

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Tauana Maziero

DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO
ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL

Soledade

2013

Tauana Maziero

DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO
ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito, da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Priscila Formigheri Feldens.

Soledade

2013

Tauana Maziero

**DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO
PENAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

Área de concentração: Direito Penal

Data da defesa:

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Priscila Formigheri Feldens – prof^a. orientadora

Primeiro avaliador: _____ - _____

Segundo avaliador: _____ - _____

Dedico este trabalho aos meus amados pais, pelo apoio nos momentos mais difíceis da minha vida, pela atenção incondicional a mim dispensada e principalmente pelos sacrifícios e privações que passaram para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que iluminou o meu caminho durante esta jornada, guiou meus pensamentos e me conferiu a serenidade necessária para a realização do presente trabalho.

À professora Me. Priscila Formigheri Feldens, pela paciência e pelas orientações prestadas, que foram de fundamental importância para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Odilon e Eva Maziero, que incondicionalmente, com muito carinho e apoio, forneceram todos os recursos necessários para que esta vitória fosse alcançada.

Aos amigos e colegas, pela força, apoio e companheirismo de anos, e pela sua ajuda, que possibilitou que esta jornada se completasse.

Ao meu namorado, pela paciência, pelo amor, pelo apoio, e acima de tudo pela compreensão e carinho, que foram indispensáveis para o desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo monográfico se dedica à análise do inciso II do artigo 128 do Código Penal, o qual dispõe sobre a possibilidade da prática do aborto por médico em caso resultante de estupro, denominado de aborto sentimental humanitário ou ético, abordando a (in) constitucionalidade deste dispositivo, tendo em vista que é um tema com bastante relevância social. Isso tem raízes no fato de que o aborto é tão antigo como a própria humanidade e de que, na antiguidade, não era sancionada a morte dada ao feto, tampouco havia qualquer cuidado com o aborto. Mostra-se, também, oportuno, realizar um estudo dos princípios e direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, especificamente os princípios da sacralidade da vida, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da proporcionalidade (razoabilidade). O direito à vida é assegurado constitucionalmente e é um dos principais direitos garantidos. Ocorre que, ao tempo em que a Constituição assegura tal direito ao nascituro, o Código Penal permite o aborto humanitário. Dessa forma, a presente abordagem é justificada pela necessidade de investigar o dispositivo legal que dispõem sobre o aborto humanitário onde a lei penal brasileira exclui a ilicitude e se este direito fere o artigo 5º *caput* da Constituição Federal, pois, por um lado, o nascituro possui seus direitos amparados pela lei, e, por outro, a mulher também possui direitos de liberdade e autonomia sobre sua própria vida, gerando assim, conflitos de princípios e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Aborto. Direito à vida. Estupro. Princípios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
1.1 O caráter fundamental do direito à vida.....	8
1.2 Do direito do nascituro: teorias natalista e concepcionista.....	19
2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ABORTO NO BRASIL	27
2.1 Aspectos conceituais e históricos.....	27
2.2 Modalidades lícitas de aborto no Brasil.....	30
2.3 Espécies de abortos tipificados no Código Penal brasileiro: bem jurídico tutelado, tipo penal objetivo subjetivo.....	39
3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO HUMANITÁRIO	47
3.1 O aborto humanitário: do estatuto do nascituro (projeto de lei nº 478/2007) à proteção legal da mulher estuprada (Lei nº 12.845/2013).....	47
3.2 Discussões a cerca da (in) constitucionalidade do artigo 128 inciso II do Código Penal no atual Estado Laico.....	54
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se compõe em uma monografia jurídica, designada a servir como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. O tema escolhido aborda sobre a (in) constitucionalidade do inciso II do artigo 128 do Código Penal, que dispõe sobre o aborto praticado por médico quando a gravidez for resultado de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal. Apesar de se tratar de assunto antigo, que sempre causou indagações e divergências à sociedade, importante é fazer uma análise do aborto e do direito à vida do nascituro, pois há um conflito de princípios e direitos fundamentais.

A questão não abrange somente teses éticas ou jurídicas, mas também morais, e, assim, parte da premissa de que cada ser humano se difere em sua essência, com valores e condutas morais próprias. É necessário estudar os direitos da mulher grávida em consequência do crime de estupro, levando em conta o seu sofrimento e angústia, bem como os direitos do nascituro.

O direito à vida é um direito indisponível e supremo, entretanto, é necessário se fazer uma análise com enfoque nos aspectos éticos, morais e jurídicos do aborto, elementos indispensáveis para a formação de uma opinião coerente acerca dos conflitos entre os princípios e direitos fundamentais.

Por ser um tema que suscita diversas opiniões, faz-se necessária sua análise, uma vez que os mais diferentes indivíduos envolvem-se com o assunto, alguns com o argumento de que o aborto não fere o direito à vida do feto, e outros sob a justificativa de que o aborto viola o direito à vida, sendo, por conseguinte, inconstitucional.

Todavia, a mulher tem seus direitos garantidos e tem liberdade e autonomia de vontade para decidir o que é melhor para si. E o nascituro, por sua vez, também tem seus direitos garantidos pela lei.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo analisa princípios e direitos fundamentais assegurados pela Lei Fundamental, com enfoque nos princípios da sacralidade da vida, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, sendo que estão vinculados com a prática do aborto. Nesta sessão, é, ainda, voltado especial olhar ao direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, o segundo capítulo aborda os aspectos conceituais e históricos do aborto, contemplando os conceitos de aborto natural, acidental e eugênico, bem como suas modalidades lícitas. Nos dias atuais, há formas lícitas de aborto, aplicáveis quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro. São, também, analisados as espécies de aborto tipificado no Código Penal Brasileiro, o bem jurídico tutelado e os tipos penais objetivo e subjetivo.

Com o terceiro capítulo estuda-se o estatuto do nascituro e a proteção legal da mulher estuprada. Por derradeiro, são apresentados argumentos contrários e favoráveis à prática contemplada no inciso II do artigo 128 do Código Penal, uma vez que há várias discussões e divergências a respeito do tema, e, por conseguinte, vários posicionamentos. Alguns entendem que a norma permissiva fere o direito à vida, sendo, dessa forma, inconstitucional, e, de outro lado, há aqueles que entendem que a mulher possui liberdade de escolha e autonomia de vontade para decidir sobre sua própria vida.

1 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos, pois dele surgem outros valores, dentre os quais se destacam o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade.

Nessa perspectiva, far-se-á, neste capítulo, uma abordagem ao direito à vida como um direito fundamental, bem como aos princípios que estão interligados ao tema proposto, aos direitos do nascituro e às teorias natalista e concepcionista.

1.1 O caráter fundamental do direito à vida

Ao pregarem que o homem é filho de Deus e que é criado à sua imagem e semelhança, os mandamentos cristãos se consolidaram como os primeiros conjuntos de regras que enaltecem a dignidade da vida humana e o direito à vida. Inserida no decálogo de Deus, trazido por Moisés aos homens, está a mais famosa norma de conduta de proteção à vida: não matarás.¹

Os direitos do homem, contudo, não foram efetivamente garantidos no percurso da História Antiga e Média. Talvez a mais importante consagração dos Direitos Humanos fosse a *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, outorgada em 1215, na Inglaterra, seguida pela *Petition of Right*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701. Anos mais tarde, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, garantiria, entre outros bens fundamentais, a igualdade e a liberdade.²

¹ TEODORO, Frediano José. *Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2005-04-15T11:54:19Z-512/Publico/Dissertacao%20Frediano%20Teodoro.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

² *apud.* TEODORO, Frediano José. *Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2005-04-15T11:54:19Z512/Publico/Dissertacao%20Frediano%20Teodoro.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

Disso denota que no passar da história Antiga e Média os direitos do homem não eram efetivamente garantidos e que, em 1789, com a previsão de tal direito, com a promulgação Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, garantiu-se a todos o direito de igualdade e liberdade.

Cabe salientar que a proteção às pessoas foi sendo aprimorada com o passar do tempo e que a vida passou a ser consagrada na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a qual foi proclamada em abril de 1948, na IX Conferência Americana, em Bogotá. Em seu artigo 1º está previsto que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. No artigo 2º está consagrada a igualdade entre todos perante a lei, sem qualquer distinção. No artigo 5º está previsto o direito da pessoa contra ataques à sua vida particular e familiar e no artigo 7º está previsto que toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, bem como toda criança, tem direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.³

Dessa maneira, se observa que, com o passar da história, a proteção da pessoa humana foi sendo aperfeiçoada e com o tempo passou a ser consagrada pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, trazendo em seus artigos o reconhecimento de que todos os seres humanos têm direito à vida, à liberdade e à segurança, devendo, assim, ser tratados igualmente, ou seja, sem distinções.

O direito à conservação da vida dá ao indivíduo a faculdade de gerar a vida e de defender a sua vida. O direito à vida é basilar para que se possa iniciar a discussão e qualquer outro direito estabelecido.

Vasconcelos, nesse sentido, se manifesta:

A vida, o mais importante direito - consagrado internacionalmente pelas declarações de direitos humanos e recepcionado pelas constituições - consolida-se como tronco fundamental, sem o qual todos os demais direitos, não teriam existência possível.⁴

³ TEODORO, Frediano José. *Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2005-04-15T11:54:19Z-512/Publico/Dissertacao%20Frediano%20Teodoro.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

⁴ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 109.

Logo, pode se observar que a vida é um direito fundamental de suma importância e que é consagrada pela declaração de direitos humanos e pela Constituição, a qual prevê o direito à vida como essencial aos demais direitos.

Nessa linha, não se pode falar em defesa do direito à vida sem mencionar a Lei Maior, que o defende e o estabelece como prioritário. Nas palavras de Vasconcelos, “o artigo constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à vida o faz da maneira mais ampla possível, vale dizer, sem lhe impor qualquer restrição.”⁵

Constituída desde a concepção fetal, a vida pode ser tida como a primeira garantia de todos os seres humanos, sendo simplesmente reconhecida pelo Direito Positivo, sendo impossível de ser criada. Sua inviolabilidade está assegurada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal:

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

Nesse sentido, se nota que da inviolabilidade do direito à vida decorrem outros direitos, tais como o direito à integridade física, à saúde, à dignidade da pessoa humana, dentre outros. Nas palavras de Moraes, “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”⁶

A Constituição Federal apregoa o direito à vida e o Estado, por sua vez, deve assegurá-lo a todos sem qualquer distinção. Sobre isso, há que se destacar que tal direito deve ser contemplado em duas vertentes: a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se permanecer vivo, ou seja, de se ter uma vida digna quanto à subsistência.⁷

⁵ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

⁶ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p.66.

Ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida. Esse é o primeiro direito da pessoa humana e tem em sua concepção atual conflitos como a pena de morte, as práticas abortivas e a eutanásia.⁸

Sobre a primariedade do direito à vida, leciona Silva:

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5.^o, *caput*, da CF/1988, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.⁹

Se não houvesse proteção ao bem jurídico “vida”, seria infrutífera a proteção de outros direitos. O direito à vida é, assim, um desígnio ao alcance de outros direitos.

Considerado um dos direitos fundamentais, deve ser entendido como o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito a alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e outras condições vitais. O Estado, por sua vez, deve garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana, respeitando, assim, os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁰

Dessa forma, se constata que o Estado deverá garantir a pessoa um nível de vida adequado para a sua subsistência, respeitando os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, oferecendo, para tal, direito a alimentação, vestuário, assistência médica e educação, entre outras condições inerentes à garantia da dignidade humana.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.77.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 198.

¹⁰ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 76.

Os direitos fundamentais surgiram como produto de várias fontes. A este respeito, Moraes expressa:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico – jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.¹¹

Como se observa, os direitos fundamentais do homem e do cidadão surgiram como produção da fusão de várias fontes no percurso da História Antiga e Média. E os pensamentos filosóficos e jurídicos, em sua acepção, também surgem com o cristianismo.

[...] a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.¹²

Entretanto, se entende que os direitos fundamentais são mais antigos do que o surgimento da ideia de constitucionalismo, o qual, pela soberana vontade popular, se consagrou pela necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos.

Com a transformação e a ampliação dos direitos fundamentais do homem, tornou-se difícil conceituá-los.

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes o conceito sintético e preciso.

¹¹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.

¹² MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1.

Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregar várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos e subjetivos, liberdades fundamentais, liberdade públicas e direitos fundamentais do homem.¹³

Entretanto, se observa que, com o envolver histórico, torna-se difícil dar uma definição para os direitos fundamentais. Tal dificuldade aumenta à medida em que há várias expressões para designá-los. Sobre tais designações, importante salientar, há que se ponderar que há uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, que, no entendimento de Cás, diferenciam-se:

[..] Os *direitos fundamentais* são aqueles objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado, variando, por isso, segundo a ideologia, a forma de Estado, os valores e princípios que cada Constituição consagra. Já os *direitos humanos* são aqueles reconhecidos nos documentos internacionais, sendo posições jurídicas reconhecidas ao ser humano enquanto tal, independentemente de seu vínculo jurídico com determinado Estado. A doutrina também distingue direitos fundamentais de garantias fundamentais, sendo estas estabelecidas pelo texto constitucional como manto de proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, ao direito à vida, corresponde à garantia de proibição à pena de morte. Os direitos fundamentais, tal qual as garantias fundamentais, não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pelo texto constitucional.¹⁴

Dessa maneira, compreende-se que a doutrina distingue os direitos fundamentais das garantias fundamentais, as quais são estabelecidas pelo texto constitucional. Os direitos fundamentais, por sua vez, não dispõem de caráter absoluto, pois este encontra limites nos demais direitos consagrados pela Constituição. São positivados juridicamente pelo Estado. Já os direitos humanos são reconhecidos nos documentos internacionais ao ser humano, independente de seu vínculo jurídico com determinado Estado.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 175.

¹⁴ CÁS, Helene Cristina Maia da. As inovações biotecnológicas e o prolongamento artificial da vida humana. Rio de Janeiro. *Revista de Direito da Unigranrio*, Vol. 1, No 1, 2008. p. 8.

