



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ACEITAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO SERÁ OU NÃO UMA
NEGAÇÃO DO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Laila Machado Carvalho Cólen

Rio de Janeiro
2018

LAILA MACHADO CARVALHO CÓLEN

A ACEITAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO SERÁ OU NÃO UMA
NEGAÇÃO DO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzener

Nélson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2018

A ACEITAÇÃO DO ABORTO EM CASO DE ESTUPRO SERÁ OU NÃO UMA NEGAÇÃO DO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Laila Machado Carvalho Cólén

Graduada pela Faculdade Estácio de Sá.

Resumo – Por meio desta pesquisa observa-se que, apesar de o estupro ser uma ação violenta, que além de ferir o corpo fere também a alma e maltrata toda uma família, esse fato infelizmente não será mudado por nenhuma atitude que a vítima venha a tomar e essa dor permanecerá nela e em sua família para sempre. Desse modo, vindo a ocorrer uma gravidez indesejada oriundo desse ato, deve se pensar que ali existe uma vida que, após o parto não dependerá mais de sua genitora para sobreviver e que esse corpo dentro da mulher não lhe pertence, mas sim ao próprio ser ali existente. Assim, tendo em vista que a adoção da teoria concepcionista no Brasil deve proteger essa vida que é saudável e viável lhe garantindo o direito de se desenvolver e nascer, ponderando os direitos fundamentais da genitora e do nascituro, observando que a Constituição Federal a todo tempo protege a vida, não permitindo que essa seja cessada por nenhum motivo. Portanto, a vítima de estupro que engravidou a partir desse ato, caso não seja capaz de tomar essa criança para si como fruto de uma produção independente e amá-la, poderá entregar essa criança para adoção, considerando o grande número de pessoas que aguardam em filas na esperança de ter um filho para chamá-lo de seu, não importando a origem nem tampouco a filiação por ser o amor o rompimento de toda e qualquer barreira.

Palavras-chave – Direito Penal. Crime de estupro. Aborto. Direito a vida. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Do crime de estupro e o direito da mulher ao seu corpo. 2. Do aborto de um feto saudável como direito de esquecimento da violência sofrida: Uma breve reflexão. 3. A aceitação do aborto será ou não uma negação do direito à vida defendido pela constituição de 1988. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a constitucionalidade do aborto de um feto saudável pelo fato da gestação ser derivada de estupro, como forma de esquecimento do sofrimento causado pelo ato. Procura-se demonstrar o direito fundamental à vida que deve ser protegida desde a concepção e dar alternativas ao aborto, preservando-se a vida da mãe que teve uma gravidez indesejada e do bebê que não teve culpa do ato sofrido pela mãe.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias apresentando as divergências sobre o momento que se começa a vida e aos que defendem o direito fundamental a vida desde a concepção, as leis espaciais, a Constituição Federal e seus princípios e o Pacto de São José da

Costa Rica, na busca de reafirmar o início da vida desde a concepção e o direito fundamental que deve ser protegido pelo Estado.

A Constituição Federal estabelece o direito fundamental à vida e a protege em todas as suas formas, não permitindo a pena de morte nem mesmo em crimes bárbaros em tempos de paz. Ela prevê também que a pena não deve passar da pessoa do apenado, desse modo vamos observar que a Constituição de 1988 não recepcionou o aborto em caso de estupro, pois neste caso a ponderação feita aos direitos fundamentais é entre a vida do feto e a dignidade da genitora, privilegiando hoje a dignidade frente à vida, o que não se mostra razoável, considerando que o pacto de São José da Costa Rica, o qual somos adeptos, protege a vida desde a sua concepção.

O tema merece atenção, pois com a proposta da emenda constitucional nº 181/2015, que pretende criminalizar todos os casos de aborto previstos em lei independentemente de seu motivo, assim, ainda que haja risco de vida da genitora, quando deve haver ponderação entre a vida da gestante e do feto, ou quando o feto for anencéfalo, quando a única vida a ser tutelada é a da gestante, o aborto não será possível de forma legal e a mulher que praticá-lo estará cometendo crime o que torna a discussão extremamente necessária.

Para tanto, será abordada no primeiro capítulo a violência contra mulher na forma de estupro, o sofrimento vivido por conta do ato e o direito dela ao próprio corpo.

