Código Civil, que estabelecem, respectivamente, os seguintes direitos do nascituro: (1) direito de receber doação; (2) direito a curador em hipótese especial e (3) a legitimidade sucessória uma vez já concebido no momento da sucessão.

Assim, conclui o autor que seria inócuo se o legislador conferisse tantos direitos ao nascituro mas se lhe fosse negado o direito à vida, pressuposto para o exercício de qualquer direito, o que, aliás, na visão do autor, seria incompatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SUTTER, 2013, p. 123). Assim aduz:

Ora, do que adiantaria o legislador infraconstitucional conferir aos já concebidos tantos direitos, especialmente o direito sucessório, se lhes for negado o direito à vida, que antecede todo e qualquer outro direito? (...) ao meu sentir, fazendo-se uma interpretação do Código Civil à luz da Constituição da República, a qual, por sua vez, deve ser interpretada sempre à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (...) impõe-se reconhecer que no Brasil, ainda que de forma implícita, adota-se a teoria concepcionista. (SUTTER, 2013, p. 123)

Por fim, afirma Sutter que reconhecem e defendem a aplicação da Teoria Conceptionista outros doutrinadores civilistas, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Gustavo Tepedino Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. (SUTTER, 2013, p. 124)

Insta ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base na Teoria Conceptionista, vem admitindo a existência de dano moral ao nascituro, conforme se verifica através da decisão abaixo ementada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.

Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do

evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

[...]

Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido.

(Resp 931556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008, grifos nossos)

Do voto da Ministra relatora, citado por Luciano e Roberto Figueiredo (2012, p. 118) é possível se depreender a adoção da Teoria Concepcionista, vez que resta afirmado que nascituro pode ter um direito da personalidade violado, o que enseja a indenização por dano moral, conforme se lê de trecho do voto:

Maior do que a agonia de perder um pai é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.

Em sentido contrário, defendendo a Teoria Natalista e adstringindo-se ao disposto no *caput* do art. 2º do Código Civil, já transcrito, afirma Pereira (2009, p. 186-187) que a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento com vida, a partir da primeira troca oxcarbônica com o meio ambiente.

Dessa forma, segundo Pereira (2009, p. 186):

A personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois são os requisitos de sua caracterização: o nascimento e a vida. Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno (...) A vida do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxcarbônica com o meio ambiente.

1.3 O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Assim prescreve a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]

No presente tópico será analisada a interpretação conferida ao dispositivo transcrito pela doutrina constitucionalista, especificamente quanto ao início da titularidade do direito à vida.

1.3.1 O primado do direito à vida frente aos demais direitos

A doutrina constitucionalista, quase em sua unanimidade, leciona que o direito à vida é superior a todos os demais direitos. Nesse sentido, Moraes (2012, p. 34) admite ser ele o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.

Dessa forma, de nada adiantaria a Carta Magna assegurar o direito à liberdade, por exemplo, se não fosse garantido o direito à vida, porquanto, obviamente, é preciso estar vivo para se gozar de liberdade.

Corroborando esse entendimento, Mendes e Branco (2011, p. 287) afirmam que o direito à vida é maior do que qualquer outro interesse e justamente por isso foi proclamado como o primeiro de todos os cinco valores básicos contidos no art. 5º da CF portanto. Assim constroem sua argumentação:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (MENDES E BRANCO, 2011, p. 287)

E concluem: “trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais” (MENDES E BRANCO, 2011, p. 287)

Ainda adotando o mesmo entendimento, Silva (2010, p. 198) aduz que a vida “constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos”, defendendo que “de nada

adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais (...) se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

Para o autor, citando Robert (*apud* SILVA, 2010, p. 198), é nesse princípio, considerado uma das maiores conquistas da civilização e o primeiro princípio da moral médica, que repousa a condenação do aborto, do erro médico e da não-aceitação do suicídio

Deve-se mencionar ainda a posição doutrinária de Diniz (2007, p. 24), a qual, à luz da Constituição Federal e do Biodireito, explicita o “Princípio do Primado do Direito à Vida”, pelo qual, havendo conflito entre o direito à vida e qualquer outro direito, deverá prevalecer o primeiro, nos seguintes termos:

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.

Dessa forma, observa-se que a doutrina constitucionalista pátria considera o direito à vida superior aos demais direitos previstos no art. 5º da Carta Magna, por ser requisito para a exercício desses direitos.

Dessa forma, conforme mencionado por Diniz na transcrição acima, no caso de conflito entre o direito à vida e demais direitos, o primeiro deve prevalecer, por ser fonte primária e requisito para que os demais direitos sejam usufruídos.

Nesse sentido, para Mendes e Branco (2011, p. 295) mesmo que bens jurídicos relevantes se contraponham ao direito à vida, a solução há de ser a inexorável preservação da vida humana, ante a sua posição no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional.

Assim, de acordo com os autores, a ponderação entre o direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio, mediante compensações proporcionais, já que o resultado a de ser sempre a morte do ser contra quem se efetua a ponderação.

Nessa esteira, explicam os autores:

Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio de interesses é impossível de ser obtido. (MENDES E BRANCO, 2011, p. 295)

Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de ponderação entre o direito à vida intrauterina e outros valores, mormente a liberdade de escolha da mulher, Sarmiento (2007, p. 45) sustenta ser possível uma ponderação entre tal direito e os direitos da mulher à autonomia, privacidade e liberdade.

1.3.2 A titularidade do direito à vida – a (não) hierarquização entre as vidas extra e intrauterina

A expressão “direito à vida” vem sendo utilizada hoje, principalmente, em discussões como a da legalização do aborto e da eutanásia.

Nesse contexto, e estritamente relacionado ao tema do presente trabalho, devemos analisar a temática da titularidade do direito à vida, ou seja, quando se inicia a proteção ao bem jurídico “vida”.

Já explicitamos as diversas teorias adotadas pela ciência e pela doutrina civilista pátria sobre o início da vida biológica e sobre os direitos do nascituro, respectivamente.

Cumpre-nos, agora, trazer algumas posições defendidas pela doutrina constitucionalista, que é a que mais interessa ao presente trabalho, acerca do termo inicial de proteção do direito à vida, ou seja, de qual seria seu limite inicial.

Silva (2010, p. 203) ressalta terem ocorrido três tendências por ocasião da constituinte de 1988: uma assegurando o direito à vida desde a concepção, o que implicaria a proibição do aborto; outra defendia que a vida intrauterina seria de responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto; e a terceira entendia que a Carta Magna não deveria “entrar” na polêmica, nem vetando nem admitindo o aborto.

No entanto, após defender que essa última corrente foi a vencedora, o autor ressalva que a CF/88 parece ter inadmitido o aborto e admite já existir vida dentro do útero materno:

Mas esta (a corrente que defendia que a CF/88 não deveria entrar na polêmica sobre o início da vida) não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós parece que, no feto, já existe vida humana. (SILVA, 2010, p. 204)

Mendes e Branco (2011, p. 289) defendem que a vida preservada pelo constituinte há de ser toda a vida humana. Segundo eles, todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, pois onde há um ser humano, há vida.

E a partir de quando existiria um ser humano, condição para se existir a vida? Para os autores, citando renomados geneticistas, existe um novo ser humano a partir da concepção, da onde concluem que “o direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 292).

Tratando sobre a questão do nascituro, os autores (MENDES e BRANCO, 2011, p. 289-295) defendem o respeito à vida intrauterina, afirmando que existe, sim, vida desde a concepção, já que o produto da concepção possui um genoma diferente do pai e da mãe que o geraram, sendo, portanto, um ser individualizado, pertencente à espécie homo sapiens.

Dessa forma, para os autores, se os nascituros são seres humanos, são titulares do direito à vida (2011, p. 292).

Assim constroem sua argumentação acerca da existência de vida intrauterina:

O direito à vida não pressupões mais do que pertencer à espécie homo sapiens. Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo de sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 291-292)

E concluem os autores que a vida intrauterina merece tanta proteção quanto a extrauterina, afirmando que, exatamente por conta de sua essência humana, “o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por uma imposição do princípio da igual dignidade humana” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 292).

Moraes (2012, p. 35) adota o mesmo posicionamento, e ao se utilizar de idêntico argumento relacionado à genética, sustenta que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a intrauterina.