Sobre as normas e princípios constitucionais, Silva expressa:

As Normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.¹⁵

Nessa esteira, percebe-se que as normas seguem uma linha de conduta e a um cumprimento exigido, ou seja, vinculam pessoas a submeterem-se às exigências de uma prestação em favor de outra pessoa ou entidade. Os princípios, por sua vez, são bases das normas jurídicas, indicam um começo, uma proposição e, dessa forma, constituem preceitos básicos da organização constitucional.

Dentre os princípios consagrados pela Constituição Federal há outros que auxiliam e efetivam o direito à vida e estão interligados a eles, portanto, cabe aqui analisar o princípio da sacralidade da vida, da autonomia da vontade e o princípio da dignidade humana.

Sobre o princípio da sacralidade da vida, este teve suas origens nas tradições religiosas orientais e na judaico-cristã, segundo a qual a vida é sagrada, não por motivos biológicos, mas em razão de considerar Deus como protagonista de sua origem e existência. Segundo essa mesma tradição, não se perde o valor quando a moral e o direito se separam da religião, pois parece estar relacionado ao imperativo do dever “*não matar*”, que não somente protege e promove a vida humana, mas também proíbe qualquer ação que prejudique os outros.¹⁶

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 91-92.

¹⁶ SANDI, Stella de faro; BRAZ, Marlene. *As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública*. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/541>. Acesso em: 1ago 2013.

Seguindo este entendimento, o princípio da sacralidade, na acepção de Urbano Zilles:

O mistério nos envolve a nós mesmos, pois está fora e dentro de nós, não podendo ser objetivado. É a dimensão de profundidade do nosso ser. Por isso a vida tem uma dimensão sagrada que merece nosso respeito incondicional, também por parte da tecnociência. [...] Portanto, a sacralidade da vida, antes de ser uma questão religiosa, é uma questão humana, decisiva para o futuro de nosso planeta.¹⁷

A vida humana se expande em múltiplas expressões e sua compreensão possui horizontes ilimitados de possibilidades. Acima de tudo, trata-se da vida de um ser pessoal, do homem como pessoa, concepção que permite a compreensão do valor e do significado da vida.¹⁸

No caso do aborto, um dos problemas impostos por esse princípio está relacionado ao entendimento de quando começa a vida. Os argumentos biológicos e evolutivos que se propõem a explicar o início moral da vida humana contrapõem-se entre si e ao entendimento da vida como *vida de relação*. Com o argumento de que a gravidez é sagrada, baseado no princípio da sacralidade da vida, a biopolítica se contrapõe ao aborto, não se importando com os motivos que norteiam a vontade da mulher em interromper a gravidez.¹⁹

Nota-se, assim, que quando se leva em conta apenas a questão da sacralidade, o que se tem em mente é a manutenção da vida a todo custo.

Todavia, existem outros princípios concernentes à vida que devem ser igualmente considerados: a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana.

Acerca da aplicação e incidência do princípio da dignidade da pessoa humana ao princípio da autonomia da vontade, cabe ressaltar o juízo de Fortes:

¹⁷ ZILLES, Urbano. *A sacralidade da vida*. Porto Alegre, v. 37, n. 157, p. 337-351, 2007. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/teo/article/viewFile/2717/2065>>. Acesso em: 24 abril 2013.

¹⁸ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1996.

¹⁹ SANDI, Stella de faro; BRAZ, Marlene. *As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública*. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/541>. Acesso em 1 ago 2013.

O respeito pela autonomia da pessoa conjuga-se com o princípio da dignidade da natureza humana. Respeitar a pessoa autônoma pressupõe a aceitação do pluralismo ético-social, característico de nosso tempo; é reconhecer que cada pessoa possui pontos de vida e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais de saúde ou dos dominantes da sociedade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento, a doença, são da própria pessoa, e que violar a autonomia significa tratar as pessoas como meios e não como fins em si mesmas.²⁰

Entende-se que deve se respeitar a autonomia da pessoa, pois cada um possui liberdade de tomar suas decisões e de seguir seu próprio plano de vida, embasado em seus valores, crenças e religião.

O princípio da autonomia da vontade possui amparo legal na Lei Fundamental, fazendo parte do exercício do direito à liberdade que se encontra previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, devendo ser respeitadas as individualidades e as decisões de cada pessoa.

Os princípios fundamentais encontram-se elencados ao longo do texto constitucional, que, em seu art. 1º, inciso III, contempla o mais importante de todos os princípios, o da dignidade da pessoa humana. Sua função essencial é garantir a todos de maneira indiscriminada uma vida digna, que proporciona o mínimo existencial aos indivíduos. Tal dispositivo preceitua:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Na contemporaneidade, ainda se discute muito acerca do que seria a dignidade da pessoa humana. Esse princípio basilar do direito é inerente da pessoa,

²⁰ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomadas de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998. p. 39-40.

nasce com ela e, por conseguinte, nada mais justo do que as pessoas apoiarem-se no princípio da dignidade. Isso tudo faz com que seja de suma importância conhecer o conceito desse princípio tão amplo e abstrato.

Zisman conceitua a dignidade como “qualidade moral a qual infunde respeito, honra, consciência do próprio valor, nobreza, respeito aos próprios sentimentos, valores e amor próprio”²¹. A ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã, pois no Antigo e Novo Testamento podem-se encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu que o ser humano é dotado de um valor próprio, que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.²²

Em relação ao tema, oportuno é o entendimento de Nunes:

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. No estado democrático de Direito todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Por isso, é considerado como o princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional.²³

A dignidade da pessoa humana continua, talvez mais do que nunca, ocupando um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, constituindo-se como valor fundamental de ordem jurídica por parte de um expressivo número de Constituições que o adotam como direito fundamental²⁴. Em acordo, preceitua Sarlet que “[...] não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de

²¹ ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Thomson IOB, 2005. p. 285.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.38.

²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.40.

liberdade e de igualdade correspondem às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.”²⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil constam o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros. Esse princípio consagrado pela constituição apresenta-se com uma dupla acepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo. Em segundo lugar, estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário a todos os indivíduos. Tal dever configura-se pela necessidade de cada um respeitar o seu semelhante.²⁶

A dignidade, fundamentada no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, é enraizada no fato de que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.²⁷

Sendo assim, como pode se observar, a dignidade da pessoa humana está elencada na Constituição, a qual assegura tal direito ao indivíduo.

A concepção de dignidade humana que nós temos liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados direitos de terceiros.²⁸

A dignidade humana não constitui tão somente um direito atribuído a todos os cidadãos sem nenhum sentido específico. Antes de apresentar-se como direito, mostra-se como fundamento do Estado Federativo Brasileiro, com texto previsto em na Norma Primeira, que põe a dignidade humana como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os Direitos Fundamentais do Homem desde o Direito à Vida.”²⁹

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.94.

²⁶ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

²⁷ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade :uma análise constitucional*. Disponível em: <<http://www.ipebj.com.br/public/default/artigos/36.pdf?time=1311095676>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

²⁸ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade :uma análise constitucional*. Disponível em: <<http://www.ipebj.com.br/public/default/artigos/36.pdf?time=1311095676>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

²⁹ MOTA, Tercio De Sousa. SILVA, Jeová Kerlly Bezerra da. **Dignidade da Pessoa Humana e Eutanásia: Breves Considerações**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 91, 01/08/ 2011 [Internet]. Disponível em: <http://www.Ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9977>. Acesso em: 02 mar. 2012.

Assim sendo, com fulcro doutrinário, dignidade humana não só é princípio fundamental garantido e previsto pela Magna Carta, como também é valor intrínseco ao homem, não podendo constituir objeto para a realização pessoal de outrem.

Destarte, se entende que todos os indivíduos têm direito à vida, à liberdade, à locomoção e à segurança pessoal, como também à liberdade de crença e religião. Enfim, todos os homens têm direito e nascem livres e iguais em dignidade.

1.2 Do direito do nascituro: teorias natalista e concepcionista

Ao nascituro é garantida a vida, e apesar de estar alojado no corpo materno a ele já são resguardados por lei alguns direitos. O direito à existência, sob o entendimento de José Afonso da Silva:

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria.³⁰

Sendo assim, compreende-se que a legislação penal prevê punição às formas de interrupção violenta do processo vital, considerando-se também legítimo tirar a vida de outrem em estado de necessidade da salvação da própria vida.

Nas palavras de Diniz:

³⁰ SILVA José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 198.

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.³¹

Conforme os ensinamentos de Semião, “[...] o nascituro, embora tenha vida humana, é mera expectativa de pessoa, e por isso tem apenas expectativas de direito.”³²

Destarte, o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, trata-se de meras expectativas de direitos.

Mesmo o nascituro sendo uma expectativa de vida, a ele cabem alguns direitos garantidos pela legislação, a qual se preocupou em resguardar até mesmo esse grupo de cidadãos. Portanto, o nascituro é um ser que já foi concebido, seu estado ainda é de gestação. Não se sabe se nascerá vivo ou morto.³³

Entende-se, portanto, que ao nascituro são resguardados alguns direitos garantidos pela legislação, pois se trata de um ser com expectativa de vida. Embora não se possa saber se nascerá vivo ou morto, é um ser que já foi concebido e possui seus direitos.

Nas palavras de Venosa, “[...] entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito”³⁴. Logo, como afirma Venosa na citação acima, o direito do nascituro é concreto, ele ultrapassa a expectativa de direito, seus direitos provenientes de lei são legítimos.³⁵

A Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com a existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Em relação ao *tertium*, este possui vida humana, que se iniciou com a

³¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. 3 vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

³² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.201.

³³ SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA. Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos no nascituro. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*– Volume 2 – nº 1 –2011. Disponível em: <http://www.facsaoaque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

³⁴ *apud.* SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA. Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos no nascituro. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*– Volume 2 – nº 1 –2011. Disponível em: <http://www.facsaoaque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

³⁵ SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA. Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos no nascituro. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania*– Volume 2 – nº 1 –2011. Disponível em: <http://www.facsaoaque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano em formação.³⁶

Nesse sentido, se entende que a Constituição Federal protege a vida de uma forma geral, não abarcando somente a vida humana independente. O nascituro, apesar de estar alojado no ventre da mãe, tem por lei os seus direitos protegidos, mesmo sendo um portador do bem jurídico, vida humana dependente.

Conforme já salientado, ao nascituro é garantida a vida, de forma que ao Estado cabe essa proteção. Porém, a genitora também tem o dever de proteger o nascituro. A ela cabe não atentar contra a vida do feto, de forma que não interrompa a vida que se desenvolve.³⁷

Conforme o artigo 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado tem o comprometimento de oferecer um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro, com condições dignas de existência. Sendo que é assegurado à mãe, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.³⁸

Entretanto, a mãe tem o direito ao atendimento pré-natal e o Estado tem a obrigação de promover um desenvolvimento sadio e digno ao nascituro para que o nascimento seja harmonioso e com condições dignas de existência.

Com relação à proteção da vida do nascituro e a penalização do aborto, nos relata Moraes:

[...] a penalização do aborto (CP, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, pois qualifica-se como verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardo legal do direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção.³⁹

³⁶ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 81.

³⁷ SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos no nascituro. *Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania* – Volume 2 – nº 1 – 2011. Disponível em: <http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

³⁸ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

³⁹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 81.

O Código Civil, no concernente à atribuição de personalidade, em seu artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim, entende-se que a disposição contida no artigo 2º do Código Civil, no que tange à dependência do reconhecimento da personalidade à condição resolutiva do seu nascimento com vida, é manifestamente inconstitucional.⁴⁰

Entretanto, os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, a qual dispõe que a responsabilidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, ou seja, a personalidade do nascituro já existe com a concepção e passa a ser consolidada com o nascimento.

Denota-se, assim, que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”⁴¹

A doutrina bipartiu-se ao definir e demarcar o início da personalidade civil do homem como sujeito de direitos. Sendo que, desde o Direito Romano, há uma grande perplexidade entre juristas e legislações a respeito.⁴²

Entretanto, existem duas teorias que dispõem sobre o início da personalidade da pessoa humana. Uma, a natalista e a outra, a concepcionista que veremos a seguir. Acerca da teoria natalista, no entender de Alberton “é sem dúvida a teoria que possui a maior aceitação além de ser a mais defendida.”⁴³

A teoria Natalista defende que a personalidade jurídica da pessoa se incorpora logo após o nascimento. Nesse sentido, Fernando Simas Filho relata que:

Não basta o simples fato do nascimento; é preciso que o recém-nascido apresente os sinais de vida, movimentos próprios, respiração, vagidos. [...] A lei requer, para que se lhe reconheça a personalidade civil e se torne sujeito de direitos, que a criança dê inequívocos sinais de vida, após o nascimento, mesmo que venha a falecer instantes depois. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir a personalidade e, assim, não recebe e não transfere direitos.⁴⁴

⁴⁰ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 109.

⁴¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004 p. 65.

⁴² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p 33.

⁴³ ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O Direito do Nascituro a Alimentos*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 29.

⁴⁴ SIMAS FILHO, Fernando. *A Prova na Investigação de Paternidade*. Curitiba, Juruá, 1998, p. 134.

Disso denota que a corrente natalista defende que a personalidade jurídica da pessoa se incorpora logo após o nascimento, desde que a criança não nasça morta.

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma parte das vísceras materna. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno, ou seja, está ligado ao corpo materno.⁴⁵

Em consonância, Alves, defensor da corrente natalista, se pronuncia da seguinte forma:

[...] é preciso reconhecer que, subordinada à cláusula do nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja a de criar, como na teoria do código, uma expectativa de direito. Que importa fazer que o ente apenas concebido tem personalidade, se, mais tarde, nascendo sem vida, não adquiriu direitos? A importância da controvérsia está na solução a dar em caso de sucessão. Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no ato da concepção. Os efeitos jurídicos surgem no ato do nascimento, com ou sem vida: no primeiro caso, opera-se a aquisição de direitos, que se transmitem pela morte posterior do recém-nascido; no segundo caso, nenhum direito se adquire. Para que dar-lhe então existência de direito, a que a própria lei só assegura efeitos após o nascimento? Bem andou, portanto o código em fixar o início da personalidade humana no ato do nascimento com vida.⁴⁶

Pode-se perceber, então, que para os natalistas o nascituro possui uma expectativa de vida e, por conseguinte, possui apenas direitos expectativos. Corrobora sobre o tema Semião:

O nascituro um ser que possui personalidade civil em potencial, dependendo para tanto, da superveniência de uma condição futura, ou seja, dependerá do nascimento com vida. Mesmo não possuindo personalidade, e por evidência não possuindo capacidade civil, a lei confere alguns direitos ao nascituro, com a curatela, doação, herança e a representação. Não

⁴⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 153.