No segundo capítulo, abordam-se os males causados pelo aborto, a capacidade civil do feto e o seu direito à vida, vislumbrando a adoção como saída aquela criança nascida e rejeitada.

No terceiro e último capítulo, serão trabalhadas as questões constitucionais sobre o direito à vida, a qual é garantida a todo indivíduo mesmo que sua vida seja advinda de um crime como o caso do estupro, cuja vítima direta é a mulher e indireta a criança concebida desse ato ofensivo.

A pesquisa visa a defender a vida, atacando todo e qualquer entendimento que favoreça o aborto, as quais serão submetidas a análise crítica e confronto fático, para verificar quais hipóteses que persistem como válidas.

Para tanto, o tema tem em sua pesquisa o estudo da legislação como base principal, visando a entender e interpretar os fenômenos jurídicos que influenciam os institutos do Direito sob a ótica constitucional, doutrinária e jurisprudencial e ainda, utilizar artigos que tratam do assunto.

1 – DO CRIME DE ESTUPRO E O DIREITO DA MULHER AO SEU CORPO

Atualmente no Brasil encontra-se em vigor o código penal de 1840, o qual considera crime a prática de aborto, conforme dispõe nos artigos 124-127¹, não se punindo o aborto quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, neste sentido os artigos indicam as penas aplicadas em cada caso particular quando, a gestante provocar aborto em si mesma (artigo 124), outra pessoa e/ou terceiro provocar aborto sem o consentimento da gestante (artigo 125) e/ou quando terceiro com o consentimento da gestante realizar aborto, conforme leitura da ADPF 54.

Será entendida como forma qualificada aquela descrita no artigo 127 do código penal de 1840 na qual indica que 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.

Existem algumas formas legais observadas que estão em consonância com código penal quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico), que se justifica pelo estado de necessidade já que é o único meio da mulher sobreviver ou quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz de seu representante legal (aborto sentimental), conforme artigo 128 do referido preceito legal. E após a ADPF nº 54², o STF firmou entendimento que também é permitido em caso de feto anencéfalo, entendendo que nesse caso não há vida a ser tutelada, conforme colacionado abaixo:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54) Aborto necessário – I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro – II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Recentemente foi proposta a emenda constitucional 181, onde se pretende proibir a possibilidade de aborto em qualquer situação no Brasil, assim, caso aprovada, as formas legais de aborto hoje existente deixarão de existir. Desse modo, passamos a analisar as possibilidades legais hoje de aborto em comparação a atual Constituição do Brasil.

Quanto ao aborto terapêutico existem duas vidas tuteladas pela constituição, a da gestante e a do feto, a qual deve ser feito o uso dos princípios da razoabilidade e

¹Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-normaatualizada-pe.html>>. Decreto-lei 2.848/40. Acesso em: 03 out. 2018.

²Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=Art.+128+do+C%C3%B3digo+Penal++Decreto+Lei+2848%2F40>>. Acesso em: 03 de out. 2018.

proporcionalidade ponderando-se os direitos afetos, prevalecendo nesse caso o da gestante, pois não seria razoável que uma mulher gerasse um feto que lhe condene a morte, razão pela qual é razoável a aplicação da norma constitucional a fim de balizar há necessária intervenção do médico em caso de risco de vida da gestante, conforme garante o artigo 5º da CRFB/1988³:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

No caso do feto anencéfalo, o único direito a ser tutelado é o da gestante, seu direito à vida, e a saúde física e mental, uma vez que o feto não possui possibilidade de vida e que após o parto fatalmente irá morrer⁴, não sendo razoável fazer com que essa mulher gere um feto que sabe que nunca poderá tê-lo nos braços.

Quanto ao aborto sentimental⁵, esse merece análise mais profunda, pois existe a possibilidade de vida saudável do feto e não há risco à vida da gestante, sendo esse feito na busca de se esquecer a violência sofrida pela mulher.

O estupro destrói toda uma família pela dor que causa, deixa muitas marcas, algumas visíveis outras não. A violência sofrida é algo impossível de se esquecer, independente de quem seja o agressor. O estupro gera muitas doenças, como as DST ou psiquiátricas, algumas se curarão com um bom medicamento, outras poderão ser bem controladas, mas se algo é certo é que a violência sofrida jamais será esquecida, será sempre um pesadelo na vida dessa mulher.