Ora, partindo-se da premissa de que o nascituro é ser humano, e como ser humano é titular do direito à vida, pelas razões acima expostas, não há de se afirmar que a vida extrauterina tenha maior valor que a vida intrauterina, sob pena de se ferir os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Nesse sentido, Mendes e Branco (2011, p. 290) argumentam que, por conta da proteção constitucional à vida intrauterina, não pode o legislador ordinário condicionar o direito à vida a determinada fase de desenvolvimento orgânico:

Não há que se condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. Tampouco cabe subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 290)

Ressalte-se que tal entendimento se coaduna com o princípio da Bioética denominado “Princípio da Não hierarquização da Vida”, pelo qual, segundo Sutter (2013, p. 35), toda vida goza de igual dignidade e merece a mesma proteção legal, nos seguintes termos:

(Pelo princípio da Não hierarquização da Vida) veda-se qualquer distinção entre pessoas humanas, de modo que inexistente vida que seja mais ou menos importante, independentemente de raça, sexo, cor, opinião política, crença religiosa, crença religiosa, convicção filosófica dentre outros; ou seja, toda vida é vida e goza de igual dignidade! (SUTTER, 2013, p. 35)

Corroborando tal entendimento, defendendo a impossibilidade de hierarquização entre as vidas intra e extrauterina frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, entende Sarlet (2011, p. 221) que:

[...] resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro.

No entanto, ao citar o julgamento da ADI nº 3510/DF (uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos fertilizados in vitro) o autor admite que, a despeito de divergência interna, a tendência do STF é a do reconhecimento de uma proteção diferenciada da vida na fase intrauterina e mesmo embrionária, em relação à vida do indivíduo já nascido (SARLET, 2011, p. 222).

A despeito dessa tendência jurisprudencial, Diniz (2007, p. 25) classifica o próprio “direito ao nascimento” como uma das hipóteses de incidência do direito à vida. Assim, rechaçando quaisquer discriminações entre a vida fora ou dentro do útero, questiona a autora: “A vida extrauterina teria um valor maior do que a intrauterina? Se não se levantasse a voz para a defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre direitos humanos desrespeitados?” (DINIZ, 2007, p. 25)

Assumindo posição oposta, ao sustentar haver uma gradual incidência do direito à vida à medida que o feto se desenvolve, Sarmiento (2006, p. 150) afirma que “a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação (...) sendo certo que tal fator deve ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto”.

Observa-se que mesmo os doutrinadores que defendem a legalização do aborto admitem a incidência do direito à vida sobre a vida intrauterina, hierarquizando-a, toda vida, abaixo da vida extrauterina.

1.3.3 A teoria da vida como um “processo vital”

Há doutrinadores, a exemplo de Garcia (2008) e Silva (2010), que adotam uma interessante interpretação a respeito do direito à vida: a partir do texto constitucional (art. 5º, *caput*), defendem que a vida se trata de um “processo” que se inicia com a fecundação e termina com a morte.

Para esses autores, não importa precisar o momento inicial da vida, porquanto tudo que interferir em prejuízo desse processo vital contrariará o direito à vida. (SILVA, 2010, p. 197)

Assim, defendem que, mesmo para os que não entendem haver vida desde a fecundação, é forçoso reconhecer que se verifica nela uma fase indispensável para o desenvolvimento do ser humano (GARCIA, 2008, p. 199).

Dessa forma, segundo a autora, a partir da fecundação, nada deverá interferir no processo vital que se instaurou, sob pena de ser violado o direito constitucional à vida, que, aliás, foi classificado como “inviolável” pelo próprio texto constitucional (GARCIA, 2008, p. 199)

Silva defende essa linha de pensamento da seguinte forma:

Sua riqueza significativa (do direito à vida) é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou com a germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2010, p. 197)

Para Garcia (2008, p. 195), a vida, juridicamente, é um processo que se inicia com o óvulo fecundado e termina com a morte.

Assim, ao final de um artigo que trata sobre a inviolabilidade constitucional do direito à vida, a autora chega a 5 (cinco) conclusões (GARCIA, 2008, p. 199):

(1) no momento em que houve fecundação, existe vida, isto é, existe a possibilidade do ser humano: homo in spem;

(2) a fecundação é fase indispensável para as fases seguintes, isto é, não haverá ser humano completo, apto a vir à luz, se não houver uma fase inicial da fecundação. Logo, não importa a especificação do momento em que se inicia a vida humana;

(3) existindo vida, está protegida pela Constituição (art. 5º, *caput*), inclusive em relação à sua portadora;

(4) como depositária, a mulher, enquanto durar essa condição, não será “dona” do próprio corpo;

(5) fiel depositária – na acepção civil, portanto responsável pela vida do ser então existente.

Deve-se registrar que, em seu voto na já mencionada ADI nº 3510/DF, o Ministro Eros Grau parece haver adotado essa teoria. É que, ao defender que a proteção ao direito à vida não alcança o embrião fora do útero, o ministro justificou que lá “o processo de desenvolvimento vital” já se encontra estagnado, podendo ser destruído, portanto (SARLET, 2011, p. 222).

1.4 A TUTELA PENAL À VIDA INTRAUTERINA – O DELITO DE ABORTO E O TERMO INICIAL DE SUA PROTEÇÃO

O Código Penal, em seus artigos 124, 125 e 126, também cuida de proteger a vida intrauterina, inserindo o crime de aborto dentro do Capítulo denominado “Dos Crimes contra a Vida”. São estas as figuras típicas:

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

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de

natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Segundo Mirabete (2010, p. 57) aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão.

São espécies do crime de aborto o autoaborto e consentimento no aborto (art. 124), o aborto sem consentimento da gestante (art. 125) e o aborto com o consentimento da gestante (art.126).

Em todos esses casos, a doutrina penalista é praticamente unânime em lecionar que o bem jurídico protegido é a vida intrauterina, sendo sujeito passivo o ser humano em formação (BITENCOURT, 2010, p. 159; GRECO, 2011, p. 228; MIRABETE, 2010, p. 58; NUCCI, 2012, p. 659; PRADO, 2012, p. 444).

Nesse sentido, afirma Greco (2011, p. 228):

O delito de aborto encontra-se no Capítulo I do Título I do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo com a sua própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento.

Mirabete (2010, p. 58), chega a utilizar-se da expressão “vida intrauterina”, ao defender que “tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intrauterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe (...)”.

Apenas no caso de aborto sem consentimento da gestante e na qualificadora por lesão corporal ou morte (arts. 125 e 127, respectivamente), protege-se também vida e a integridade corporal da mulher, de forma secundária (GRECO, 2011, p. 228; MIRABETE, 2010, p. 58; NUCCI, 2012, p. 659; PRADO, 2012, p. 444).

Acerca do termo inicial para a proteção penal ao direito à vida, diverge a doutrina sobre se esta se daria a partir da concepção ou a partir da nidação (implantação do zigoto no útero).

Greco (2011, p. 224), apesar de reconhecer que a vida se inicia na fecundação, estabelece que, para fins de proteção penal, a vida só terá relevância após a nidação, que ocorre catorze dias após a fecundação.

É a mesma posição sustentada por Fragoso (*apud* Greco, p. 115-116) e por Mirabete (2010, p. 58) que se utilizam de idêntico argumento: se no país é permitida a venda do DIU e da pílula do dia seguinte, cujo efeito é o de impedir a implantação do zigoto no útero, e o uso de tais dispositivos não é incriminado como aborto, conclui-se que a proteção penal não abarca o zigoto separado do útero, mas apenas após a sua nidação.

No entanto, tais autores também admitem que, no sentido biológico, a vida se inicia na fecundação, só recebendo proteção penal, todavia, após a nidação. Veja-se, como exemplo, o entendimento de Mirabete (2010, p. 58):

Segundo a doutrina, a vida intrauterina se inicia com a fecundação [...]. Já se tem apontado, porém, como início da gravidez, a implantação do óvulo no útero materno. Considerando que é permitida no País a venda do DIU e de pílulas anticoncepcionais cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa [...], forçoso é concluir-se que se deve aceitar a segunda posição, tendo em vista a lei penal.

Nucci (2012, p. 658) adota a tese de que a proteção penal ao direito à vida tem início a partir da nidação, pois conceitua o aborto como “a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.

Em sentido oposto, sustentando que a proteção penal à vida intrauterina tem início a partir da concepção, Bitencourt (2010, p. 160) aduz que “o direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase de formação da vida”.

Corroborando tal entendimento, Hungria⁴ (*apud* GRECO, p. 226), afirma que “qualquer que seja a fase da gravidez - desde a concepção até o início do parto, isto é, o rompimento da membrana amniótica - provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto”.

No presente trabalho, será adotada a corrente que defende ser a fecundação o marco inicial para a proteção penal ao direito à vida, já que também adota-se a tese exposta no tópico 1.3.3 para qual a vida se trata, na verdade, de um processo (“processo vital”), cuja primeira fase é a fecundação.

Dessa forma, posto que inserido no Capítulo “Dos Crimes contra a Vida”, a tutela penal tipificada no delito de aborto deverá abarcar todo o processo vital, desde a concepção até a morte.

Mesmo que não se considere que no momento da concepção há vida, é indiscutível que temos ali uma fase indispensável para a formação do ser humano, devendo ser ela tutelada pelo direito penal, até como ferramenta para assegurar a “inviolabilidade do direito à vida” prevista no texto constitucional.