⁴⁶ ALVES, 1917 *apud* MENEZES, Leandro Vitollo. *Alimentos gravídicos: um grande avanço na proteção do nascituro e o prestígio a teoria concepcionista*, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2699/2478>>. Acesso em: 05 setembro 2012.

obstante a esses direitos, os adeptos a esta corrente alegam que só nesses casos expressos em lei que o direito considera o nascituro como já nascido, quando seu interesse assim o exigir.⁴⁷

Entretanto, o nascituro depende de nascimento com vida para possuir personalidade civil, e, mesmo não possuindo capacidade civil, a lei lhe concede alguns direitos, com a curatela, a doação e a herança, entre outros. Os natalistas entendem que somente nesses casos previstos em lei é que o direito considera o nascituro um ser já nascido.

Semião faz inclusive uma observação no tocante à taxatividade: quanto aos direitos do nascituro.

Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que se deve dar ao Código civil brasileiro.⁴⁸

Sendo assim, se nota, quanto à taxatividade dos direitos do nascituro, que se este fosse considerado pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam aferidos automaticamente, sem que a lei os declinasse um por um. Acerca do nascimento com vida, Ráo defende:

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é totalmente dependente da mãe e faz parte das vísceras maternas. No entanto, com esperança de que nasça o direito tem-no e consideração, dando-lhe os seus

⁴⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 37.

⁴⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 40.

direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer, ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveite a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.⁴⁹

Assim, nota-se que os adeptos da teoria natalista entendem que o nascituro faz parte da sua genitora e para se ter a personalidade civil e jurídica faz-se necessário nascer e com vida.

De outra banda, para a escola concepcionista, a personalidade civil começa antes do nascimento, ou seja, a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeito de direitos.⁵⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente adota o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, o que faz assegurar ao ser desde a concepção uma proteção especial assegurando à gestante, o atendimento pré e perinatal, alimentação, parto com dignidade e outros.⁵¹

Dessa maneira, se observa que o Estatuto da Criança e do Adolescente adota o princípio da proteção integral garantindo e assegurando prioridade absoluta ao ser desde a concepção uma proteção especial.

Para os adeptos da corrente concepcionista, dentre os quais se encontram *Teixeira de Freitas, Clóvis, Carlos de Carvalho e Planiol*, existem elementos que sustentam o seu entendimento:

a) desde a concepção o ser humano é protegido pelo Direito como se já tivesse nascido; b) o Direito Penal pune a provocação do aborto como crime contra a vida, protegendo o nascituro como um ser humano; c) o Direito Processual autoriza a posse em nome do nascituro; d) o nascituro pode ser representado por um curador; e) é admissível o reconhecimento de filhos ainda por nascer; f) pode o nascituro receber bens por doações e por

⁴⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

⁵⁰ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35.

⁵¹ VIANNA, Guaraci de Campos. *O nascituro como Sujeito de Direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28483-28494-1-PB.html>>. Acesso em 17 set. 2013.

testamento; g) enfim, a pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus interesses.⁵²

Com isso, se entende que os adeptos da teoria concepcionista acreditam que o aborto constitui crime pelo fato de que, desde a concepção, o nascituro tem direitos.

Alguns doutrinadores da escola concepcionista ainda a dividem em duas correntes. Nesse sentido, Semião leciona:

Alguns doutrinadores, por sua vez, dividem a escola concepcionista em dois ramos, a saber: a verdadeira concepcionista e a concepcionista da personalidade condicional.

A doutrina chamada por alguns de verdadeiramente concepcionista sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento, sem qualquer distinção. Apenas os efeitos de alguns direitos, como os direitos patrimoniais, dependem do nascimento com vida.

A doutrina concepcionista da personalidade condicional é noticiada por *Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho*, reconhecendo a personalidade desde a concepção, porém sob a condição de o *infansconceptus* nascer com vida.⁵³

Nenhuma dessas doutrinas foi acolhida no Direito brasileiro, pois são incompatíveis com o sistema jurídico e com os demais ordenamentos modernos do mundo.⁵⁴

Dessa forma, conclui-se que, dentre as teorias, a natalista é a que possui maior aceitação, segundo a qual a personalidade civil opera-se a partir do nascimento com vida partindo da ideia de que o nascituro possui mera expectativa de direito. Após o estudo sobre o direito à vida e os direitos do nascituro, serão analisados, no próximo capítulo, os aspectos conceituais do aborto, as modalidades lícitas e as espécies de aborto tipificado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

⁵² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 35-36.

⁵³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 36.

⁵⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 197.

2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ABORTO NO BRASIL

O aborto é um tema muito importante e, como tal, fomenta várias discussões e divergências, pois abrange um conflito de direitos fundamentais, como o direito à vida, assegurado constitucionalmente, além da dignidade da pessoa humana. Além disso, o tema também envolve questões relacionadas ao aborto resultante de estupro estabelecido no inciso II do artigo 128 do Código Penal, que dispõe sobre o aborto sentimental, humanitário ou ético.

Para melhor entender o tema proposto, faz-se necessário analisar a delimitação dos conceitos básicos de aborto, envolvendo o natural, o acidental e o eugênico. Além desses conceitos, também se faz necessário voltar especial olhar sobre as espécies de aborto criminoso, o bem jurídico tutelado e os tipos penais objetivo e subjetivo, como também o aborto necessário, contemplado no inciso I do referido artigo.

2.1 Aspectos conceituais e históricos

O aborto é conceituado de formas diversas pela doutrina e, da mesma forma, há divergências entre médicos e juristas a respeito. Nesse sentido Mirabete expressa:

Preferem alguns o termo *abortamento* para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal – aborto – é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque é o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto.⁵⁵

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial* (Arts.121 a 234 do CP). 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

A palavra abortamento é acolhida por muitos para designação da conduta de abortar, no entanto, outros entendem que a palavra aborto é o termo legal correto, pois é um termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita. Conforme Damásio de Jesus, “o código penal acolheu a expressão aborto, pois é mais comum e utilizada em diversos países.”⁵⁶

Semião leciona que:

Pelo termo aborto (do latim *abortus*, *ab*, privação; *ortus*, nascimento), entende-se a interrupção da gravidez, com a morte do feto, antes de sua viabilidade extra-uterina. É a morte do produto da concepção antes das 22 semanas de vida dentro do útero materno, porque dificilmente seria viável fora do útero com menos de 180 dias de gestação. [...] Aborto é uma corruptela da palavra abortamento que é o termo correto empregado nos meios médicos.⁵⁷

Entretanto, o termo aborto equivale à palavra latina *abortus*, que significa privação e nascimento e corresponde à interrupção da gravidez, com a morte do feto. Assim, pode-se afirmar que a palavra aborto é uma corruptela da palavra abortamento, que é o termo utilizado e empregado na área da medicina.

Do latim, *abortum*, de *aborior*, prefixo *ab*, designado afastamento, ausência, privação, e *oriur*, nascer, é a interrupção voluntária da gravidez, com expulsão do feto, provocada pela gestante ou por terceiro, com ou sem o consentimento dela, com a conseqüente morte do produto da concepção.⁵⁸

Como pode se observar, o aborto trata-se da interrupção da gestação, com a conseqüente expulsão do feto do organismo materno. Pode ser realizado pela

⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 101.

⁵⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 135.

⁵⁸ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo* (intersexualidade, transexualidade, transplantes), 2. ed. São Paulo: Editora Tribunais, 1994, p. 23.

gestante ou por terceiro com o consentimento desta, ou seja, com sua livre e espontânea vontade, ou sem o seu consentimento.

Benfica traz a conceituação de abortamento sob um ponto de vista obstétrico: “é a interrupção da gravidez com o feto ainda não viável, isto é, até vinte semanas de gestação, pesando até quinhentas gramas e com altura calcâneo-occipital máxima de 16,5 cm.”⁵⁹

Neste sentido, Mirabete e Gonçalves também entendem que o aborto trata-se de interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção, não implicando necessariamente sua expulsão, pois a hipótese de o produto da concepção ser reabsorvido ou mumificado pelo organismo materno não exclui a ocorrência de aborto.

Sendo assim, o produto da concepção passa por diversas fases durante a gestação, podendo ser denominado como ovo, embrião ou feto, dependendo da fase em que se encontra. Nesse sentido, Noronha conceitua aborto em poucas palavras: “é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto.”⁶⁰

Já Tardieu define como sendo “a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente de todas as circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular do feto.”⁶¹

Como se pode observar Tardieu em simples palavras conceitua o aborto como a expulsão prematura e violenta do produto da concepção, frisando ser independente as circunstâncias de idade, viabilidade e formação do feto. Tal definição é empregada por muitos autores, como também por operadores do direito, mas é considerada incompleta, pois afirma a existência do delito, independentemente de idade e vitalidade e de formação regular do feto. Essa definição imputaria, ainda, como ato criminalmente punível a interrupção da gravidez em mulher que encerrasse no útero um ovo degenerado sem qualquer condição de prosperar ou também de se parecer com pessoa humana.⁶²

Dessa maneira, conclui-se que aborto é a interrupção da gravidez com a eliminação do produto da concepção. Não se torna necessária sua expulsão, pois

⁵⁹ BENFICA, Francisco Silveira. *Medicina legal aplicada ao direito*. 2003, p. 88.

⁶⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 54.

⁶¹ *apud*, FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aborto e infanticídio*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32.

⁶² LEITE, Paulo Sérgio. *Aborto e Infanticídio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32.

esta eliminação pode consumir-se através da dissolução ou reabsorção, ou então através da mumificação ou calcificação pelo organismo materno.

A prática do aborto é tão antiga quanto a própria humanidade. Apesar das sanções, controles e legislações surgidas através da história da humanidade, as mulheres nunca deixaram de realizá-lo. Sócrates era partidário ao aborto e entendia que se a mulher desejasse, deveria realizá-lo, e o seu discípulo Platão propôs, em seu escrito *A República*, que as mulheres com mais de quarenta anos deveriam obrigatoriamente abortar, pois entendia e aconselhava o aborto para regular o excessivo aumento da população.⁶³

2.2 Modalidades lícitas de aborto no Brasil

O aborto pode ser natural e também acidental. Essas espécies de aborto não constituem infração penal no Brasil. No entendimento de Mirabete, “o aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento, etc).”⁶⁴

Há uma espécie de seleção natural em relação ao abortamento espontâneo, pois o embrião, por apresentar malformação ou alteração genética, pode ser eliminado naturalmente⁶⁵. O aborto espontâneo ocorre de forma natural, quando, por exemplo, a gestante apresentar problemas de saúde ou/e o feto apresentar malformação, interrompendo-se a gravidez e eliminando-se assim o produto da concepção.

No aborto espontâneo não há crime. Nos casos onde os peritos não podem afirmar, por exemplo, que o aborto foi provocado, não há crime, portanto, não se pode falar em aborto criminoso.⁶⁶

⁶³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro, aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 136.

⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial (Arts.121 a 234 do CP)*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 93.

⁶⁵ VARELLA, Drauzio. *Abortos espontâneos*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/abortos-espontaneos-2/>>. Acesso em: 4 jul. 2012.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial, volume 2*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160.

Há também a espécie de aborto chamada eugênico, também chamado de eugenésico ou piedoso, e não é acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esse tipo de aborto ocorre em casos graves de anomalia, defeitos físicos ou psíquicos, ou seja, pela má formação do feto.⁶⁷

Há precedentes judiciais em que os juízes têm concedido alvarás permitindo o aborto nos casos em que as gestantes realizam exames que comprovem que a anomalia é de tamanha gravidade e que o filho morrerá logo após o corte do cordão umbilical.⁶⁸ Noronha leciona que:

Ocorre esta espécie quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante este período, tudo podendo acarretar para aquele enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc.⁶⁹

Entretanto, se observa que em casos graves de anomalia fetal e quando houver sérios riscos e perigo para o filho, os juízes têm concedido alvarás permitindo o aborto, mas tal condição tem de ser devidamente comprovada pela realização de exames.

Almeida Junior e Costa Júnior lecionam que “o aborto por motivos eugênicos consiste em interromper a gestação quando se suspeite que o futuro ser vai trazer consigo doenças ou anomalias graves, que um dos genitores lhe teria transmitido com o plasma germinativo.”⁷⁰ Ademais, o aborto eugênico visa evitar que uma criança chegue ao mundo com defeitos, ou seja, como Capez salienta, com “deformidade ou enfermidade incurável.”⁷¹

No Brasil, o aborto só podia ser praticado licitamente se fosse para salvar a vida da gestante, ou em casos de gravidez decorrente de estupro, conforme será

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 122.

⁶⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

⁶⁹ NORONHA E. Magalhães. *Direito Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.67.