É certo que a mulher possui direito ao seu corpo, e que deve se vestir e se portar como entende confortável ou bonita, sem que espere que por isso seja desrespeitada, e que a relação sexual deve se dar com quem ela se sente a vontade para a prática.

Contudo, quando dessa relação traumática advém uma gravidez deve-se observar que nesse caso não se trata mais somente do corpo da mulher que foi abusada, mas da existência de outra vida que após o parto não dependerá do corpo da mulher para sobreviver, embora até seu nascimento dependa diretamente deste corpo para se manter com vida.

³Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RAZOABILIDADE+E+PROPORCIONALIDADE+-+ART.+5%C2%BA+%2C+V+%2C+DA+CF>>. *Razoabilidade e proporcionalidade*. Acesso em: 06 out. 2018.

⁴Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/ADPF_54A>. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo*. Acesso em: 04 out. 2018.

⁵Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. *Decreto -lei 2.848/40, art 128, II*. Acesso em: 06 out. 2018.

Portanto, é fácil compreender que o aborto não é algo que se faz não somente ao próprio corpo, mas principalmente ao corpo de um ser em formação.

O aborto sentimental se justifica pela violação da dignidade da pessoa humana, porém, é importante lembrar que nos tempos atuais uma gravidez não é capaz de tirar a dignidade da mulher. Esta foi retirada da mulher com o ato do estupro e não pela gravidez.

O artigo 1º da CRFB/88⁶ dispõe a cerca da garantia fundamental e que merece ser cuidadosamente tratada no presente estudo, pois quando a vida está em jogo, a dignidade do ser humano deve ser levada em consideração:

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;

Sendo assim, o aborto nesse caso não irá restituir dignidade a mulher violada, ou seja, não haverá diminuição da dor o fato de desperdiçar um unida saudável descartando-a através do aborto, pois não há qualquer confirmação que tal conduta garanta a diminuição ou redução da dor da vitima nem tão pouco de sua família, afinal as marcas ali deixadas ficam como tatuagens, fantasmas e/ou sombras que podem segui-la por toda uma vida..

Dessa forma, não se vê entender razoável⁷ que o aborto sentimental, aborto de feto concebido em um estupro, que tem por justificativa a dignidade da mulher prevaleça sobre o direito à vida do feto, considerando que a vida vale muito mais que qualquer trauma advindo do ato abusivo ou violento.

Segundo artigo o princípio da razoabilidade e o método de interpretação da constituição escrito pela advogada e consultora Aline Marques Marinos: Razoabilidade é a norma constitucional que estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o que confere lógica aos juízos de valor e estreita o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, estando essencialmente ligada ao bom senso mais do que ao senso comum.

A tentativa de se esquecer a violência sofrida será frustrada, pois apesar de não haver mais o feto concebido o trauma causado pela violência irá acompanhar a mulher pelo resto de

⁶Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641860/artigo-1-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁷Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/alineamarino/artigos/o-principio-da-razoabilidade-e-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-795>>Princípio da razoabilidade, art.,5, LXXVIII>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁸Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/alineamarino/artigos/o-principio-da-razoabilidade-e-o-metodo-de-interpretacao-conforme-a-constituicao-795>>. Acesso em: 04 out. 2018.

sua vida, conforme dizem muitos especialistas da área de psicologia e psiquiatria em inúmeros artigos.

Diante da certeza de que o trauma se mantém na vida mulher vítima de estupro, vale trazer à baila uma breve exposição do artigo escrito por Flavia Bello Costa de Souza⁹, responsável pelo Núcleo de Violência Sexual e Aborto Legal do Hospital Pérola Byington, São Paulo:

A violência sexual contra a mulher é um problema de saúde pública que pode acarretar consequências médicas, psicológicas e sociais. As vítimas podem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e do humor. (...) A relação com a própria imagem, a autoestima e as relações afetivas também são afetadas negativamente, o que limita a qualidade de vida. Esses sintomas podem ser duradouros e estender-se por muitos anos na vida dessas mulheres.