Restringir o termo inicial da proteção penal à vida à etapa do processo vital denominada “nidação” é condicionar a dignidade da pessoa humana – também prevista na CF/88 - a um determinado estágio de desenvolvimento biológico, o que fere os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio bioético da não hierarquização da vida.

⁴ Nelson Hungria, aliás, foi um dos autores do Código Penal de 1940, ainda em vigor, daí a importância de ser estudada sua posição a respeito da proteção à vida conferida pelo Código.

2 ANÁLISE DO ARTIGO 128, II, DO CÓDIGO PENAL

O artigo 128 do Código Penal prescreve que não será punido o aborto praticado por médico nas seguintes hipóteses:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Será analisado no presente capítulo o inciso II supratranscrito – aborto no caso de gravidez mediante estupro - conhecido como a figura do aborto *sentimental, ético, humanitário* ou *piedoso*, especificamente no que pertine à sua natureza jurídica, à sua regulamentação e ao contexto histórico quando da sua positivação.

2.1 HISTÓRICO

Segundo Bruno (*apud* GRECO, 2011, p. 236), as razões de origem ética e moral que levaram algumas legislações a não punirem o dito aborto sentimental estão relacionadas às duas Guerras Mundiais, quando soldados inimigos praticavam atos de violência sexual em território estrangeiro, ocasionando inúmeras concepções indesejadas.

De acordo com o autor:

No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a consequência de numerosas concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular [...] Foi então legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência. (BRUNO *apud* GRECO, 2011, p. 236)

No Brasil, não havia previsão quanto ao aborto sentimental nos códigos penais anteriores ao atual, datado de 1940. Foi somente nesse Código, promulgado após a 1ª Guerra Mundial e no curso da 2ª, que o aborto sentimental foi positivado.

Assim, de acordo com Bruno (*apud* GRECO, 2011, p. 236), os crimes sexuais praticados no curso das duas Grandes Guerras realmente influenciou o legislador pátrio a não punir o aborto em caso de estupro.

Noutro ponto, Sutter (2013, p. 104-106) afirma que o aborto sentimental tem fundamento na Carta Política então vigente: a Constituição Federal de 1937 (CF/37).

É que, segundo o autor, tal Constituição foi decretada pelo então Presidente Getúlio Vargas, em um momento de graves problemas político-sociais que culminaram com a ascensão de um regime ditatorial, período conhecido historicamente como “Estado Novo”. Por isso, elaborada por um ditador em um momento de grandes revoltas populares, tal Carta Política relegou o direito à vida a segundo plano, não o mencionando em nenhum de seus artigos (SUTTER, 2013, p. 104).

Nesse ponto, merece transcrição o artigo 122 da CF/37, o “equivalente” hoje ao artigo 5º da CF/88, o qual estabelecia:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Assim, por não haver na Carta Política vigente à época qualquer proteção direito à vida, Sutter (2013, p. 105) conclui que o artigo 128 do Código Penal Brasileiro, estava em consonância com a CF/37, vez que em ambos o direito à vida é mitigado.

A título de exemplo, tal Constituição previa, inclusive, que o legislador poderia estabelecer a pena de morte em certas situações além dos casos de guerra declarada, como, por exemplo, nos casos de “tentar subverter a ordem política e social” (art. 122, § 13º, ‘e’). Isso demonstra, segundo Sutter (2013, p. 104), que o constituinte de 1937 não se preocupou com a proteção ao direito à vida.

Por fim, o autor destaca que as Constituições seguintes – as de 1946, 1967 e 1988 –, por outro lado, resguardaram de forma clara e inequívoca o direito à vida,

respectivamente, em seus artigos 141, *caput*, 150, *caput* e 5º, *caput* (SUTTER, 2013, p. 105).

Já no âmbito do direito comparado, verifica-se que, segundo dados do *site* Ciência e Cultura (2012), países como Romênia, Chipre, Grécia, Alemanha e Hungria não punem o aborto em caso de gravidez decorrente de estupro, independentemente da idade gestacional, enquanto Dinamarca, Finlândia, França, Espanha, Bélgica, Polônia, Portugal, Holanda e Itália condicionam tal impunidade a um limite de idade gestacional, que varia entre 90 dias e 28 semanas.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Ponto divergente na doutrina é a natureza jurídica do inciso II do artigo 128 do CP.

Ao discorrer sobre o dispositivo legal em comento, Hungria não evidencia sua natureza jurídica, embora afirme que “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida” (HUNGRIA *apud* GRECO, p. 237)

Marques (*apud* GRECO, p. 236) defende que se trata de causa de exclusão de ilicitude, na modalidade estado de necessidade. Para o autor, a gravidez no caso de estupro produziria dano insuportável para a mulher, não sendo razoável exigir-se o sacrifício de sua integridade psíquica ou de sua honra.

Nesse sentido, explica Marques:

Afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a *ratio essendi* da impunidade do fato típico. (MARQUES, *apud* GRECO, p. 236-237)

Nucci adota o mesmo entendimento, embora admita que a redação do dispositivo dê a impressão de que se trata de uma escusa absolutória (NUCCI, 2011, p. 662).

Já autores como Prado (2012, p. 447) e Greco (2011, p. 237-238) defendem que a não punição para o aborto sentimental é uma causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Para Greco, só seria possível falar em estado de necessidade caso houvesse um confronto de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico (GRECO, 2011, p. 237).

Segundo o autor, no inciso II do art. 128 do CP, porém, há dois bens de valores diversos em confronto: de um lado, a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro, a honra da mulher vítima de estupro ou a dor pela recordação dos momentos terríveis pelos quais passou (GRECO, 2011, p. 237-238).

Assim, dada a primazia do bem jurídico *vida* frente a todos os demais interesses, entende o autor não se tratar de estado de necessidade, pois, segundo ele, não é razoável no confronto entre a vida humana e a honra da gestante estuprada optar por este último bem (GRECO, p. 2011, p. 238).

No entanto, Greco conclui aduzindo que se trata de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, “não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável” (GRECO, 2011, p. 238).

Prado adota o mesmo entendimento, assim aduzindo:

O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento (PRADO, 2012, p. 447)

Uma terceira corrente entende que a figura do aborto sentimental é uma hipótese de escusa absolutória, tais como o são os artigos 181 e 348, §2º do CP.

Conceituando o instituto da escusa absolutória, Mirabete (2011, p. 331) ensina que ela incide quando a lei isenta de pena determinada conduta pelo fato de causar menor alarme social, denunciando menor periculosidade do agente. Nesses casos, segundo Campello (2009) há crime, mas a lei isenta o agente de pena, em razão, em geral, de razões de política criminal.

Filam-se à corrente que considera o aborto sentimental causa de escusa absolutória Cruz (2013), Campello (2009), Lemos (*apud* Cruz, 2013) e Diniz (2007), dentre outros. Tais autores justificam sua posição por meio da interpretação literal do artigo 128, *caput*, do CP, que afirma que “não se pune” o aborto nas hipóteses ali elencadas, ao invés de dizer “não há crime”, como faz o artigo 23 do CP em relação às excludentes de ilicitude (CAMPELLO, 2009, p. 7).

Assim, segundo Cruz (2013), o crime permanece, mas a lei deixa de aplicar a pena ao criminoso, à semelhança do que ocorre com o filho que furta dos pais (art. 181, CP) ou com a mãe que esconde seu filho delinquente da polícia (art. 348, § 2º, CP).

Nesse sentido, afirma Lemos:

Portanto, em nossa legislação penal, o *aborto é e continua crime*, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. Apenas [...] *não será punido penalmente*, por razões de política criminal. (LEMOS, 1995, *apud* CRUZ, 2013)

Por sua vez, Diniz afirma que a ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, para a autora, se um particular vier a fazer um abortamento em caso de gravidez mediante estupro, haverá crime, mas não será punido, pois “crime é uma coisa e pena, outra” (DINIZ, 2007, p. 51)

Os doutrinadores que se filiam a essa corrente defendem que, no Brasil, não existe o chamado “aborto legal”, pois todo aborto provocado é crime, apenas não sendo punido em certos casos por razões de política criminal, através da utilização do instituto da escusa absolutória prevista no artigo 128, *caput*, do CP (CRUZ, 2013).

Nesse sentido, Diniz ensina que “no Brasil, não existe a figura do aborto ‘legal’, ante o direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea. [...] É

indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito”. (DINIZ, 2007, p. 52)

Por fim, destaque-se que o texto original do Anteprojeto do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), troca a atual expressão “não se pune” por “não há crime”. Se efetivada for, tal alteração findará a discussão acerca da natureza jurídica do dispositivo, pois haverá uma autêntica exclusão de ilicitude, restando clara a inexistência de delito.

2.3 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL

O artigo 128, II, do CP é disciplinado pela Portaria nº 1.508, de 01/09/2005, do Ministério da Saúde (Portaria 1.508/2005-MS) que trata, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), do procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez na hipótese de aborto sentimental.