⁷⁰ ALMEIDA JUNIOR, A.; COSTA JUNIOR, J.B de O. *Lições de medicina legal*. 22. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998, p. 366.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 161.

oportunamente estudado. Todavia, vinha sendo discutida a possibilidade de inclusão de uma terceira hipótese de aborto lícito: o aborto de anencéfalos.⁷²

O Supremo Tribunal Federal vive um momento de regozijo com a sociedade brasileira, pois realizou julgamentos de temas considerados de interesse geral, dentre eles o aborto de anencéfalos. No mês de abril de 2012, a decisão foi proferida em razão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento integral da pretensão, apontando, dentre vários argumentos, a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da gestante em realizar a antecipação voluntária terapêutica do parto de feto anencefálico, quando for diagnosticado por médico habilitado. Para o julgamento, foram realizadas audiências públicas para interpretar os pensamentos de vários seguimentos, tais como religiosos, científicos, médicos e jurídicos.⁷³

Prevaleceu a alegação exposta pelo relator Min. Marco Aurélio, no sentido de que a laicidade deve predominar nas decisões judiciais e, principalmente no caso colocado em julgamento, no sentido de que é obrigatório se atentar para as regras definidoras do direito à vida, da dignidade da pessoa humana, da proteção da autonomia da gestante e de seu parceiro, da privacidade e saúde da mulher⁷⁴. Frisou-se que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, tampouco com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.⁷⁵

Após o julgamento, foi expedida a Resolução nº 1989/2012, do Conselho Federal de Medicina, exigindo-se diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto. Entretanto, no caso de constatação da deformidade, a gestante poderá manter a gravidez ou interrompê-la. No primeiro caso, ser-lhe-á assegurada assistência médica pré-natal compatível com o diagnóstico. No segundo, poderá imediatamente interromper a gravidez, independentemente do tempo da gestação,

⁷² LÉPORE, Paulo. *Anencefalia, Aborto e o iminente julgamento da ADPF 54*. 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/paulolepore/2011/09/29/anencefalia-aborto-e-o-iminente-julgamento-da-adpf-54/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

⁷³ JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *Julgamento de destaque no STF: aborto de feto anencéfalo*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/12/18/julgamento-de-destaque-no-stf-aborto-de-feto-anencefalo/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

⁷⁴ JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *Julgamento de destaque no STF: aborto de feto anencéfalo*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/12/18/julgamento-de-destaque-no-stf-aborto-de-feto-anencefalo/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Julgamento do STF. Aborto Anencéfalo. Publicação no Informativo 661 STF*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/04/20/julgamento-do-stf-aborto-anencefalo-publicacao-no-informativo-661-stf/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

ou adiar a decisão para outro momento. Em ambos os casos, é dever médico informá-la das consequências e dos riscos decorrentes de cada uma delas, com a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Apesar de ser omissa a Resolução, exige-se também a manifestação de vontade do marido ou companheiro, que também é parte legítima e interessada no procedimento.⁷⁶

Destarte, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio e dos que o acompanharam, ocorreu a decisão do STF, que corrobora que aborto de anencéfalonão é crime. Não há que se falar em autorização judicial, pois não há crime. Os médicos é que decidem agora em fazer ou não fazer o aborto, desde que presentes os requisitos prova da anencefalia e inviabilidade da vida.⁷⁷

O artigo 128 do Código Penal trata das excludentes especiais de ilicitude para a prática do aborto, determinando que “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Como se pode observar, o código penal exclui a ilicitude dessas duas espécies de aborto. Nesse sentido, Bitencourt assevera que “é uma forma especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que ‘não há crime’, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal.”⁷⁸

No inciso I, está previsto o aborto terapêutico, também denominado como necessário, o qual é realizado quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. O aborto necessário, segundo Hungria:

É a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. O aborto necessário pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Durante a gravidez, apresenta-se, às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave compilação mórbida, pondo em risco a vida da gestante.⁷⁹

⁷⁶ JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *Julgamento de destaque no STF: aborto de feto anencéfalo*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/12/18/julgamento-de-destaque-no-stf-aborto-de-feto-anencefalo/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF)*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/04/11/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

⁷⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.168.

⁷⁹ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao código penal*, volume V (arts. 121 a 136). 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 309.

O aborto necessário pode ser curativo ou preventivo. Apresenta-se durante a gravidez por motivos do estado da mulher ou por alguma enfermidade séria ou mórbida a qual lhe trará sérios riscos de vida.

Segundo Capez, o aborto necessário é:

A interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado.⁸⁰

No entanto, há dois bens jurídicos postos em perigo quais sejam a vida do feto e da genitora. O legislador optou por preservar o bem jurídico maior, que é a vida da genitora.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decide:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. - Relembramos, inicialmente, que este Órgão Fracionário, recentemente, voltou a enfrentar a matéria. A questão, quase sempre envolvendo peculiaridades, não se mostra de fácil solução. Tanto assim é que, no último julgado (Apelação Crime 70048009773, julgada em 12 de abril de 2012 - acórdão já publicado, mas ainda disponibilizado na jurisprudência), embora a decisão tenha sido unânime, o deferimento do pedido se assentou em fundamentos diversos. - Na espécie, entretanto, como ressaltou o ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Sergio Santos Marino, que opinou no sentido do desprovemento do apelo ministerial, ante - outros documentos - o atestado no documento acostado a fls. 30 (ATESTADO DO HOSPITAL DE GUARNIÇÃO DE SANTA MARIA), é " Forçoso concluir, portanto, não se tratar de simples anomalia, mas de efetiva má-formação fetal a implicar não somente na inviabilidade da vida extrauterina, como também coloca em risco a vida da própria gestante, o que encontra abrigo na permissão contida no art. 128, inciso I, do Código Penal." (destacamos). - Quanto do julgamento da apelação anteriormente

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.158.

mencionada, após desacolher o pedido fundado no denominado “**aborto eudenésico**” - isto é, tão somente pela mal-formação do feto - , restou abordo matéria relativa “ **aborto terapêutico**” (fundamentação reproduzida) - No caso sub judice, então, devemos considerar o consignado no documento juntado a fls. 30, que atesta que o procedimento é **necessário** e deve se realizar “... COM BREVIDADE SOB PENA DE RISCO DE MORTE DA PRÓPRIA MÃE” . APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2012).⁸¹

Os julgadores votaram em favor do bem jurídico maior, que é a vida da gestante, pois a má formação fetal pode colocar em risco a vida desta. Encontrando respaldo no artigo 128, inciso I, do Código Penal, o procedimento é necessário e deve ser realizado, sob pena de representar risco de morte à gestante.

Conforme os ensinamentos de Bitencourt, o aborto terapêutico exige dois requisitos simultâneos:

a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.⁸²

Dessa forma, entende-se que essa espécie de aborto é realizada quando inexistir outra forma de salvar a vida da gestante que estiver correndo perigo, bem como quando inexistir outro meio de salvá-la. Pode, também, ocorrer quando a necessidade não se faz presente em circunstâncias em que o fato é praticado para evitar a desonra pessoal ou familiar.

Nesse diapasão, o aborto deverá ser praticado por médico, podendo este ser auxiliado por terceiro. Caso o aborto seja praticado por pessoa que não for habilitada, pode-se alegar estado de necessidade, em conformidade com o disposto

⁸¹ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime, nº 70048297840*, da Segunda Câmara Civil. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa. 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 4 julho 2012.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.169.

no artigo 24 do Código Penal, por se tratar de existência de perigo atual para a vida da mulher.⁸³

O inciso II do artigo 128 do Código Penal prevê o aborto humanitário, também denominado de sentimental ou ético, que é realizado por médico quando a gravidez resultar de estupro.

Antes do advento da lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, o estupro era conceituado no Código Penal como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”. Noronha, antes do advento da lei, conceituava estupro em poucas palavras como sendo o “coito vagínico violento.”⁸⁴

Após a promulgação da citada lei, o estupro pode ser definido de forma diversa. O artigo 213 do Código Penal estabelece: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

A legislação previu a unificação dos crimes similares estupro e atentado violento ao pudor, colocando-os em um único artigo e sob uma única denominação. Conceitua-se como estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo-se a conjunção carnal.⁸⁵

Anteriormente, o estupro era uma conduta praticada somente contra a mulher e com o advento da legislação este delito pode ser cometido pelo homem contra a mulher, como também pela mulher contra o homem.

Tal norma do inciso II justifica-se permissiva porque a mulher não deve ser obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, como também poderá trazer riscos de problemas mentais hereditários.⁸⁶

Todavia, o aborto realizado por médico em caso de estupro trata-se de uma norma permissiva, pois a mulher não pode ser obrigada a cuidar de um filho que seja fruto de uma violência, de uma gravidez não desejada e, que pode implicar sérios riscos e problemas mentais à pessoa violentada.

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial* (Arts.121 a 234 do CP). 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 99.

⁸⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 65.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade pessoal*. Comentários a lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 698.

Bitencourt traz os requisitos necessários para a autorização do aborto humanitário: “a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante, ou, sendo incapaz, de seu representante legal.”⁸⁷

Em relação ao consentimento da gestante, Prado estabelece:

[...] exige-se, para a licitude da intervenção cirúrgica, o consentimento da gestante ou de seu representante legal. É indispensável o consentimento para a justificação da conduta do médico. Logo, mais do que um mero requisito, o consentimento constitui a autêntica base da eximente, pois é precisamente a conformidade do paciente que faz surgir o direito de agir do médico. E isso é assim porque, na verdade, todo tratamento médico implica ingerência em bens jurídicos do paciente, ingerência que só se justifica se o próprio lesado – ou seu representante legal – o autorizam.⁸⁸

Importante destacar que para a intervenção cirúrgica é necessário o consentimento da gestante, e, se esta for incapaz, de seu representante legal, pois o médico somente poderá agir se o autorizam. Cabe acrescentar que o consentimento deverá ser obtido por escrito ou perante testemunhas idôneas. Nesse sentido, Hungria leciona:

Para a sua própria segurança, o médico deverá obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, por escrito ou perante testemunhas idôneas. Se existir, em andamento, processo criminal contra o esturador, seria mesmo de bom aviso que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado.⁸⁹

No entanto, se existir contra o esturador algum processo criminal em andamento, conforme citado acima, seria de bom aviso que o juiz e o representante

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 170.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 120.

⁸⁹ HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao código penal*, volume V (arts. 121 a 136). p. 313.

do Ministério Público fossem consultados, sendo a aprovação necessária e não devendo ser recusada, desde que haja indícios para a prisão preventiva do acusado.

Acerca do aborto sentimental e os riscos à saúde da mulher, Chaves expressa:

[...] se permitiu, há mais de cinqüenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente dos riscos de vida à mãe e das condições do feto, admitiu como possível, havendo risco à saúde física ou psíquica da mulher (e não só à vida), bens individuais que necessitam igual tutela, o aborto de feto sem possibilidade de vida autônoma.⁹⁰

Dessa forma, pode-se observar que a mulher tem o direito de escolher se vai prosseguir ou não com a gravidez resultante de estupro, pois ela estará amparada pela legislação. Essa norma se consolida como permissiva, uma vez que ninguém poderá obrigar uma pessoa a gerar um filho cuja gravidez não foi desejada, ou levar adiante uma gravidez que poderá trazer sérios riscos à saúde física, reprodutiva e mental, como depressão, ansiedade, medo, sentimentos de culpa e transtornos emocionais.

Todas essas divergências e debates diversos fizeram com que o aborto estivesse contemplado entre os tantos temas que compõem a reforma do Novo Código Penal. Pela proposta, o aborto continua sendo crime punível com prisão (artigos 125/127), mas se estendem as hipóteses em que o aborto não é considerado crime (exclusão do crime). A principal inovação é a possibilidade de interrupção da gestação, até a 12ª semana, por vontade da gestante, quando for atestado (por médico ou psicólogo) que ela não tem condições psicológicas de ser mãe (arcar com a maternidade).

Também não configura crime de aborto, segundo a proposta, quando: I) há risco à vida ou à saúde da gestante, II) a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou III) do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, e IV) ocorrer anencefalia comprovada ou quando o feto padecer de graves e incuráveis

⁹⁰ CHAVES, *Direito à vida e ao próprio corpo*. (intersexualidade, transexualidade, transplantes). p. 35.

anomalias que o impeçam de sobreviver fora do útero (vida extrauterina), em ambos os casos atestado por dois médicos (art. 128).⁹¹

Embora as espécies de aborto (natural, acidental e eugênico) não sejam o objeto específico deste estudo, importante a sua análise para a compreensão do tema proposto, assim como das espécies de abortos tipificados no Código Penal, assunto que será abordado no próximo item.

2.3 Espécies de abortos tipificados no Código Penal brasileiro: bem jurídico tutelado, tipo penal objetivo e subjetivo

As normas que consideram o aborto como ato criminoso estão estabelecidas nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, os quais tratam do autoaborto e do aborto consentido e do aborto provocado por terceiro com e sem o consentimento da vítima, além do aborto qualificado pelo resultado.

O bem jurídico protegido no crime de aborto pelos artigos acima descritos é, nas palavras de Prado, “a vida do ser humano em formação”⁹². Nesse sentido, Mirabete assevera:

Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses de gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas de vida.⁹³

⁹¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. *Principais Mudanças e Polêmicas: Projeto de Novo Código Penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/02/20/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-2362012/>>. Acesso em: 5 de ago. 2013.

⁹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial (Arts.121 a 234 do CP)*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 94.

Observa-se, assim, que nas espécies de aborto criminoso o que se tutela é a vida em formação, pois já existe um ser que cresce, se movimenta e já obtém uma atividade cardíaca.

Quando o aborto é provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante), além da vida do feto, tutelam-se também a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante.⁹⁴

Portanto, é de suma importância salientar que na tipificação como crime do aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, além de se proteger a vida do ser humano em formação também se tutela pela vida e incolumidade física e psíquica da mulher gestante.

O sujeito ativo no autoaborto e no aborto consentido é a mulher gestante. No aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.⁹⁵

Assim, se entende que no aborto provocado por terceiro, quando a gestante consente a prática, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Já no autoaborto, sendo a própria mulher que pratica a ação, e no aborto consentido onde ela consente que outrem lhe faça, o sujeito ativo é a gestante.

Já o sujeito passivo no autoaborto e no aborto consentido é o feto, ou seja, é o produto da concepção, que engloba óvulo, embrião e feto (há divergência doutrinária). A gestante é sujeito passivo no aborto provocado por terceiro. Nessa espécie de aborto, há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante.⁹⁶

O núcleo do tipo penal aborto está no verbo provocar, que significa dar causa, originar o aborto. Trata-se de um crime de ação livre, podendo a provocação do aborto ser realizada de diversas formas, seja por ação ou mesmo por omissão. A ação provocadora poderá ocorrer através dos seguintes meios executivos:⁹⁷

Os meios podem ser químicos, como o fósforo, arsênico, mercúrio (substâncias inorgânicas), quinina, ópio, pituitrina etc. (substâncias orgânicas). Não possuem função abortiva específica, atuando por meio de

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 107.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 158 e 159.