Tal Portaria se encontra transcrita no Anexo A do presente trabalho, merecendo alguns comentários acerca de seu conteúdo, especialmente por ir de encontro ao que ensina a doutrina penalista pátria, mesmo entre aqueles que defendem a constitucionalidade do artigo 128, II, do CP.

Primeiramente, verifica-se que o ato normativo em comento não exige nenhuma prova do crime de estupro para que o médico realize o aborto. Basta que sejam cumpridas 4 (quatro) etapas: (1) que a gestante declare ter sido vítima de tal crime (artigo 3º da Portaria); (2) que o médico emita parecer técnico quanto à compatibilidade entre a data da violência sexual relatada e a idade gestacional (artigo 4º); (3) que a gestante assine um termo de responsabilidade (art. 5º); e, por fim, que ela assine um termo de “Consentimento Livre e Esclarecido” (artigo 6º).

Não é exigida nenhuma prova formal acerca do crime de estupro, tais como autorização judicial, inquérito policial em curso, exame de corpo de delito, e nem sequer boletim de ocorrência. Dessa forma, mesmo que o médico não tenha elementos para constatar que houve o estupro, poderá praticar o aborto.

A segunda observação a ser feita é que não há um interstício mínimo entre a suposta prática de estupro e o pedido da gestante para a prática do aborto no SUS.

Assim, mesmo que o estupro tenha sido consumado há 8 (oito) meses, por exemplo, poderá a gestante pleitear no SUS a prática do aborto, já que não há impedimento legal ou infralegal.

A terceira e última observação é quanto ao limite de idade do feto para que seja realizado o aborto sentimental: o limite simplesmente não existe.

Assim, comprovando o médico que não será causando nenhum mal à saúde da gestante, poderá interromper uma gravidez que já se encontre até no 9º (nono) mês, eliminando a vida de um ser já completamente formado, com plenas possibilidades de viver fora do útero.

Após essas observações, destaque-se que o conteúdo do ato normativo em comento não está em consonância com o que leciona a doutrina penalista.

Greco, por exemplo, afirma que, para a prática do aborto sentimental, faz-se necessário que o cometimento de estupro tenha sido trazido de alguma forma ao conhecimento do Estado. Para o autor, portanto, a simples palavra da gestante, destituída de qualquer formalização - como um boletim de ocorrência - não pode ser levada em consideração (GRECO, 2011, p. 246).

Adotando o mesmo entendimento, Bitencourt aduz que “a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal” (BITENCOURT, 2010, p. 169).

No entender de Nucci, para a prática do aborto, “basta o registro de um boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico” (NUCCI, 2012, p. 663).

Nesse mesmo sentido, afirma Prado que são necessários elementos sérios de convicção, nos seguintes termos:

Para a realização do aborto pelo médico, não é preciso sentença condenatória e tampouco autorização judicial, bastando que a

intervenção se encontre calcada em elementos sérios de convicção (v.g., boletim de ocorrência). (PRADO, 2012, p. 447)

Todavia, de acordo com a Portaria 1.508/2005 – MS, conforme foi mencionado, é desnecessária qualquer prova da prática do estupro, bastando a palavra da gestante e um parecer favorável do médico.

Campello critica a norma infralegal, por não prever sequer uma investigação preliminar acerca da prática do estupro. Segundo o autor:

A alegação de estupro é, aliás, a grande porteira por onde escapam todos os abortadores profissionais. Basta alegar que a gestante informou ter sido vítima de estupro, para que eles impunemente o pratiquem, uma vez que, erradamente, na prática, por má interpretação da lei, não se exige sequer uma investigação preliminar e muito menos judicial. (CAMPELLO, 2009, p. 20)

Conclui afirmando que, quando se descobre a falsidade da alegação da gestante, a criança inocente já está morta, tendo sido assassinada com o aval das autoridades que deveriam protegê-la. (CAMPELLO, 2009, p. 20)

Por fim, destaque-se o posicionamento de Greco, para quem não é incomum que a gestante alegue falsamente a prática de violência sexual nas hipóteses em que engravida de algum parceiro ou namorado, querendo se justificar com seus pais (GRECO, 2011, p. 246).

Nesses casos, segundo o autor, quando a gestante se utiliza da alegação de estupro para acobertar deslizes voluntários, terá que responder pelo crime de aborto, devendo ser aplicada ao médico a causa de exclusão de culpabilidade correspondente ao erro de proibição indireto (GRECO, 2011, p. 247).

3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 128, II, DO CP

Ao comentar a decisão do STF pela permissão de aborto de anencéfalos, na já comentada ADPF nº 54, a qual teve como argumento principal a defesa de que o feto não dotado de cérebro não seria vida, Streck (2012) traz à tona um tabu na comunidade jurídica.

Para ele, se o feto anencéfalo não é vida, segundo o Supremo, *a contrario sensu*, o feto “normal” é, sim, vida. Então, “se feto é vida e a vida é protegida, como é possível que o Código admita – como já vem fazendo há mais de 70 anos – que se “mate” um feto normal, nos casos de estupro?” (STRECK, 2012)

Trata-se indubitavelmente de uma situação carregada de emocionalismo, na qual o sentimento de repulsa da gestante ao filho de seu estuprador é colocado pela legislação penal acima do direito à vida do nascituro (DINIZ, 2007, p. 56-57).

Assim, no presente capítulo, será dado um enfoque constitucional a tal discussão, na tentativa de verificar se o artigo 128, II, do Código Penal estaria tacitamente revogado pela CF/88, principalmente em virtude de a Carta Magna ter conferido o caráter de inviolabilidade ao direito à vida.

3.1 ENTENDIMENTO PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Serão analisados nesse tópico os argumentos favoráveis à inconstitucionalidade do aborto *sentimental*, em virtude de sua tácita revogação pelos seguintes dispositivos da CF/88: Art. 5º, *caput*, (inviolabilidade do direito à vida) e art. 5º, incisos III (vedação à tortura), XLV (intransferibilidade da pena), XLVII, ‘a’ (vedação à pena de morte), LIV (garantia do devido processo legal) e LV (garantia do contraditório e da ampla defesa).

Também serão abordadas soluções apresentadas pela doutrina como alternativas à não punibilidade do aborto em caso de gravidez mediante estupro.

3.1.1 Desrespeito ao “inviolável” Direito à Vida (Art. 5º, *caput*, da CF/88)

Conforme já mencionado por diversas vezes no presente trabalho, o artigo 5º, *caput*, da CF/88 assegura a inviolabilidade do direito à vida.

Segundo Garcia, o termo “inviolabilidade” significa integralidade, e “vida”, o estado de atividade funcional, a existência, do que a autora extrai a definição da inviolabilidade da vida como sendo a “*integralidade existencial*, sem cortes, partes, segmentações: vida ou não vida”. (GARCIA, 2008, p. 193)

Como consequência dessa integralidade do direito à vida, imposta pela Carta Magna, Mendes e Branco aduzem que a legislação ordinária que não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito à vida estará eivada de inconstitucionalidade, já que o direito à vida não pode ter seu núcleo essencial apequenado. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 290)

Assim, de acordo com os autores, mesmo que bens juridicamente relevantes contraponham-se à continuidade da gravidez, a solução deverá ser a preservação da vida humana, em virtude de sua posição no ápice dos valores protegidos pela CF/88. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 295)

Nesse sentido, Maia Neto e Soni apenas admitem o aborto no caso de a vida da gestante estar em risco (art. 128, I, do CP), por uma questão de choque na proteção de dois bens jurídicos de igual valor: a vida do feto e a da mãe, caracterizando-se o estado de necessidade. (MAIA NETO e SONI, 2012, p. 45)

Esse também é o posicionamento de Nascimento, para quem “o aborto somente se justifica nos termos do art. 128, I, do CP” (NASCIMENTO, 2000, p. 152)

Noutro giro, especificamente no que tange à gravidez mediante estupro, Diniz argumenta que, justamente por ser o estupro terrível e muito doloroso, não se pode

simplesmente apagá-lo da memória da vítima com uma “outra violência não menos atroz, que é a destruição da vida de um ser humano inocente”. (DINIZ, 2007, p. 58)

Assim, segundo a autora, o aborto seria um erro para tentar corrigir outro, devendo-se, com base no art. 5º da CF/88, ser tutelada a vida desse inocente e indefeso ser humano, o qual não teve culpa pelo modo violento com que foi concebido. (DINIZ, 2007, p. 58)

E conclui, afirmando que nenhum princípio de liberdade individual pode ser maior que do que o direito à vida de um inocente, indefeso, frágil e pequenino ser humano, assegurado constitucionalmente. (DINIZ, 2007, p. 75)

Já Spolidoro se utiliza de interessante argumento para rejeitar a não punibilidade do aborto sentimental. Com uma certa ironia, o autor afirma que, se é odiosa a manutenção do feto no ventre da mulher estuprada, não menos execrável é a manutenção dos criminosos em prisões, com a diferença de que o feto é morto, enquanto os criminosos são soltos tão logo assim o permita a legislação penal. (SPOLIDORO, 1997, p. 143)

Dessa forma, o autor critica o legislador por ter classificado o concebido do estupro como menos desejado do que criminosos, como o próprio estuprador, o estelionatário, e o ladrão, por exemplo, que serão mantidos em prisões e depois retornarão ao seio da sociedade, enquanto o feto pode ter o “inviolável” direito à vida desrespeitado, conforme aduz:

A diferença imposta pelo legislador entre essa modalidade de aborto e os demais delitos que afligem toda uma sociedade repousa num sentimento. Será o concebido do estupro menos desejado que aquele que é homicida [...], que rouba ou que furta os cidadãos produtivos da nação? Afligir os sentimentos da mulher, no seu mais estimado valor [...] é mais relevante que as aflições do sentimento da macro-sociedade, que além do sentimento tem contra si a insegurança e a impunidade? (SPOLIDORO, 1997, p. 143)

Nunes Júnior também defende a inconstitucionalidade do aborto sentimental frente à inviolabilidade do direito à vida, sustentando a absoluta impossibilidade de ser

legitimado o aborto, por ser ofensa à cláusula pétrea do art. 5º da CF/88 (NUNES JÚNIOR *apud* NUCCI, p. 662)

Já Campello argumenta que o estupro é um dos atos mais vis que um homem pode praticar, mas não tão vil nem tão covarde quanto a morte de um feto inocente (CAMPELLO, 2009, p.18). Segundo ele, a escusa legal inverte os valores, ao arrepio do art. 5º, *caput*, da CF/88, ao não punir a prática de um crime contra a vida a pretexto de reparar, de modo fictício, as consequências, por si irreparáveis, de um crime contra a liberdade sexual, “pois a vida é a fonte e a base de todos os direitos” (CAMPELLO, 2009, p. 18)

Concluindo, o autor aduz que a consequência dessa orientação seria o retorno à vingança privada, nos seguintes termos:

Não é com um crime que se corrige outro crime. A consequência lógica dessa orientação seria admitir-se como impunível todo homicídio praticado para vingar outro. Voltaríamos, assim, ao período da vingança privada! (CAMPELLO, 2009, p. 19)

3.1.2 Violação à vedação da tortura (art. 5º, III, da CF/88)

Assim dispõe o inciso III do art. 5º da CF/88, dispositivo que veda a prática da tortura:

Art. 5º [...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Diniz, citando cenas do filme “O grito silencioso”⁵, afirma que o feto sente dor, medo e tem apego pela vida. Segundo ela, relatando cenas do filme, o feto percebe a

⁵ **The Silent Scream** (em português: *O grito silencioso*) é um documentário estadunidense de 1984 dirigido por Bernard Nathanson, um dos maiores ex-abortistas do mundo. O filme detalha os processos do aborto no feto através de um aparelho de ultrassonografia, mostrando detalhadamente como o feto parece sofrer de dor e desconforto durante a operação. O filme se tornou uma ferramenta popular na campanha pró-vida, e foi exibido até mesmo na Casa Branca durante o governo de Ronald Reagan. (ASSOCIAÇÃO DIVINA PROVIDÊNCIA, 2013)

ameaça à sua vida quando da realização do aborto, “perdendo a tranquilidade ao perceber o instrumento à procura da bolsa amniótica, tendo seu coração acelerado e tentando nervosamente mudar de local para escapar”. (DINIZ, 2007, p. 72)

Prossegue a autora descrevendo a luta do feto por sua vida, nos seguintes termos:

Quando o instrumento o alcança, encolhe seu corpo até o limite superior do útero, e sua boca abre em agonia, como para pedir auxílio, de modo que o instrumento vai retirando pedaços de um ser humano aterrorizado, arrancando-lhe primeiro as pernas, depois os intestinos, fazendo-o lutar violentamente com os braços até que sua cabeça caia. (DINIZ, 2007, p. 72, grifos nossos)

O feto descrito pela autora tinha apenas 12 (doze) semanas, tempo máximo permitido por várias legislações para a “interrupção voluntária da gravidez” (IVG). Considerando que, no Brasil, nem a lei penal nem a norma infralegal (Portaria 1.508/2005-MS) estipulam uma idade máxima do feto para que seja autorizado o aborto sentimental, não estaria sendo permitida a prática da tortura, diante da horrível morte experimentada pelo feto? (DINIZ, 2007, p. 73)

A autora defende que sim, afirmando que “o objeto do aborto não é o nada, nem uma coisa; é uma vida humana concreta, existente desde a concepção”. (DINIZ, 2007, p. 73)

3.1.3 Violação ao Princípio da Intranscedência da Pena (art. 5º, XLV, da CF/88)

A Constituição Federal veda que a pena passe da pessoa do condenado, consagrando, assim, o Princípio da Intranscedência da Pena, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]

Parte da doutrina considera que o art. 128, II, do CP viola tal princípio. Nesse sentido afirma Sutter que ao se legitimar o aborto nessa hipótese se está estendendo a pena do violador do art. 213 do CP (estupro) a um ser que nada fez e que, nesse caso,

seria condenado à morte, enquanto o estuprador seria condenado a, no máximo, 30 (trinta) anos de reclusão. (SUTTER, 2013, p. 121)

Spolidoro explica que o agente ativo do estupro é o estuprador; o sujeito passivo, a mulher violentada; o objeto jurídico do delito, a liberdade sexual da mulher. Dessa forma, o feto não é nada nesse fluxo de atos e nem sequer atua na prática do delito, não podendo ser punido, sob pena de ser violado o Princípio da Intransferibilidade da Pena. (SPOLIDORO, 1997, p. 145)

Portanto, não se pode admitir que o ódio pelo estuprador se estenda a uma criatura inocente, que sobreveio a essa violência, submetendo-a a um brutal sacrifício (DINIZ, 2007, p. 57)

É esse o entendimento de Diniz:

[...] o nascituro, um pequenino ser humano inocente e indefeso, não é nem poderia ser um agressor. O que ele tem que ver com o fato de ter sido concebido por um ato de violência de seu pai? [...] Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico violento sofrido pela vítima? (DINIZ, 2007, p. 57)

Portanto, para tal parcela da doutrina, se ninguém pode ser punido por delito alheio, se a pena é pessoal, não pode o feto sofrer a “pena de morte” por um crime cometido por seu pai, o que estaria sendo legitimado pela não punição ao aborto sentimental.

3.1.4 Violação à vedação à pena de morte (art. 5º, XLVII, ‘a’, da CF/88)

Como corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Carta Magna veda a aplicação da pena de morte, salvo no caso de guerra declarada:

Art. 5º [...]

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada [...]

O constituinte prevê apenas um caso em que o comportamento de um ser humano pode conduzir à supressão de sua vida pelo Estado. Assim, segundo Mendes

e Branco, “a excepcionalidade da hipótese obrigou o constituinte a excepciona-la expressamente, de onde se segue que, afora essa situação, nenhuma outra dá entrada à ação do Estado contra vida”. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 290)

Dessa forma, segundo Sutter, está vedada a morte do feto no caso do aborto sentimental, porque penalizar um ser indefeso e inocente com a morte seria legitimar o mais brutal dos crimes que se pode cometer. (SUTTER, 2013, p. 121)

Nesse mesmo sentido, Campello afirma que se a CF/88 proíbe a pena de morte até para “os mais empedernidos criminosos”, não se pode admitir a aplicação de tal pena a um ser que não tenha cometido delito algum. (CAMPELLO, 2009, p. 32)

Spolidoro vai além, ao aduzir que a pena de morte a que é submetido o produto da concepção, aplicada por um juízo de exceção, alicerçado pelo consentimento da ofendida, transforma a pena, que é intransferível e adstrita à pessoa do criminoso, num “rudimentar método de aliviar os sentimentos do ofendido” (SPOLIDORO, 1997, p. 145)

Assim, o autor considera temerária a não punição do aborto sentimental, pois, segundo ele se semelhante ideologia for aplicada a outros crimes, uma situação caótica seria instalada na sociedade, conforme se lê:

Imaginem-se os absurdos que se teriam instalados numa sociedade se todo sentimento ofendido (pelo homicida, latrocida, etc...), com o assentimento do sujeito passivo [...] por intermédio de um juízo de exceção, fizesse vingar a aplicação de uma pena de morte a todos aqueles que são indesejáveis a uma sociedade saudável?... (SPOLIDORO, 1997, p. 146)

Portanto, verifica-se que parcela da doutrina considera que o fato de o aborto sentimental não ser punido pela legislação ordinária contraria a CF/88, tendo em vista que seria uma forma velada de ser aplicada a pena de morte fora da exceção constitucional.

3.1.5 Violação às garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF/88)

A Carta Política estabelece como garantias aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa e da Vedação ao Juízo ou Tribunal de Exceção, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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;

Spolidoro (1997) considera o art. 128, II, do CP, nos moldes como está descrito no Código Penal, como atentatório a tais princípios.