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

intoxicação. Há os processos físicos, que podem ser mecânicos, térmicos e elétricos. Os mecânicos podem ser diretos e indiretos. Diretos são os que agem por meio de pressão sobre o útero através das paredes abdominais, por traumatismos vaginais (irrigações e tamponamento), por traumatismo do colo do útero (dilatação pelo espéculo, pela laminária, pelo dedo), e por traumatismo do ovo (punção, deslocamento e curetagem). Indiretos são os que atuam à distância do aparelho genital, como as sangrias, banhos, escalda-pés, quedas e exercícios exagerados. Dentre os térmicos, são citados o emprego de bolsas de águas quente, cataplasmas de linhaça e bolsa de gelo na parede do abdômen. O meio elétrico atua através de corrente farádica ou galvânica, banhos elétricos etc. Por último, há os processos psíquicos, como o susto, sugestão, terror, choque moral, etc.⁹⁸

Dessa forma, conclui-se que a ação provocadora do aborto pode se realizar de diversos meios que são utilizados para a execução, como meios químicos, processos físicos que se dividem em mecânicos, térmicos e elétricos.

Conforme salientado, o aborto poderá ser cometido por omissão. Suponha-se que a gestante esteja correndo sério risco e o médico indica algum medicamento para evitar o aborto, devendo ela ingeri-lo. Se esta, contudo, querendo que ocorra a morte do feto, deixar de ingerir o medicamento, ação da qual resulta a morte do ser em formação, isso se caracteriza como aborto por omissão.⁹⁹

Cabe ressaltar que se o meio é absolutamente ineficaz, ou seja, insuscetível de provocar o aborto, como rezas, simpatias, administração de substâncias completamente inócuas, há crime impossível (artigo 17, CP).¹⁰⁰

O aborto é punível a título de dolo. O dolo pode ser direto, quando há vontade firme de interromper a gravidez e de produzir a morte do feto, e como eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir esses resultados (p. ex, a mulher pratica esportes violentos tendo a consciência de que poderá vir a abortar).¹⁰¹

Logo, denota-se que quando há vontade de produzir a morte do feto se está diante de dolo direto, sendo, portanto, o aborto punível a título de dolo. Já quando o sujeito tem a consciência e assumir o risco de produzir o resultado, trata-se do aborto eventual.

⁹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 104.

⁹⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48.

¹⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 112

¹⁰¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 104.

O aborto é criminoso apenas quando for provocado, quando a finalidade for efetivamente a interrupção da gravidez e a eliminação do produto da concepção. Para essa espécie de crime é necessária a presença de algumas condições, como o dolo, a gravidez da mulher, a morte do feto, embrião ou óvulo e manobras abortivas.¹⁰²

O artigo 124 do Código Penal prevê: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”. Esse artigo tipifica duas figuras de aborto: o autoaborto e o aborto consentido. Sobre elas, Capez leciona:

1ª figura – Aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto): é a própria mulher quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma. É possível a participação nessa modalidade delitiva, na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado.

2ª figura – Aborto consentido: a mulher apenas consente na prática abortiva, mas a execução material do crime é realizada por terceira pessoa. Pode haver o concurso de pessoas na modalidade de participação, quando, por exemplo, alguém induz a gestante a consentir que o terceiro lhe provoque o aborto. Jamais poderá haver a coautoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher.¹⁰³

Dessa forma, quem auxiliar, induzir ou instigar a gestante à prática do delito está sendo partícipe, desde que sua conduta seja secundária. Já o autoaborto trata-se de delito próprio, a autora é a gestante, que, em face disso, recebe a denominação de sujeito ativo qualificado, sendo o produto da concepção o sujeito passivo¹⁰⁴.

Já em relação à segunda figura típica, a mulher apenas estará consentindo e uma terceira pessoa é quem irá realizar tal manobra abortiva. Poderá haver

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160.

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

¹⁰⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 102 e 103.

concurso de pessoas no momento que outrem induzir a gestante a consentir que o terceiro lhe provoque.

O artigo 125 do Código Penal trata do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.”

O sujeito ativo vai ser o terceiro que provoca o aborto, sem o consentimento da gestante. Já os sujeitos passivos vão ser a gestante e o Estado, pois este tem interesse não somente na integridade corporal, física e psíquica da mulher, como também no nascimento.¹⁰⁵

Com relação a essa modalidade de aborto, Prado afirma:

Em se tratando de aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125, CP), o agente emprega a força física, a ameaça ou a fraude para a realização das manobras abortivas. Exemplos característicos de fraude são aqueles em que o agente ministra à mulher grávida substância abortiva ou nela realiza intervenção cirúrgica para a extração do feto sem o seu conhecimento.¹⁰⁶

Dessa maneira, basta que o terceiro empregue meios abortivos para que se configure a prática delitiva sem o consentimento da gestante. Essa modalidade de aborto possui duas formas: com dissentimento real (segunda parte do parágrafo único do artigo 126), e com dissentimento presumido da gestante (artigo 126, parágrafo único, primeira parte).

Haverá dissentimento presumido quando a gestante não for maior de 14 anos, ou se for alienada ou débil mental. Já o dissentimento real ocorre quando o sujeito emprega contra a gestante violência ou grave ameaça.¹⁰⁷

O artigo 126 do Código Penal trata do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. O parágrafo único deste artigo

¹⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 691.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 115.

¹⁰⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62

estabelece que deixa de ser aborto com consentimento da gestante quando ela for menor de quatorze anos, alienada ou débil mental”.

O sujeito ativo será qualquer pessoa. Cabe salientar que nada impede a coautoria ou a participação de terceiros que atuarem em favor da gestante. O sujeito passivo é o Estado e não o feto.¹⁰⁸

Conforme estabelece Capez, “para que se caracterize a figura do aborto consentido (CP, art. 126), é necessário que o consentimento da gestante seja válido, isto é, que ela tenha capacidade para consentir.”¹⁰⁹

Como se observa, para que o consentimento da gestante seja válido e para que se caracterize o aborto consentido, conforme previsão no artigo 126 do Código Penal, a gestante tem que ter capacidade para consentir.

Damásio de Jesus, acerca do consentimento, prepondera que:

É necessário que a gestante tenha capacidade para consentir, não se tratando de capacidade civil. Neste campo, o Direito Penal é menos formal e mais realístico, não se aplicando as normas do Direito Privado. Leva-se em conta a vontade real da gestante, desde que juridicamente relevante. Se, ao contrário, a gestante não é maior de 14 anos, ou alienada ou débil mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o fato é atípico diante da norma que descreve o aborto consensual, adequando-se à definição do crime do art. 125 do CP, nos termos do que preceitua o art. 126, parágrafo único.¹¹⁰

É necessário, portanto, que a gestante seja capaz para consentir. Será cometido o aborto consensual se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, e ainda se a gestante não for maior de 14 anos, ou alienada ou débil mental.

O artigo 127 do Código Penal trata do aborto qualificado pelo resultado e estabelece que:

¹⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 693.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

¹¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 106.

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.

Esse artigo prevê causas especiais de aumento de pena para o crime de aborto praticado com o consentimento da gestante: se configurar lesão corporal grave, a pena é elevada em um terço. Para o crime praticado sem o consentimento da gestante e esta for a óbito, a pena é duplicada.¹¹¹

Dessa maneira, conclui-se que se o crime de aborto constituir lesão corporal grave para a gestante quando o delito for praticado com o seu consentimento, haverá causas especiais de aumento de pena, que será elevada em um terço. E, no caso de não haver consentimento e resultar na morte da gestante, a pena será duplicada.

Se a gestante sofrer lesão corporal de natureza leve por consequência do aborto ou dos meios empregados, o sujeito responderá pelo crime de aborto, não se aplicando a forma típica do artigo 127. Não será, nesse caso, aplicado tal artigo, pois lesão leve constitui resultado natural da prática abortiva e o Código Penal só pune a ofensa corporal desnecessária e grave.¹¹²

Destarte, entende-se que o sujeito responderá pelo crime de aborto, mas não se aplica a norma do artigo 127 se a gestante sofrer uma lesão corporal de natureza leve em decorrência do aborto ou pelos meios empregados para realizá-lo.

Nos entendimentos de Fragoso, “se o agente quis apenas praticar lesão corporal na mulher (cuja gravidez conhecia ou não podia desconhecer) e sobrevém o aborto em razão da violência, o crime será de lesão corporal gravíssima.”¹¹³

Entretanto, se constata que o aborto é tão antigo quanto o homem e que com o passar da história começou a ser reprovado. Nos dias atuais há formas lícitas de aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro. Todavia, se faz necessário fazer uma análise sobre o projeto de

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.167.

¹¹² JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 108.

¹¹³ *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, volume 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.165.

lei do estatuto do nascituro à proteção legal da mulher estuprada, tema que será abordado no próximo capítulo.

3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO HUMANITÁRIO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste capítulo será voltado especial olhar ao estatuto do nascituro e à proteção legal da mulher estuprada, eis que ao tempo que o nascituro tem o direito à vida, a mulher também está ampara pela lei, tendo direito à liberdade e à dignidade.

Importante fazer uma análise dos prós e contras do inciso II do artigo 128 do Código Penal, pois há uma colisão de direitos fundamentais envolvendo a vida do nascituro e a integridade física e moral da mulher vítima de estupro.

3.1 O aborto humanitário: do estatuto do nascituro (projeto de lei nº 478/2007) à proteção legal da mulher estuprada (Lei nº 12.845/2013)

Às mulheres que sofrem abuso sexual e que desse ato engravidarem o Código Penal oferece a opção do aborto humanitário ou ético. Como já analisado no capítulo anterior, trata-se de uma norma excludente de ilicitude na qual a gravidez decorre da prática de um ato violento, o estupro, onde o bem jurídico a ser tutelado é a vida da mulher.

Começou em 2011, em Toronto, no Canadá, a chamada “Marcha das Vadias”, que se consolida como um movimento cujo intuito é de subverter os termos machistas que oprimem a todas as mulheres. Iniciou-se a marcha após um policial dizer, em uma palestra sobre prevenção de crimes, que, para evitar estupros, as mulheres não deveriam se vestir como vadias. Universitárias revoltadas com o conselho do policial organizaram um protesto contra a cultura de estupro e o machismo.¹¹⁴

O movimento feminista brasileiro vem enfrentando um desafio, lutando pela liberalização do aborto, e vem sendo um dos grandes desafios da história do

¹¹⁴ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Entre a palavra e a realidade*. Disponível em: <http://www.eca.usp.br/cje/claro/exibir.php?materia_id=61>. Acesso em: 06 ago. 2013.

feminismo brasileiro contemporâneo. Observando a história e os debates das ações feministas, se nota que ela foi marcada por avanços, recuos e por inúmeras negociações políticas.¹¹⁵

Um dos pontos fracos das políticas feministas em se tratando do aborto tem sido a impossibilidade material e simbólica de atingir um público maior, já que o filtro dos meios de comunicação e das instituições educacionais e religiosas, na maioria das vezes, evita ou amaldiçoa o tema. Contudo, a cada possibilidade de liberação do aborto as forças conservadoras contra-atacam, cada vez com maior agressividade, cooptando a opinião pública favoravelmente.¹¹⁶

O Estatuto do Nascituro também gerou revolta nas ruas. Para uma significativa parte das feministas, o Estatuto inverte valores, dando prioridade ao feto ao invés da mulher violentada, banalizando a agressão e coibindo o aborto de mulheres estupradas.¹¹⁷

O Projeto de Lei 478/2007, que regulamenta o Estatuto do Nascituro, aborda seus direitos fundamentais, tais como direito a tratamento médico, ao diagnóstico pré-natal, à pensão alimentícia ao nascituro concebido em consequência de ato de violência sexual, à indenização por danos morais e materiais, além de tipificar como crime atos como dar causa, de forma culposa, à morte de nascituro; anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar o aborto; fazer apologia ao aborto, dentre outros.¹¹⁸

O projeto sugere a bolsa-estupro, pois a proposta garante proteção jurídica aos embriões e propõe que as mulheres que engravidaram em consequência de estupro recebam um benefício em dinheiro. Durante a discussão da proposição na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, parlamentares quiseram retirar da lei as situações em que o aborto é permitido, mas a tentativa fracassou.¹¹⁹

Um dos autores do projeto, o deputado José Miguel Martini (PHS-MG), defende que as mulheres que por falta de informação optam pelo aborto devem ser

¹¹⁵ SCAVONE, Lucila. *Políticas feministas do aborto*. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

¹¹⁶ SCAVONE, Lucila. *Políticas feministas do aborto*. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

¹¹⁷ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Entre a palavra e a realidade*. Disponível em: <http://www.eca.usp.br/cje/claro/exibir.php?materia_id=61>. Acesso em: 06 ago. 2013.

¹¹⁸ BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Aspectos controvertidos da situação jurídica do nascituro*. Disponível em: <<http://manovraeconomica2011.diritto.it/docs/33790-aspectos-controvertidos-da-situa-o-jur-dica-do-nascituro>> Acesso em: 16 ago. 2013.