O autor observa que o dispositivo não prevê qualquer meio de defesa processual ao nascituro, tendo este a mãe como magistrada – que decidirá pela aplicação ou não da pena de morte - e o médico como carrasco - executor da pena - constituindo-se verdadeiro juízo de exceção, no qual o nascituro não possui defesa técnica. (SPOLIDORO, 1997, 147)

De acordo com o autor, portanto, se para o CP o nascituro é vida – já que o aborto está inserido no capítulo “Dos Crimes contra a Vida” – a ele deveria ser nomeado defensor nos casos de gravidez mediante estupro, a fim de requerer em juízo a tutela do Estado no sentido da manutenção de sua vida, “impossibilitando seja-lhe aplicada a pena de morte, sumariamente, cujo veredito é proferido por um juízo de exceção, sem o devido processo legal” (SPOLIDORO, 1997, p. 148)

Assim, se até para os estupradores é nomeado defensor, a fim de garantir-lhes a ampla defesa em sede de processo penal em que o Estado pretende puni-lo com pena privativa de liberdade, com maior razão deve ser conferido defensor ao nascituro – que,

aliás, nada fez – e que está sendo ameaçado com a pena de morte nos casos de gravidez mediante estupro.

Por isso, aduz Spolidoro, conquanto o Direito Penal considere o nascituro como vida, promove o seu banimento sem maiores considerações, ao arrepio dos direitos à ampla defesa e ao devido processo legal, assegurados constitucionalmente. (SPOLIDORO, 1997, p. 146)

Nesse sentido, Diniz enfoca a visão do feto ao ser punido com a pena de morte sem ter qualquer direito de defesa judicial, da seguinte forma:

Se o feto pudesse falar, perguntaria: por que não tenho direito de nascer? Se fosse condenado à morte diria ao magistrado: por que não posso viver? Sem qualquer defesa, não tem chance alguma de recorrer, seu destino será a morte. (DINIZ, 2007, p. 27)

Portanto, de acordo com os doutrinadores mencionados, no caso do aborto sentimental, deveria ser nomeado um defensor ao feto, a fim de que, como vida intrauterina protegida pela ordem constitucional e pela legislação penal, pudesse ser exercido o seu direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, vedando-se o juízo de exceção que é instaurado.

Em contrapartida, o que vem ocorrendo hoje, segundo Spolidoro, é a aplicação sumária de pena de morte, decidida pelo médico e pela gestante – juízo de exceção – sem qualquer chance de defesa judicial ao feto (SPOLIDORO, 1997, p. 145)

3.1.6 Soluções apontadas pela doutrina como alternativas à não punibilidade do aborto sentimental

Os doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do aborto sentimental propõem alternativas à sua não punibilidade, por argumentarem que a solução dada pelo CP fere os princípios da CF/88.

Assim, no lugar de não ser punido, o aborto sentimental deveria, sim, ser penalizado. Todavia, como forma de prevenção a tal delito, o Estado garantiria à mulher

estuprada e à criança fruto do estupro uma série de medidas protetivas, visando desestimular a prática do aborto.

Nesse sentido, Nascimento afirma que não é legítima a decisão da gestante de eliminar uma vida em formação sob a justificativa de ter sido essa vida resultado de uma violência sexual. Dessa forma, a melhor solução para o impasse entre o sentimento da mulher ofendida e o direito à vida do nascituro seria o Estado assumir a criação de quem nenhuma culpa teve de ser assim gerado. (NASCIMENTO, 2000, p. 151)

Do contrário, segundo o autor, “seria o caso, por exemplo, de se considerar igualmente lícito o aborto para evitar filhos portadores de doenças hereditárias ou congênitas”. (NASCIMENTO, 2000, p. 151)

Por sua vez, Spolidoro defende que a decisão sobre a prática ou não do aborto em caso de gravidez mediante estupro deveria ser prolatada pelo juiz, mediante devido processo legal onde fosse nomeado advogado para defender os direitos do nascituro. (SPOLIDORO, 1997, p. 146)

Assim, o autor afirma que o defensor do nascituro deveria zelar para que ele tivesse sua formação devidamente cumprida, devendo convencer o juiz a determinar que gestante prossiga na gestação até seu termo final. Após o nascimento com vida, segundo o autor, deveria a criança ser encaminhada para a adoção, permanecendo sob a tutela do Estado até que isso ocorra. (SPOLIDORO, 1997, p. 146-147)

Já Diniz defende basicamente 3 (três) medidas alternativas à isenção da pena conferida ao aborto sentimental:

(I) estabelecimento de programas de prevenção contra estupro, esclarecendo qual o melhor modo de agir diante da violência sexual e estimulando a preservação da vida caso ela aconteça; (DINIZ, 2007, p. 109)

(II) internação de crianças rejeitadas ou órfãs em estabelecimentos públicos ou particulares, altamente categorizados, que se propõem a zelar por elas. Segundo a autora, “se permitido fosse o aborto, destruídos estariam muitos bebês que, ao tempo do nascimento, poderiam ser amados”. Se não o forem, porém, deverão ser entregues a serviços de assistência social; (DINIZ, 2007, p. 107)

(III) “elaboração de um Código de Proteção e Defesa dos Direitos do Embrião e do Nascituro, contendo severas punições a quem os violar”. (DINIZ, 2007, p. 108)

Sobre uma legislação específica para a proteção do nascituro, Sutter menciona que tramita perante a nossa Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 489/2007, também denominado “Estatuto do Nascituro”. (SUTTER, 2013, p. 121)

Pelo projeto original, o Estatuto revogaria o art. 128, II, do CP, consignando em seus artigos 12 e 13 o seguinte:

Art. 12 É vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores.

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

Dessa forma, se por um lado o aborto em caso de gravidez mediante estupro deixaria de ser isento de pena, o Estado garantiria à gestante direito prioritário à

assistência médica e psicológica, bem como prioridade no encaminhamento da criança à adoção, caso a mãe não queira assumi-lo após o nascimento.

Ademais, de acordo com o Projeto de Lei, caso não seja identificado o estuprador ou se ele for insolvente, caberia ao Estado a prestação de pensão alimentícia à criança, até que atinja a maioridade. Se identificado e solvente o criminoso, sobre ele recairia a obrigação alimentícia.

Sutter elogia o teor do Estatuto, afirmando que a aprovação de seus dispositivos será “de suma importância na defesa da vida do nascituro concebido em ato de violência sexual, sobretudo por, a contrário senso, legal e expressamente punir o aborto em tais casos”. (SUTTER, 2013, p. 122)

No entanto, foi aprovado em 19 de maio de 2010 substitutivo pelo qual ficariam inseridas as seguintes palavras ao final do art. 13 do Estatuto: “ressalvados (sic) o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro”. (CRUZ, 2013)

Assim, pela atual redação do Estatuto do Nascituro, as medidas que visam a inibir a prática do aborto sentimental, previstas no texto original, ficam mantidas, mas tal delito permanece isento de pena, cabendo à gestante aderir às medidas governamentais protetivas ou optar pelo aborto.

Cruz considera o substitutivo um “deplorável enxerto”, pois, segundo ele, acaba por desnaturar a ideia do texto original, que era o de alterar o Código Penal no sentido de tornar punível o aborto sentimental. (CRUZ, 2013)

Por fim, destaque-se que o texto original do Anteprojeto do novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), mantém a não punibilidade para o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, apenas trocando a expressão “não se pune” pela expressão “não há crime”.

Ressalte-se que a redação original do Anteprojeto previa que também não haveria crime para o aborto praticado até a 12ª semana de gestação nos casos em que

a gestante não tivesse condições psicológicas de seguir adiante com a gravidez. É esse o posicionamento adotado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), segundo Acayaba (2013), consubstanciado em parecer enviado ao Congresso Nacional em março de 2013.

A fim de ser analisada a gravidade de tal posicionamento, por sua relativização do direito à vida, o apêndice A do presente trabalho traz duas fotos: 1 (uma) em que aparece um saudável feto de 12 (doze) semanas; e outra em que é apresentado um feto de mesma idade abortado.

3.2 ENTENDIMENTO PELA CONSTITUCIONALIDADE

Antes de iniciar esse tópico, convém esclarecer que não foram trazidos tantos argumentos a favor da constitucionalidade do art. 128, II, do CP quanto argumentos contra em virtude de o tema ser considerado um tabu na comunidade jurídica, conforme apontado por Streck (2012).

Convencionou-se não discutir a constitucionalidade de tal dispositivo, sendo ele aceito com bastante naturalidade no meio acadêmico. Assim, os que ousam tratar da constitucionalidade do dispositivo são aqueles justamente que lhe são contrários, razão pela qual são encontrados na doutrina mais argumentos contrários à sua constitucionalidade.