¹¹⁹ UNIVERSIDADE DE BRASILIA. Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>> Acesso em 05 ago. 2013.

apoiadas pelo Estado, porém, aquelas que, mesmo informadas, o praticam, devem ser punidas. O deputado ainda defende que a mulher informada só engravida se quiser e tem de assumir e ser responsável pelos seus atos. O Estado, por sua vez, deve oferecer apoio às mulheres que, por falta de informação, optam pelo aborto. O apoio, na opinião dele, é a oferta de condições para que a mulher evite uma gravidez indesejada e, uma vez grávida, possa fazer um pré-natal, manter seu filho em segurança e até receber assistência psicológica, caso seja necessário.¹²⁰

Em relação à chamada bolsa auxílio (a “bolsa estupro”), uma das integrantes do Movimento Feminista de Salvador, Maria Eunice Kalil (Grupo Imais e Rede Feminista de Saúde - Regional Bahia) defende que não se trata de uma questão econômica ou financeira e salienta que as mulheres que sofreram abuso sexual não abortam porque não têm condições de sustentar seus filhos e sim porque foram violentadas e a criança seria fruto de uma violência.¹²¹

O Estatuto ainda prevê que, se o pai for identificado, terá que arcar com a pensão alimentícia da criança. Kalil ainda defende a mulher, salientando que: “É um retrocesso na legislação dos direitos das mulheres. É uma dupla violência, pois, além de ter esse filho, obriga a mulher a manter contato com o estuprador, mesmo que de forma indireta.”¹²²

Entretanto, se observa que há divergências a respeito da chamada bolsa estupro, eis que o Estatuto do Nascituro, no momento em que oferece apoio à mulher violentada sexualmente, está dando prioridade ao feto. Outro ponto em que há conflitos é a situação em que, se o autor do estupro for identificado, ele é obrigado a pagar a pensão alimentícia da criança.

A violência sexual é um problema mundial que atinge as mulheres, independentemente de idade, cor, religião, nacionalidade, opção sexual ou condição social. A consequência é, sobretudo, social, pois afeta o bem-estar, a segurança, as possibilidades de educação e desenvolvimento pessoal e a autoestima das mulheres.¹²³

¹²⁰ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>> Acesso em 05 ago. 2013.

¹²¹ MASCARENHAS, Fabiana. *Estatuto do Nascituro provoca polêmica no País*. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/materias/1522212-estatuto-do-nascituro-provoca-polemica-no-pais>>. Acesso em: 13 de ago. 2013.

¹²² MASCARENHAS, Fabiana. *Estatuto do Nascituro provoca polêmica no País*. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/materias/1522212-estatuto-do-nascituro-provoca-polemica-no-pais>>. Acesso em: 13 de ago. 2013.

¹²³ SANTOS, Simone Ferreira dos. *Violência contra a mulher*. 2001. Disponível em: <<http://www.bvs-sp.fsp.usp.br/tecom/docs/2001/fon001.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

Assim, se constata que a violência sexual é um problema social que afeta não somente o bem-estar da vítima e sua autoestima, como também seu estado psíquico e moral. O Código Penal, em seu artigo 128, inciso II, permite a prática do aborto humanitário, porém, não previa, nesses casos, o atendimento dessas vítimas. Os hospitais se negavam a atender essa vítima e os médicos não se comprometiam a executar a interrupção da gravidez. A questão dizia respeito, então, a onde as gestantes deveriam ser encaminhadas e quem deveria atendê-las. Em decorrência disso, a vítima que deveria receber um tratamento digno e diferenciado acabava procurando clínicas clandestinas.¹²⁴

Dentro desse contexto, a Assessoria da Saúde da Mulher da Prefeitura do Município de São Paulo, em 1989, passou a examinar uma maneira de melhor atender às vítimas grávidas em decorrência do estupro. Então, foi publicada, em 06 de junho de 1989, no Diário Oficial do Município, a Portaria nº 692/89, que inclui na Lei Orgânica do Município a obrigatoriedade do atendimento médico na rede hospitalar. O programa foi muito bem aceito pela população em geral e, apesar de ser ainda polêmico, vem servindo de exemplo para outras entidades interessadas em oferecer esse tipo de acolhimento e atendimento.¹²⁵

No entanto, a legislação não garante, por si só, o efetivo cumprimento do previsto, pois somente as pessoas que tem certo poder aquisitivo é que podem exercer o direito de escolha e condições de arcar com os elevados valores cobrados pelas clínicas particulares. Aquela mulher que não tem como pagar e por falta de orientações e informações submete-se a procedimentos clandestinos, correm riscos que são por demais conhecidos, sujeitando-se a sérias lesões e seqüelas.¹²⁶

Os movimentos sociais feministas estão lutando pela legalização do aborto. Para a Articulação Feminista pela Liberdade de Decidir, a penalização do aborto transgride os pilares mínimos de justiça social e equidade.

Toda mulher enfrentar a decisão de abortar e as leis punitivas não evitam os abortos, e sim fomentam as práticas clandestinas e perigosas. Colocam,

¹²⁴ COLAS, Osmar R. et al.; Aborto Legal por Estupro – Primeiro Programa Público no País. Brasília. *Revista Bioética*. Vol.2, n.01. 1994. ISSN: 1983-8034. p. 1.

¹²⁵ COLAS, Aborto Legal por Estupro – Primeiro Programa Público no País. Brasília. p. 1.

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Aborto uma questão social*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aborto_uma_quest%E3o_social.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

assim, em risco a vida e saúde das mulheres mais pobres e das jovens, o que reforça desigualdades de gênero e de classe. Despenalizar o aborto significa respeitar os princípios de liberdade e autonomia e garantir o direito das mulheres a decidir se baseando em suas próprias convicções, desejos, crenças e circunstâncias.¹²⁷

O ordenamento jurídico brasileiro permite a prática do aborto humanitário, considerando-o lícito. No entanto, é um dever do Estado prestar assistência médica à mulher que pretende interromper a gravidez ocorrida em decorrência de violência sexual. O aborto pós-estupro é um direito da mulher garantido pelas normas internacionais de direitos humanos, pela Constituição Federal e, especificamente pela legislação penal, sendo que as mulheres que optam pelo abortamento devem receber orientações sobre a sua prática de forma segura.¹²⁸

Destarte, como é permitida a prática do aborto humanitário, a mulher que optar por interromper a gravidez decorrente de um ato violento deve receber orientações a respeito, eis que é um direito desta e um dever do Estado.

Todos os governantes e relevantes organizações intergovernamentais e não-governamentais são instalados a fornecer seu comprometimento com a saúde do aborto inseguro (definido como um procedimento para interromper uma gravidez indesejada, seja por pessoas sem a necessária capacitação, seja em ambientes que não apresentam as mínimas condições sanitárias, ou ambos), [...] As mulheres com gravidez indesejada devem ter pronto acesso à informação confiável e ao aconselhamento compassivo.¹²⁹

Os sistemas de saúde devem capacitar e equipar as pessoas que prestam serviços de saúde e assegurar que o aborto se realize em condições adequadas¹³⁰.

¹²⁷ MOVIMENTOS SOCIAIS. *Neste 28 de setembro, movimentos pedem despenalização do aborto e mais compromisso com saúde das mulheres*. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?tag=movimento-sociais>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

¹²⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*. 2011. 2ªed. Brasília: Editora MF. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹²⁹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 6.ed. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo. 2002. p.237.

¹³⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*. 2011. 2ªed. Brasília: Editora MF. Disponível

As instituições devem se organizar, estabelecer e fornecer um atendimento sistematizado, pois quanto mais profissionais estiverem capacitados para realizar o atendimento, melhores serão as condições de se oferecer uma atenção digna e desburocratizada. Desse modo, a capacitação das equipes deve compreender tanto conhecimentos técnicos quanto a reflexão sobre suas atitudes, seus conceitos de violência e o contato direto com as vítimas que sofreram a agressão.¹³¹

Dessa maneira, se observa que instituições como hospitais e sistemas de saúde devem oferecer e capacitar os seus servidores para que estes saibam agir e atender às vítimas de uma maneira adequada, lhe dando atenção e atendimento digno.

[...] ao tratar o aborto como um problema de saúde pública, oferecendo um tratamento adequado por um sistema de saúde pública de qualidade, o Estado está efetivando os direitos ditos sexuais e reprodutivos femininos, resguardando, portanto, o direito à saúde da mulher e sua dignidade enquanto pessoa humana.¹³²

Por isso, é dever e função do Estado preservar a vida e a dignidade da mulher e oferecer um sistema de saúde pública adequado, pois a clandestinidade em que o abortamento é realizado transforma as mulheres e adolescentes em criminosas, o que, com certeza, não tem tido o efeito esperado, qual seja o de coibir ou impedir que sejam realizados. Sem falar nos danos psicológicos que ocorrem e que fazem com que a imputação da culpabilidade leve à exacerbação dessas sequelas, que poderiam ser minimizadas se fosse desclandestinizada a sua prática. Para isso, o primeiro passo necessário deve ser sua descriminalização.¹³³

em:<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹³¹ BEDONE, Aloisio José; FAÚNDES, Anibal. *Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual*: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007000200024&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹³² PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. *A ineficácia jurídica e econômica da criminalização do aborto*. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/05/AbortoInefic%C3%A1cia-econ%C3%B4mica-e-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2013.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. *Aborto uma questão social*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aborto_uma_quest%E3o_social.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

A violência sexual e as suas consequências, como o aborto clandestino, constituem um problema de saúde pública e preocupam as autoridades. As mulheres, principalmente as mais pobres, muitas vezes não encontram nos hospitais públicos um atendimento acolhedor para fazer a interrupção legal da gravidez e, como consequência, se veem obrigadas a dar continuidade a uma gravidez indesejada, com todas as suas implicações, ou a apelar a serviços despreparados.¹³⁴

A presidenta Dilma sancionou o Projeto de Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, que torna obrigatório e integral no Sistema Único de Saúde (SUS) o atendimento de pessoas em situação de violência sexual. A lei estabelece que os hospitais devam oferecer um atendimento integral e emergencial para as vítimas e tratamentos físicos e psíquicos decorrentes da violência sexual, além de outras providências.¹³⁵

Após a sanção, um novo projeto de lei foi enviado ao Congresso Nacional, alterando a lei nº 12.845/2013, propondo uma nova redação para o artigo 2º, que traz a definição para violência sexual. O texto atualmente aprovado é vago e deixa dúvidas em relação à extensão dos casos que seriam abrangidos pela lei. O texto atual dispõe: “Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida”. Já, a redação proposta é “Considera-se violência sexual todas as formas de estupro, sem prejuízo de outras condutas previstas em legislação específica.”¹³⁶

[...], contudo um pequeno detalhe põe em cheque a legitimidade da lei: as mulheres já têm esse direito garantido pela Constituição. Em situações emergenciais, como nos casos de estupro, o SUS tem protocolos específicos estipulados pelo Ministério da Saúde e já oferece esse tipo de atendimento. O problema é que ele acaba ficando restrito a unidades específicas, como o Hospital Pérola Byington – unidade da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo-, que atende cerca de 15 mulheres vítimas de estupro diariamente. Desde a data da fundação do ambulatório de

¹³⁴ BEDONE, Aloisio José; FAÚNDES, Anibal. *Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual*: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007000200024&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹³⁵ BIANCHINI, Alice. *Nova lei, lei 12.845/2013: atendimento as vítimas de violência sexual*. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/08/01/presidenta-dilma-sanciona-lei-sobre-atendimento-a-vitimas-de-violencia-sexual/>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

¹³⁶ BIANCHINI, Alice. *Nova lei, lei 12.845/2013: atendimento as vítimas de violência sexual*. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/08/01/presidenta-dilma-sanciona-lei-sobre-atendimento-a-vitimas-de-violencia-sexual/>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

violência sexual, em 1994, já foram atendidas 27 mil pessoas, entre crianças, adolescentes e mulheres.¹³⁷

Enfim, o novo projeto de lei que torna obrigatório e integral o atendimento no Sistema Único de Saúde para as vítimas de violência sexual, deve disponibilizar à mulher um lugar adequado e acolhedor, um atendimento digno e qualificado, para que estas não procurem ajuda em clínicas clandestinas e, por consequência, não se exponham a riscos de saúde.

3.2 Discussões acerca da (in)constitucionalidade do artigo 128, inciso II, do Código Penal no atual Estado Laico

Existem vários grupos que se posicionam sobre a moralidade do aborto e o direito à vida do nascituro: os movimentos sociais, os religiosos, além de diferentes esferas da sociedade, que defendem valores como liberdade e autonomia individual.

Apesar de vivermos num estado laico, importante salientar que o Estado, ao assegurar as liberdades laicas, não se limita apenas a garantir a co-existência pacífica entre diferentes credos. A laicidade garante o direito de divergir da hierarquia de sua própria igreja, contemplando a diversidade existente no seio de uma mesma doutrina religiosa.¹³⁸

Diferentes autores e autoras afirmam não ter havido, no cristianismo, uma posição única e definitiva sobre o aborto. Recorrem a documentos do início da Igreja para mostrar a evolução do pensamento eclesial e a diversidade

¹³⁷ CONTE, Juliana. *Aprovada lei que garante atendimento a vítimas de estupro*. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/senado-aprova-lei-que-garante-atendimento-imediato-a-vitimas-de-estupro/>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

¹³⁸ LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao aborto e liberdades laicas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

de posicionamentos adotada, bem como a história das discussões internas entre teólogos/as e outros/as a respeito do tema em questão.¹³⁹

Há vários contextos apresentados pela Igreja Católica, alguns argumentos se direcionam a dois elementos, o princípio da sacralidade da vida humana e a condição de pessoa do embrião, e fundam a condenação incondicional do aborto, integrando argumentos de ordem religiosa, moral e biológica. Todavia, o argumento central da igreja é a defesa da vida, onde a interrupção da gravidez é considerada como um ato homicida em qualquer momento da gestação, pois, para esse grupo, há, já na fase inicial de gestação, a existência de uma pessoa humana, sujeito de direitos.¹⁴⁰

Assim, para a Igreja Católica a prática do aborto, ou seja, a interrupção da gestação, consiste em ato pecaminoso e homicida, pois viola o direito à vida, e o princípio da sacralidade da vida, sendo que no momento da concepção já há existência de um sujeito de direitos.

Conforme os entendimentos de Lorea, para a compreensão da defesa de uma postura laica acerca do tema do aborto no Brasil, faz-se necessário compreender que a posição da religião católica sobre a questão não se confunde com a posição adotada pela hierarquia dessa mesma igreja. Todavia, dentro dos posicionamentos da Igreja Católica, ainda há aqueles que divergem da postura adotada pela hierarquia de sua própria igreja. Não há um consenso acerca do tema, podendo-se referir importantes vozes católicas que admitem a possibilidade de a mulher exercer sua liberdade de consciência frente ao dilema de interromper uma gestação indesejada.¹⁴¹

Assim, em contraposição aos posicionamentos pela condenação do aborto, encontra-se outro discurso católico, que parte da dúvida sobre o posicionamento da Igreja até a justificativa da decisão pela interrupção da gravidez como um comportamento moral e religiosamente defensável.¹⁴²

¹³⁹ NUNES, Maria José Rosado. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. *Revista Ciência e Cultura*. Vol.64, n.02. São Paulo abr./jun. 2012. p.25.

¹⁴⁰ NUNES, Maria José Rosado. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. *Revista Ciência e Cultura*. Vol.64, n.02. São Paulo abr./jun. 2012, p.23.

¹⁴¹ LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao aborto e liberdades laicas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

¹⁴² NUNES, Maria Jose Rosado. O tratamento do aborto pela igreja católica. *Revista Ciência e Cultura*. Vol.64, n.02. São Paulo abr./jun. 2012. p. 25

Dessa forma, se nota que não há um consenso em relação ao aborto, pois os próprios membros da igreja católica, como bispos, padres, ou adeptos e frequentadores, divergem da postura adotada pela hierarquia de sua própria igreja e alguns defendem que a mulher tem a autonomia de interromper uma gravidez indesejada.

Todavia, não é somente a Igreja Católica que possui este entendimento acerca do aborto. Para as religiões evangélicas, o aborto, independentemente do momento e período em que é praticado, causa a destruição de uma vida, pois está sendo negada a continuação de seu desenvolvimento e impedindo-se o nascimento e a expressão do seu potencial como criança e adulto. O aborto é, para eles, considerado uma clara violação e abuso da vontade de Deus, patenteada nas Escrituras Sagradas, cujo quinto mandamento declara precisamente: “não matarás”.

143

O pastor Silas Malafaia, da Igreja Assembléia de Deus da Penha – Rio de Janeiro, foi entrevistado em relação ao tema do aborto e as possibilidades de legalização no Brasil e se manifestou no sentido de que a bíblia não dá espaço para a discussão desse tema e, por isso, quase a maioria dos evangélicos se posicionam contra a prática do aborto. Ainda, fala sobre os problemas de saúde pública decorrentes dos abortos ilegais, afirmando que a solução não é tirar a vida do ser humano que está nas vísceras maternas, mas conscientizar as pessoas para que não pratiquem atos que as levem a esse embaraço.¹⁴⁴

Para os evangélicos, qualquer referendo ou decreto lei que corrobore a morte de um ser humano indefeso, principalmente em relação à despenalização do aborto, sem qualquer indicação médica que o justifique, é um atentado claro contra a vida humana e viola os direitos fundamentais do ser humano, expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁴⁵

Dessa forma, nas discussões atuais no Brasil, particularmente no caso da Igreja Católica, não é raro o surgimento de opositores aos projetos de lei que

¹⁴³ CRUZ, JORGE. Centro Evangélico. *10 razões contra o aborto*. Disponível em: <<http://www.o-caminho.org/porque-somos-contra-aborto>>. Acesso em: 10 set. 2013.

¹⁴⁴ PAULO, Sérgio. Igreja Evangélica Assembléia de Deus Missões. *Silas Malafaia debate o aborto na Band*. 2007. Disponível em: <<http://www.iadcg.org/portal/noticias/comunidade/222-silas-malafaia-debate-o-aborto-na-band>>. Acesso em 10 set. 2013.

¹⁴⁵ CRUZ, JORGE. Centro Evangélico. *10 razões contra o aborto*. Disponível em: <<http://www.o-caminho.org/porque-somos-contra-aborto>>. Acesso em: 10 set. 2013.

propõem a legalização ou a descriminalização do aborto, invocando princípios cristãos para afirmar sua prática como um ato pecaminoso.¹⁴⁶

No entender de Gomes:

Não se pode confundir Direito com religião. Direito é Direito. Religião é religião (bem sublinhou o Iluminismo). Ciência é ciência, crença é crença. Razão é razão, tradição é tradição. Delito é delito, pecado é pecado (Beccaria). No Estado democrático pluralista, temos que respeitar todas as religiões e crenças. A tolerância é virtude extraordinária. Pedra angular da boa convivência. Mas a religião não pode contaminar o Direito, no momento das sentenças. As crenças não podem ditar regras derogadoras da ciência. Do Renascimento até o Iluminismo, de Erasmo a Rousseau, consolidou-se (entre os séculos XVII e XIX) a absoluta separação das instituições do Estado frente às tradições religiosas. O Estado tornou-se laico (ou secular). A Justiça e o Direito, desse modo, também são seculares (laicos). O processo de secularização do direito deve se consumir definitivamente.¹⁴⁷

Dessa forma, se compreende que a Igreja tem seus costumes, crenças e valores, mas esta não deve interferir e contaminar o Direito. O Estado tornou-se laico. A Justiça e o Direito também. E a Igreja por sua vez não deve interferir nas leis.

Conforme ensinamentos de Dworkin, para a doutrina religiosa ser mais bem apreendida há que se entender que ela tem por base o pressuposto de que a vida humana tem valor intrínseco, e não a ideia derivativa de que o feto já é considerado pessoa, sujeito de direitos.¹⁴⁸

[...] Em sua maior parte, as discussões teológicas, morais, filosóficas e, inclusive, sociológicas sobre o aborto pressupõem que as pessoas divergem sobre essa questão porque divergem quanto a se o feto é uma pessoa com direito à vida desde o momento de sua concepção, ou se tornará uma

¹⁴⁶ NUNES, Maria José Rosado. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. *Revista Ciência e Cultura*. Vol.64, n.02. São Paulo abr./jun. 2012, p. 415.

¹⁴⁷ GOMES, Luis Flávio. *Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF)*. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/04/11/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2003, p. 70.

pessoa em algum momento da gravidez, ou se não se tornará uma criança enquanto não nascer. E também divergem quanto a se, admitindo-se que o feto já seja uma pessoa, seu direito à vida deve ou não curvar-se diante de algum direito mais forte da gestante.¹⁴⁹

Assim, fica evidenciado que há divergências teológicas, morais, religiosas, sociológicas sobre o aborto, existindo posicionamentos em relação do momento em que o feto já é considerado pessoa com direito à vida. E, também, há divergências no que concerne à possibilidade de o feto já ser considerado pessoa e de ele dever curvar-se diante dos direitos da gestante. Em relação ao aborto e o momento em que o feto já é considerado pessoa, Silva entende:

É outro tema controvertido, que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, *desde a concepção*, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. [...] No fundo, a questão será decidida pela legislação ordinária, especialmente a penal, a que cabe definir a criminalização e descriminalização do aborto.¹⁵⁰

Mesmo as pessoas moralmente muito conservadoras sobre a questão do aborto acreditam que abortar não é, quase nunca, moralmente permissível, e, mesmo assim, acreditam que a lei deveria deixar as mulheres livres para tomar suas próprias decisões, quanto abortar ou não.¹⁵¹

Alguns juristas defendem a tese de que a lei que permite o aborto de gravidez decorrente de estupro fere o direito à vida, sendo assim, inconstitucional. O juiz

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2003, p. 41-42.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 203.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2003, p. 42.

Levine Raja Gabaglia Artiaga, em 2008, negou o pedido de uma vítima de estupro para abortar, entendendo que o inciso II do artigo 128 do Código Penal que prevê o aborto afronta o artigo 5º da Constituição Federal, fere o bem jurídico mais protegido no ordenamento constitucional, decorrente do próprio direito natural, o direito à vida. Para ele, o argumento de que a mulher terá de cuidar de um filho resultante de ato violento, não desejado, afronta o sistema constitucional.¹⁵²

Em relação aos posicionamentos pela inconstitucionalidade, se constata que o direito do nascituro de se manter vivo é, indiscutivelmente, um dos direitos humanos mais básicos e de consonância entre os distintos posicionamentos, sejam provenientes de instituições religiosas, instâncias jurídicas ou da classe médica.

De outra banda, existem aqueles que defendem os direitos da mulher, entendendo não ser inconstitucional a norma do inciso II do artigo 128 do Código Penal e afirmam que a mulher tem direito de escolher ter ou não o filho no momento em que lhe prouver, pois ela tem direito e autonomia de dispor sobre seu próprio corpo. E, portanto, consideram lícito o aborto neste caso, em função do extremo sofrimento que poderá causar a esta mulher o fato de conceber uma criança que foi fruto de um ato violento, afrontando sua honra e causando-lhe horríveis lembranças.¹⁵³

Assim, se observa que há os que acreditam que o inciso II do artigo 128 do Código penal não fere o direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, e defendem que a mulher tem direito de escolha e autonomia sobre seu próprio corpo.

Deve se levar em conta a autonomia da pessoa. O ser humano tem o direito de tomar suas próprias decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais, pois tem a prerrogativa de decidir o que é “bom”, e o que é seu “bem-estar”, de acordo com seus valores, expectativas, necessidades, prioridades e crenças próprias.¹⁵⁴

Sendo assim, entende-se que a mulher, como uma pessoa autônoma, possui liberdade para escolher e decidir o que é melhor para si, como sua saúde,

¹⁵² CONSULTOR JURÍDICO. 2008. *Juiz diz que aborto em caso de estupro é inconstitucional*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz>. Acesso em 1 agosto 2013.

¹⁵³ CARROLO, João Carlos. *A inconstitucionalidade do art. 128, inciso II, do Código Penal*. 2011. Disponível em: <<http://www.debatecomprofessores.com/2011/11/inconstitucionalidade-do-art-128-ii-do.html>>. Acesso em: 1 set. 2013.

¹⁵⁴ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomadas de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998, p. 37.

integridade físico-psíquica, enfim, tem liberdade de optar mediante decisões que afetem a sua vida, como a interrupção da gravidez resultante de um ato sexual violento.

Há várias posições que demonstram, entretanto, que não há um consenso a respeito do sentido da vida e do aborto. Surgem, nessa polêmica, distintas noções em relação ao ser humano como sujeito de direitos, embasadas em questões como a defesa da vida, a felicidade e a dignidade da mulher. É de se ressaltar que a bancada religiosa assegura a santidade da vida como um bem maior, condenando o aborto e considerando-o como um ato homicida.

Todavia, há que se considerar a existência de diversas discussões a respeito do tema e, por conseguinte, de diversas defesas. O aborto deve ser ponderado cautelosamente, pois vivemos em uma sociedade diversificada, onde cada qual possui seus valores, princípios e opiniões. “São muitos os argumentos pros e contras à prática do aborto. Aqueles que são contrários à prática abortiva argumentam que se a vida é o maior bem e se prepondera sobre quaisquer outros não há razão alguma que justifique sua interrupção.”¹⁵⁵

Entretanto, se percebe que existe um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à vida do nascituro e a saúde e integridade física e moral da mulher vítima de estupro. Nesse sentido, Sylvio Mota e Gustavo Barchet entendem que:

[...] em situações como esta se impõe ao intérprete constitucional que se utilize do princípio da concordância prática buscando harmonizar os direitos em conflito, mediante a redução do alcance semântico de cada um, considerando-se as peculiaridades do caso em concreto. Não há como avaliar a priori, o grau de redução de cada direito, qual deles terá certa preponderância sobre o outro (ou não), pois isso depende como já dito, das especificidades de cada conflito.¹⁵⁶

Dessa forma, se entende que quando existir colisão de direitos fundamentais, cada conflito deve ser analisado de acordo com o caso em concreto. Faz-se

¹⁵⁵ PORTAL EDUCAÇÃO. 2013. *Argumentos contra o aborto e a favor do aborto*. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/32043/argumentos-contr-o-aborto-e-a-favor-do-aborto>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

¹⁵⁶ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p.159.

necessário, portanto, analisar os direitos fundamentais que estão em conflito com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em relação ao princípio da razoabilidade, Maia sustenta:

[...] O princípio da razoabilidade (da proporcionalidade, da proibição de excesso) não se encontra expressamente previsto no texto constitucional, tratando-se, portanto, de postulado constitucional implícito. Ele alcança os denominados conflitos de bens, valores ou princípios constitucionais, pois representa um método geral para a solução de tais conflitos, que se resolvem tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada um dos princípios em tese aplicáveis e aptos a fundamentar decisões em sentidos opostos.¹⁵⁷

Destarte, o princípio da razoabilidade não encontra respaldo na Constituição, este representa a solução dos conflitos, ou seja, tão somente resolve a questão imposta pela ponderação do peso relativo de cada princípio que foi aplicável.

A idéia da proporcionalidade decorre da necessidade do Estado restringir os direitos fundamentais a limites não excessivos ou inadequados. Não se encontra expressamente reconhecido no texto constitucional, e é constituído de três subprincípios: Adequação: em qualquer medida restritiva, o meio escolhido há de ser apto à finalidade preterida. Necessidade: a medida restritiva deve ser indispensável para a manutenção do direito. Proporcionalidade em sentido estrito: é o equilíbrio entre meio e fim. Configurados os 2 primeiros elementos, verifica-se se os resultados positivos superam os negativos.¹⁵⁸

Parte da doutrina nos ensina que uma vez ocorrendo conflito entre direitos fundamentais, o intérprete não deverá abandonar totalmente um direito fundamental para a aplicação absoluta de outro, bem como não deverá inclinar-se pela utilização daquele direito fundamental supostamente superior hierarquicamente, uma vez que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Na verdade, o intérprete deverá

¹⁵⁷ *apud.* CÁS, Helene Cristina Maia Da. As inovações biotecnológicas e o prolongamento artificial da vida humana. Rio de Janeiro. *Revista de Direito da Unigranrio*, Vol. 1, No 1, 2008. p. 9.