Não porque seja a posição majoritária na doutrina. Pelo contrário. Mas, sim, porque a maior parte dos doutrinadores nem chega a abordar a compatibilidade entre tal dispositivo e a CF/88, por considerá-la tão clara que nem mereça ser comentada.

Feita tal consideração, passa-se a analisar alguns argumentos favoráveis à constitucionalidade do art. 128, II, do CP.

Nascimento bem resume tais argumentos. Segundo o autor, para os que adotam tal entendimento:

[...] seria injusto impor à gestante, se assim não desejasse, a obrigação de carregar o peso de uma gravidez resultante de violência. Ademias, o convívio com o filho concebido em tais circunstâncias poderia representar um estigma com sérias repercussões psíquicas, morais, familiares e sociais. (NASCIMENTO, 2000, p. 151)

Assim, haveria uma indicação ética ou emocional na figura do aborto sentimental, justificando-se a isenção de pena conferida “dada a aversão que se pode desenvolver na gestante ao fruto da violência, gerado sem amor, e que se tornará imagem viva da ofensa e humilhação de que foi vítima”. (BRUNO *apud* SPOLIDORO, p. 142)

Nesse sentido, Nucci aduz que isentar de pena o aborto sentimental é uma forma de garantir a dignidade da vida da mulher, que estaria violada caso ela fosse obrigada a carregar em seu ventre o fruto de uma brutalidade sexual. (NUCCI, 2012, p. 662)

O autor sustenta que “é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante”, em consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da CF/88. (NUCCI, 2012, p. 662)

Nesse sentido, Prado admite que a vida do nascituro é um bem jurídico digno de proteção penal, mas defende que, “quando há um conflito entre a vida do embrião ou do feto e determinados interesses da mãe, aquela deve ceder em favor destes últimos”. Segundo o autor, uma dessas situações é o caso do aborto sentimental, em que a liberdade da mulher deve se sobrepôr à vida do nascituro. (PRADO, 2012, p. 446)

Por sua vez, Silva argumenta que a questão do aborto deve ser decidida não em sede constitucional, mas pela legislação ordinária, especialmente a penal. (SILVA, 2010, p. 203)

Assim, apesar de admitir a existência de vida no feto, o autor sustenta que “há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar” (SILVA, 2010, p. 203)

CONCLUSÃO

Como demonstrado, a comunidade jurídica vem aceitando com naturalidade a isenção de pena para o aborto praticado em caso de gravidez resultante de estupro – artigo 128, II, do CP – conhecido como aborto *sentimental*.

Essa escusa foi positivada sob a égide da Constituição Federal de 1937, de cunho ditatorial, a qual nem sequer mencionava a proteção ao direito à vida. Pelo contrário, a CF/37 o mitigava, prevendo a pena de morte como espécie de pena independentemente do estado de guerra declarada.

Ocorre que, tendo por base a proteção conferida pela CF/88 ao direito à vida, classificado como “inviolável” – artigo 5º, *caput* - se entende que o artigo 128, II, do CP não foi recepcionado pelo atual ordenamento constitucional, já que o direito à vida, fundamento de todo e qualquer direito, não pode ser relativizado frente ao sofrimento da mulher vítima de estupro.

Verificou-se que a doutrina constitucionalista defende a primazia do direito à vida frente aos demais, já que o indivíduo não pode exercer quaisquer direitos se antes não tiver vida.

Em seguida, buscando aferir o termo inicial da vida, observou-se que renomados pesquisadores do campo da Biologia Genética defendem que ela se inicia com a concepção, porquanto a partir desse momento surge um ser com carga genética distinta do pai e da mãe, um ser novo, pertencente à espécie *homo sapiens*.

Também verificou-se que o Pacto de São José da Costa Rica, bem como a legislação civilista pátria, protegem o direito à vida intrauterina, desde a concepção, havendo entendimento perante o STJ de que o feto faz jus, inclusive, à indenização por danos morais.

O próprio CP, expressamente, reconhece a existência da vida intrauterina, porquanto inseriu o delito de aborto no capítulo intitulado “Dos Crimes Contra a Vida”.

Assim, com arrimo nas ciências biológicas, na legislação pátria e na jurisprudência, chega-se à conclusão de que a proteção constitucional abrange a vida intrauterina, o que é admitido inclusive pelos que defendem o aborto livre.

Constatou-se, ademais, que tal entendimento está em consonância com o Princípio da Não-hierarquização da Vida, inserido na Bioética, pelo qual nenhuma vida é mais importante do que outra, não podendo sofrer discriminação em razão de sua fase de desenvolvimento biológico.

Aliás, para fins de definir o âmbito da proteção constitucional à vida, é prescindível definir biologicamente o seu marco inicial. É que, pela analisada Teoria do Processo Vital, a vida é considerada um processo, um conjunto concatenado de etapas, no qual a fecundação é etapa indispensável para as etapas seguintes - nidação, formação dos órgãos, nascimento, entre outras.

Dessa forma, qualquer ato atentatório à fluidez desse processo incessante chamado *vida*, que tem a fecundação como fase necessária, será contrário ao direito à vida, violando o preceito constitucional.

Assim, partindo-se das seguintes premissas: (1) o direito à vida protegido pela CF/88 abrange a vida intrauterina; e (2) a vida está no ápice dos valores protegidos pela Carta Magna, sendo considerada por ela como *inviolável* e tendo primazia frente aos demais direitos, conclui-se que a vida deve ser protegida mesmo em face dos mais compreensíveis sentimentos da mulher, e ainda que derivem de uma brutalidade sexual.

Portanto, está eivado de inconstitucionalidade material o artigo 128, II, do CP, por relativizar o direito à vida de um ser inocente, estando fora da taxativa exceção constitucional para os casos de guerra declarada e também fora dos casos de exclusão de ilicitude previstas no CP, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade.

A inconstitucionalidade atinge a regulamentação infralegal do dispositivo: a Portaria 1.508/2005 – MS, transcrita no Apêndice 1. Tal norma permite ao médico da

rede pública praticar o aborto baseado, simplesmente, na palavra da gestante, não exigindo quaisquer provas da prática do estupro, tais como um boletim de ocorrência.

Também não é exigida uma idade limite para o nascituro ser abortado, podendo, em tese, ser interrompida a gestação de um feto de 9 (nove) meses – cuja morte será financiada pelo dinheiro público e com o beneplácito das autoridades públicas.

Assim, constata-se nas normas legal e infralegal um alto grau de desrespeito ao direito à vida.

Além disso, o artigo 128, II, do CP, conforme demonstrado, também viola outros princípios da CF/88, tais como (a) a Vedação à Tortura – vide Apêndice 2 do presente trabalho, já que imagens falam mais que palavras; (b) as Garantias do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa – porquanto o feto é assassinado sem direito a um processo judicial em que possua defensor; e (c) a Intransferibilidade da Pena – vez que o nascituro é punido por um delito cometido por seu pai.

O estupro é, sem dúvida, um dos piores crimes que se pode cometer, ato execrável e cruel, que fere a integridade física e a liberdade sexual da mulher, traumatizando-a pelo resto de sua vida.

Mas a consequência que muitas vezes advém do delito – o nascituro, um ser humano inocente e indefeso – não deve ser punido com a pena de morte em razão de um crime cometido por seu pai.

Portanto, o seu direito à vida e a sua própria vida, protegidos pela CF/88, não podem ser destruídos com base no sentimento de raiva e tristeza da mulher, por mais compreensível que o seja, sob pena de estar-se retornado aos tempos da vingança privada, o que seria um patente retrocesso.

Se o Estado falhou ao proteger a mulher do estuprador, cabe a ele oferecer soluções para uma das consequências do crime – o nascituro – e a solução atualmente dada - isentando de pena a mulher que cometer o aborto em tal hipótese - é inconstitucional, por mitigar o direito à vida, conforme demonstrado.

Nesse sentido, além de adotar medidas na área da Segurança Pública visando prevenir a prática do estupro, deve o Estado oferecer total apoio à mulher que engravidar em decorrência de tal delito.

Esse apoio não deve passar pela isenção de pena para o caso de aborto, o que flagrantemente desrespeita o direito à vida, mas sim por medidas que resguardem simultaneamente a dignidade da mulher e o direito à vida do nascituro. Assim, deve ser concedido apoio médico, psicológico e financeiro à gestante, a fim de que ela possa levar adiante sua gravidez de maneira digna.

Por outro lado, caso a mãe, após o nascimento, opte por não criar o bebê, deverá lhe ser dado encaminhamento prioritário à adoção, de forma desburocratizada, com o escopo de possibilitar que ele seja amado por uma dentre tantas famílias que não conseguem ter filhos.

Dessa forma, estará respeitada a dignidade da mulher e o direito à vida do nascituro, sem que a supervalorização de um venha a destruir completamente o outro.

De qualquer maneira, o tema abordado no presente trabalho é polêmico e delicado, não se pretendendo condenar moralmente a mulher que vier a praticar o aborto na hipótese de estupro, mas apenas discutir a constitucionalidade do dispositivo legal que a isenta de pena.

REFERÊNCIAS

Aborto e Legislação Comparada. São Paulo: Sociedade Brasileira Para O Progresso da Ciência, v. 64, abr. 2012. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200017&script=sci_arttext>. Acesso em 27 Out. 2013.

ASSOCIAÇÃO DIVINA PROVIDÊNCIA. **Assista ao filme “O Grito Silencioso”.** Disponível em: <<http://www.adivinaprovidencia.com.br/2013/04/assista-ao-filme-o-grito-silencioso/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ACAYABA, Cíntia. **Conselho de Medicina defende liberação do aborto até 12ª semana.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/medicos-defendem-liberacao-do-aborto-ate-12-semana-de-gestacao.html>>. Acesso em: 06 out. 2013.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** In Vade Mecum Saraiva. 15 Ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 25 set. 2013.

_____. **Código Penal Brasileiro – Decreto-lei n. 2.848/1940.** In Vade Mecum Saraiva. 15 Ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** In Vade Mecum Saraiva. 15 Ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. **Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** In Vade Mecum Saraiva. 15 Ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria 1.508, de 1º de setembro de 2005.** Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html>. Acesso em 20 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 931556/RS.** Relatora: Nancy Andriahi. Data de julgamento: 17 jun. 2008, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 05/08/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>> Acesso em 03 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Relator: Marco Aurélio. Data de julgamento: 12 abr. 2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 30/04/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 25 set. 2013.

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

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em: 06 out. 2013

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Pacto de São José da Costa Rica: uma arma poderosíssima.** Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/211-pacto-de-s%C3%A3o-jos%C3%A9-da-costa-rica-uma-armapoderos%C3%ADssima>>. Acesso em: 01 set. 2013

_____. **Você acredita no aborto "legal"?** Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/348-voce-acredita-no-aborto-legal>>. Acesso em: 25 set. 2013.

_____. **O gol contra do Estatuto do Nascituro.** Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/407-o-gol-contra-do-estatuto-do-nascituro>>. Acesso em: 01 out. 2013.

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

DOURADO, Roberto. **Ensaio: quando a vida começa?** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/1347168>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil: parte geral**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

FONTELES, Claudio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF. **Justilex**, Juiz de Fora, n. 34, p.18-21, 10 out. 2004.

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

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

MAIA NETO, Cândido Furtado; SONI, Diego de Lima. Aborto e Direitos Humanos: Inconstitucionalidade e impunidade hedionda da violabilidade da vida, na *Common Law* do STF. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 371, p.44-47, 01 jul. 2012.

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

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

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

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida: O primeiro instante**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>>. Acesso em: 01 set. 2013.

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

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

OKAZAKI, Karina Yumi. **Legalização e descriminalização do aborto:** necessidade de reforma da legislação punitiva. 2013. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Curso de Direito, Departamento de Coordenação de Direito, Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição.** In Cavalcante, Alcile; XAVIER, Dulce (orgs). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

STRECK, Lênio. **Comissão de juristas gosta do Direito Penal do Risco.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-08/lenio-luiz-streck-comissao-juristas-gosta-direito-penal-risco?pagina=3>>. Acesso em: 28 set. 2013.

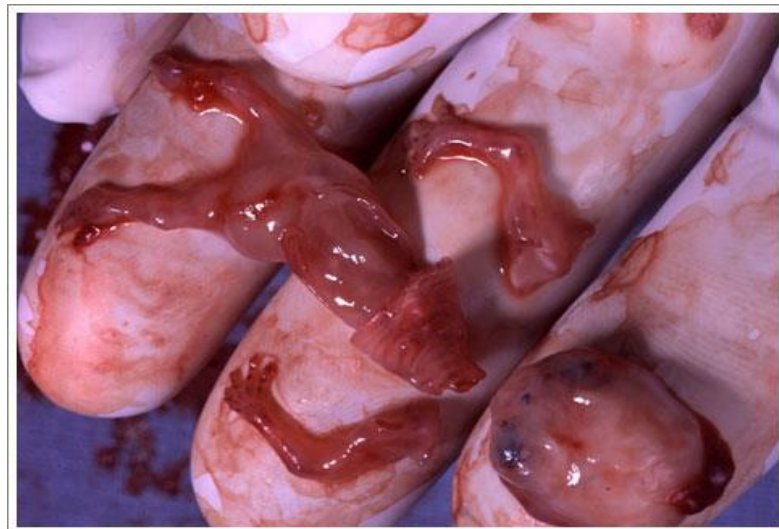
SUTTER, Rafael. **A inviolabilidade do direito à vida.** São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

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

APÊNDICE A - FOTOS DE FETOS COM 12 SEMANAS (IDADE SUGERIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA COMO LIMITE PARA A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO)



Fonte: <<http://www.trocandofraldas.com.br/desenvolvimento-feta-11a-e-12a-semana/>> acesso em 16 out. 2013



cosechenonvanno.com

Fonte: <<http://saraallves.blogspot.com.br/2011/08/aborto-com-ou-sem-lei.html/>> acesso em 16 out. 2013

ANEXO A – PORTARIA 1.508/2005 do Ministério da Saúde: regulamenta a prática do aborto na rede pública de saúde no caso de gravidez resultante de estupro

PORTARIA Nº 1.508, DE 1º DE SETEMBRO DE 2005

Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e

Considerando que o Código Penal Brasileiro estabelece como requisitos para o aborto humanitário ou sentimental, previsto no inciso II do art. 128, que ele seja praticado por médico e com o consentimento da mulher;

Considerando que o Ministério da Saúde deve disciplinar as medidas assecuratórias da licitude do procedimento de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei quando realizado no âmbito do SUS;

Considerando a necessidade de se garantir aos profissionais de saúde envolvidos no referido procedimento segurança jurídica adequada para a realização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei; e

Considerando que a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes não obriga as vítimas de estupro da apresentação do Boletim de Ocorrência para sua submissão ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do SUS, resolve:

Art. 1º O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei é condição necessária para adoção de qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvem riscos de morte à mulher.

Art. 2º O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei compõe-se de quatro fases que deverão ser registradas no formato de Termos, arquivados anexos ao prontuário médico, garantida a confidencialidade desses termos.

Art. 3º A primeira fase é constituída pelo relato circunstanciado do evento, realizado pela própria gestante, perante dois profissionais de saúde do serviço.

Parágrafo único. O Termo de Relato Circunstanciado deverá ser assinado pela gestante ou, quando incapaz, também por seu representante legal, bem como por dois profissionais de saúde do serviço, e conterá:

I - local, dia e hora aproximada do fato;

II - tipo e forma de violência;

III - descrição dos agentes da conduta, se possível; e

IV - identificação de testemunhas, se houver.

Art. 4º A segunda fase dá-se com a intervenção do médico que emitirá parecer técnico após detalhada anamnese, exame físico geral, exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico e dos demais exames complementares que porventura houver.

§ 1º Paralelamente, a mulher receberá atenção e avaliação especializada por parte da equipe de saúde multiprofissional, que anotará suas avaliações em documentos específicos.

§ 2º Três integrantes, no mínimo, da equipe de saúde multiprofissional subscreverão o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez, não podendo haver desconformidade com a conclusão do parecer técnico.

§ 3º A equipe de saúde multiprofissional deve ser composta, no mínimo, por obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social e/ou psicólogo.

Art. 5º A terceira fase verifica-se com a assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade ou, se for incapaz, também de seu representante legal, e esse Termo conterà advertência expressa sobre a previsão dos crimes de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) e de aborto (art. 124 do Código Penal), caso não tenha sido vítima de violência sexual.

Art. 6º A quarta fase se encerra com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que obedecerá aos seguintes requisitos:

I - o esclarecimento à mulher deve ser realizado em linguagem acessível, especialmente sobre:

- a) os desconfortos e riscos possíveis à sua saúde;
- b) os procedimentos que serão adotados quando da realização da intervenção médica;
- c) a forma de acompanhamento e assistência, assim como os profissionais responsáveis; e
- d) a garantia do sigilo que assegure sua privacidade quanto aos dados confidenciais envolvidos, exceto quanto aos documentos subscritos por ela em caso de requisição judicial;

II - deverá ser assinado ou identificado por impressão datiloscópica, pela gestante ou, se for incapaz, também por seu representante legal; e

III - deverá conter declaração expressa sobre a decisão voluntária e consciente de interromper a gravidez.

Art. 7º Todos os documentos que integram o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, conforme Modelos dos Anexos I, II, III, IV e V desta Portaria, deverão ser assinados pela gestante, ou, se for incapaz, também por seu representante legal, elaborados em duas vias, sendo uma fornecida para a gestante.

Art. 8º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Fica revogada a Portaria nº 1145/GM, de 7 de julho de 2005, publicada no Diário Oficial da União nº 130, de 8 de julho de 2005, Seção 1, página 31.