¹⁵⁸ PARENTONI, Roberto Bartolomei. *Direitos fundamentais na CF 88. 2012*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/robertoparentoni/2012/06/18/direitos-fundamentais-na-cf-88/>>. Acesso em: 2 set. 2013.

harmonizar os direitos conflitantes, através de um juízo de ponderação, apreciando e considerando as circunstâncias do caso concreto, onde um poderá prevalecer numa situação e o outro poderá prevalecer, amanhã, em outra situação, ou seja, em novos conflitos entre os mesmos direitos fundamentais. Por fim, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da razoabilidade e da harmonização, de forma a coordenar os bens jurídicos em colisão, evitando que haja sacrifício integral de um em relação ao outro quando estiver diante de um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais. Eles devem ser ponderados e sopesados à luz da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁹

Assim, conclui-se que em se tratando de questões envolvendo os direitos do feto (direito de permanecer vivo), geralmente ocorre conflito entre o direito à vida e o direito à autonomia e à liberdade de escolha da mulher. Como não há hierarquia entre eles, como dito acima, deve-se aplicar o critério da ponderação de interesses e empregar o princípio de maior peso no caso concreto.

Constata-se, contudo, que devem ser respeitados os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a mulher possui liberdade e autonomia para escolher o que é melhor para sua vida, seu corpo, sua autoestima, enfim, à sua saúde. E o Estado, por sua vez, deve oferecer a essa pessoa uma vida digna.

¹⁵⁹ CÁS, Helene Cristina Maia da. As inovações biotecnológicas e o prolongamento artificial da vida humana. Rio de Janeiro. *Revista de Direito da Unigranrio*, Vol. 1, No 1, 2008, p. 8 – 9.

CONCLUSÃO

A realização desta monografia jurídica e o desenvolvimento da pesquisa tiveram início há três semestres, durante o curso Direito. Das primeiras leituras em artigos e periódicos, foi possível escolher e delimitar o tema desejado, desenvolvendo o projeto de monografia que resultou neste texto. Dessa forma, oportunizou-se a construção de uma análise sobre os conflitos de direitos fundamentais se tratando do direito à vida do nascituro e os direitos da mulher em interromper a gravidez decorrente de um ato sexual violento.

Ao longo desta pesquisa, averiguou-se ser a prática do aborto um tema inteiramente complexo, envolto por inúmeras divergências e posicionamentos, o que é justificado em razão de que inserido no cerne dos princípios e direitos fundamentais, pois, por um lado, o nascituro possui seus direitos amparados pela lei, e, por outro, a mulher também possui direitos de liberdade e autonomia sobre sua própria vida.

Os direitos do homem nem sempre foram efetivamente garantidos, no entanto, com o decorrer da história, a proteção da pessoa humana foi sendo aperfeiçoada e acabou consagrada pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o que mudou o decurso do tema.

Assim, com o passar do tempo e com a ampliação e transformação dos direitos fundamentais, foi tornando-se complicado delimitá-los, pois há várias expressões para designá-los. A doutrina ainda distingue os direitos fundamentais das garantias fundamentais e dos direitos humanos, sendo as garantias fundamentais estabelecidas pelo texto constitucional. Os direitos humanos são estabelecidos nos documentos internacionais, independente do vínculo jurídico da pessoa com determinado Estado. Já os direitos fundamentais são aqueles positivados juridicamente pelo Estado.

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos, pois dele surgem outros valores, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade. Entretanto, a Constituição Federal apregoa o direito à vida e o Estado, por

consequente, deve garantir para a pessoa um nível de vida adequado e digno, respeitando os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Ao nascituro é garantido a vida e, apesar de estar alojado no corpo da mãe, a ele são resguardados alguns direitos garantidos pela legislação. O artigo 2º do Código Civil estabelece que a personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida, porém, a lei põe a salvo seus direitos desde a concepção. Assim, a doutrina dividiu-se em duas correntes para definir o início da personalidade civil do homem. A de maior aceitação é a natalista, segundo a qual a personalidade civil opera-se a partir do nascimento com vida, partindo da ideia de o nascituro possuir mera expectativa de direito.

De outra banda, a mulher também possui seus direitos garantidos pela lei. Às mulheres que sofrem abuso sexual e que deste ato resultar uma gravidez indesejada, o Código Penal oferece a opção do aborto humanitário ou ético. A norma do inciso II do artigo 128 do Código Penal justifica-se permissiva porque a mulher não deve ser obrigada a cuidar de um filho resultante de um ato sexual violento e não desejado, e tem o direito de escolher se vai prosseguir ou não com a gestação.

A essas vítimas deve ser oferecido um atendimento adequado e digno e, nessa perspectiva, a presidenta Dilma sancionou o Projeto de Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013, que torna obrigatório ao Sistema Único de Saúde (SUS) prestar o integral atendimento de pessoas vitimizadas por ato sexual. As instituições como hospitais e sistemas de saúde devem oferecer e capacitar os seus profissionais para que estes saibam agir e atender as vítimas de uma maneira adequada e acolhedora, garantindo a estas atenção e atendimento digno.

A violência sexual é um problema social que traz sérias consequências e afeta não somente o bem-estar e a autoestima da vítima, mas também seu estado psíquico e moral.

Assim, deve-se respeitar o princípio da autonomia da pessoa humana, pois cada ser humano possui suas individualidades e é livre para tomar suas próprias decisões, escolhendo o que é melhor para a sua vida, seus valores, princípios e religião.

Há vários grupos que se posicionam acerca da moralidade do aborto, como os movimentos sociais, os religiosos e as mais diversas esferas da sociedade. Isso justifica a ocorrência de várias discussões a respeito do tema, pois alguns defendem

o direito à vida do nascituro e outros entendem que esse não pode se sobrepor ao direito da mulher.

No caso da Igreja Católica, esta é totalmente contra o aborto e o considera um ato homicida, porém, tal entendimento não é exclusivo dessa instituição. Para as religiões evangélicas, o aborto, independente do momento em que é praticado, também causa a destruição de uma vida. Dessa forma, há que se considerar que, embora a igreja tenha seus costumes, crenças e valores, esta não deve interferir no Direito. O Estado tornou-se laico. A Justiça e o Direito também. Sendo assim, a igreja não deve interferir nas leis.

Verificou-se que em questões envolvendo os direitos do nascituro, geralmente ocorrem conflitos entre este e o direito à autonomia e à liberdade de escolha da mulher. Como não há hierarquia entre eles, deve-se aplicar o critério da ponderação de interesses e empregar o princípio de maior peso no caso concreto, utilizando-se o princípio da razoabilidade e harmonização para poder coordenar os bens jurídicos tutelados.

Nesse sentido, averiguou-se que os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana devem sobrepor-se ao direito à vida e ao princípio da sacralidade da vida humana quando a gravidez for resultado de estupro. A mulher não deve ser obrigada a prosseguir com a gravidez decorrente de um ato sexual violento e não desejado, tendo por base a autonomia da vontade, pois cada pessoa sabe o que é melhor para si.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O Direito do Nascituro a Alimentos**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

ALMEIDA JUNIOR, A.; COSTA JUNIOR, J.B de O. **Lições de medicina legal**. 22. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998.

BEDONE, Aloisio José; FAÚNDES, Anibal. **Atendimento integral às mulheres vítimas de violência sexual: Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher, Universidade Estadual de Campinas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102311X2007000200024&script=sci_arttext> . Acesso em: 26 ago. 2013.

BENFICA, Francisco Silveira. **Medicina legal aplicada ao direito**. 2003.

BIANCHINI, Alice. **Nova lei, lei 12.845/2013: atendimento às vítimas de violência sexual**. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/08/01/presidenta-dilma-sanciona-lei-sobre-atendimento-a-vitimas-de-violencia-sexual/>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde**. 2011. 2ªed. Brasília: Editora MF. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime, nº 70048297840**, da Segunda Câmara Civil. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa. 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 4 jul. 2012.

_____. **Vade Mecum**. 6.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional**. Disponível em: <<http://www.ipebj.com.br/public/default/artigos/36.pdf?time=1311095676>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

CÁS, Helene Cristina Maia da. As inovações biotecnológicas e o prolongamento artificial da vida humana. **Revista de Direito da Unigranrio**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARROLO, João Carlos. **A inconstitucionalidade do art. 128, inciso II, do Código Penal.** 2011. Disponível em: <<http://www.debatecomprofessores.com/2011/11/inconstitucionalidade-do-art-128-ii-do.html>>. Acesso em: 1º set. 2013.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes), 2. ed. São Paulo: Editora Tribunais, 1994.

COLAS, Osmar R. et al.; . **Aborto Legal por Estupro – Primeiro Programa Público no País.** *Revista Bioética*, Brasília, vol.2, n.1. 1994. ISSN: 1983-8034.

CONSULTOR JURÍDICO. 2008. **Juiz diz que aborto em caso de estupro é inconstitucional.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/aborto_estupro_inconstitucional_juiz>. Acesso em 1 ago. 2013.

CONTE, Juliana. **Aprovada lei que garante atendimento a vítimas de estupro.** Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/senado-aprova-lei-que-garante-atendimento-imediato-a-vitimas-de-estupro/>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

CRUZ, JORGE. Centro Evangélico. **10 razões contra o aborto.** Disponível em: <<http://www.o-caminho.org/porque-somos-contra-aborto>>. Acesso em: 10 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Aborto uma questão social.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aborto_uma_quest%E3o_social.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** 3 vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes Editora. 2003, p. 70.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomadas de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos.** São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF).** 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/04/11/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a pessoa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HUNGRIA, Néelson.; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao código penal,** volume V (arts. 121 a 136). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Índice Fundamental do Direito. Disponível em: <<http://www.dji.com.br>>. Acesso em 07 jul. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte especial. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. **Julgamento de destaque no STF: aborto de feto anencéfalo.** 2012. Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/12/18/julgamento-de-destaque-no-stf-aborto-de-feto-anencefalo/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

LEITE, Paulo Sérgio. **Aborto e Infanticídio**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

LÉPORE, Paulo. **Anencefalia, Aborto e o iminente julgamento da ADPF 54**. 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/paulolepore/2011/09/29/anencefalia-aborto-e-o-iminente-julgamento-da-adpf-54/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

LOREA, Roberto Arriada. **Acesso ao aborto e liberdades laicas**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a08v1226.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

MASCARENHAS, Fabiana. **Estatuto do Nascituro provoca polêmica no País**. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/materias/1522212-estatutodonascituro-provoca-polemica-no-pais>>. Acesso em: 13 de ago. 2013.

MENEZES, Leandro Vitollo. **Alimentos gravídicos: um grande avanço na proteção do nascituro e o prestígio a teoria concepcionista**, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2699/2478>>. Acesso em: 05 set. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial (Arts.121 a 234 do CP)**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Sylvio.; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

MOTA, Tercio De Sousa.; SILVA, Jeová Kerlly Bezerra da. **Dignidade da Pessoa Humana e Eutanásia: Breves Considerações**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 91, 01/08/ 2011 [Internet]. Disponível em: <http://www.Ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9977>. Acesso em: 02 mar. 2012.

MOVIMENTOS SOCIAIS. **Neste 28 de setembro, movimentos pedem despenalização do aborto e mais compromisso com saúde das mulheres**. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/wordpress/?tag=movimento-sociais>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade pessoal**. Comentários a lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Maria José Rosado. O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas. **Revista Ciência e Cultura**, São Paulo, vol.64, n.2, abr./jun. 2012. p.25.

PAULO, Sérgio. Igreja Evangélica Assembléia de Deus Missões. **Silas Malafaia debate o aborto na Band**. 2007. Disponível em: <<http://www.iadcg.org/porta/noticias/comunidade/222-silas-malafaia-debate-o-aborto-na-band>>. Acesso em 10 set. 2013.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **A ineficácia jurídica e econômica da criminalização do aborto**. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/05/Abortolnefic%C3%A1cia-econ%C3%B4mica-e-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2013.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1996.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. **Direitos fundamentais na CF 88**. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/robertoparentoni/2012/06/18/direitosfundamentais-na-cf-88/>>. Acesso em: 2 set. 2013.

PORTAL EDUCAÇÃO. 2013. **Argumentos contra o aborto e a favor do aborto**. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/32043/argumentos-contra-o-aborto-e-a-favor-do-aborto>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime, nº 70048297840**, da Segunda Câmara Civil. Relator Marco Aurélio de Oliveira Canosa. 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 4 jul. 2012.

SANDI, Stella de faro; BRAZ, Marlene. **As mulheres brasileiras e o aborto: uma abordagem bioética na saúde pública**. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/541>. Acesso em: 1 ago 2013.

SANTOS, Simone Ferreira dos. **Violência contra a mulher**. 2001. Disponível em: <<http://www.bvs-sp.fsp.usp.br/tecom/docs/2001/fon001.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAVONE, Lucila. **Políticas feministas do aborto**. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Aspectos civis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Juliana Simão da.; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. Dos direitos no nascituro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania** – Volume 2 – nº 1 – 2011. Disponível em: <http://www.facsao Roque.br/novo/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em 15 jul. 2012.

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

SIMAS FILHO, Fernando. **A Prova na Investigação de Paternidade**. Curitiba, Juruá, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial (Arts 121 a 183). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Principais Mudanças e Polêmicas: Projeto de Novo Código Penal**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/02/20/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-2362012/>>. Acesso em: 5 de ago. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Julgamento do STF. Aborto Anencéfalo. Publicação no Informativo 661 STF**. 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviotartuce/2012/04/20/julgamento-do-stf-aborto-anencefalo-publicacao-no-informativo-661-stf/>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

TEODORO, Frediano José. **Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE20050415T11:54:19Z512/Publico/Dissertacao%20Frediano%20Teodoro.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2012.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. **Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto**. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>> Acesso em 05 ago. 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Entre a palavra e a realidade**. Disponível em: <http://www.eca.usp.br/cje/claro/exibir.php?materia_id=61>. Acesso em: 06 ago. 2013.

VARELLA, Drauzio. **Abortos espontâneos**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/abortos-espontaneos-2/>>. Acesso em: 4 julho. 2012.

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

VIANNA, Guaraci de Campos. **O nascituro como Sujeito de Direitos - início da personalidade civil: proteção penal e civil**. Disponível em: <

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28483-28494-1-PB.html>.
Acesso em: 17 set. 2013.

ZILLES, Urbano. **A sacralidade da vida**. Porto Alegre, v. 37, n. 157, p. 337-351, 2007. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/teo/article/viewFile/2717/2065>>.
Acesso em: 24 abr. 2013.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Thomson IOB, 2005.