2 – DO ABORTO DE UM FETO SAUDAVEL COMO DIREITO AO ESQUECIMENTO DA VIOLENCIA SOFRIDA: UMA BREVE REFLEXÃO

Muito se questiona quanto ao momento em que se inicia a vida para fins de direitos e proteção fundamentais e patrimoniais, portanto, para que possamos compreender melhor o momento em que a vida começa, faz-se necessário adentrar no tema existente no direito civil, explicitando dispositivo e teorias doutrinárias existentes a respeito do tema.

O Código Civil¹⁰ em seu artigo 2º afirma que os direitos do nascituro estão a salvo desde sua concepção, dispondo: “Art. 2º a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A partir da interpretação do referido artigo, foram criadas as seguintes teorias: A teoria natalista compreende que a personalidade começa com o nascimento com vida, deste modo, o embrião não possui direitos, sejam eles patrimoniais ou fundamentais, filiando-se a esta corrente encontram-se Sílvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Silvio de Salvo Venosa, tratando-se de uma doutrina tradicional.¹¹

Pela teoria condicional, a personalidade começa com o nascimento com vida, porém os direitos do nascituro são resguardados de forma suspensiva, aguardando-se o efeito futuro e incerto, qual seja, o nascimento com vida para que produza seus efeitos. Essa teoria tem por

⁹Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. *Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual*. Acesso em: 04 out. 2018.

¹⁰Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-02-5>>. *Código Civil 2002*. Acesso em: 04 out. 2018.

¹¹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p.76.

adeptos: Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua e Arnaldo Rizzardo.

Contudo, tal teoria se mostra bem próxima da teoria natalista, visto que ambas reconhecem o início da personalidade com o nascimento com vida, diferenciando -se esta daquela, apenas por resguardar os direitos do nascituro de forma suspensiva, ou seja, não existem direitos a serem resguardados enquanto embrião, eis que o direito fora suspenso para ter efeitos quando do seu nascimento com vida.¹²

Pela Teoria Concepcionista o nascituro é pessoa humana e, portanto deve ter seus direitos patrimoniais e fundamentais resguardados desde a concepção, esse entendimento é defendido por Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano, e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Gustavo Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo, Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo.¹³

A professora Maria Helena Diniz ao tratar sobre o tema diferencia a personalidade em duas, sendo elas: Personalidade Jurídica formal, que está relacionada aos direitos que o nascituro possui desde a concepção; Personalidade jurídica material, se tratando esta de direitos patrimoniais que o nascituro apenas adquire após o nascimento com vida.¹⁴

Deste modo é de se observar que a teoria da concepção vem apresentando defensores de forma majoritária dentre os doutrinadores da matéria.

No mesmo sentido privilegiando a teoria da concepção o Pacto San José da Costa Rica, do qual somos adeptos, em seus artigos 3º e 4º prevê o direito ao reconhecimento da personalidade e o direito de que se respeite a vida e a proteja desde a concepção, conforme dispõem os artigos abaixo destacados:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.¹⁵ Nestes termos é de se observar que a vida humana existe desde a concepção e por tanto deve ser preservada e protegida, observando o princípio da dignidade da pessoa humana ali existente, ainda que embrião.

¹²Ibid., p.76.

¹³Ibid., p.77.

¹⁴Ibid., p.78.

¹⁵Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. *Pacto San José da Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos 1969*. Acesso em: 1 out. 2018.

Consolidando este raciocínio, a Lei nº 11.105/05, Lei de Biossegurança, a qual permite o uso de células tronco embrionárias para fins de pesquisas, apenas quando o embrião é inviável, observa-se que o caso trata de fertilização *in vitro* (FIV)¹⁶, ou seja, fertilização extra uterina, e ainda assim se protege a vida do embrião ali existente, conforme observamos no artigo 5º, I da referida lei:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis;¹⁷

Fazendo um pequeno paralelo, o embrião gerado após um estupro é um feto que se encontra dentro do útero materno em condições saudáveis, a vida é viável e possui uma dignidade humana e direitos fundamentais ha serem preservados, contudo dada a sua origem é condenado a morte.

Ademais pode-se observar que o ordenamento brasileiro segue reconhecendo o direito do embrião em leis esparsas, como por exemplo a Lei nº 11.804/08, que reconhece o direito aos alimentos gravídicos, os quais visam resguardar a vida embrionária lhe permitindo que tenha acesso a cuidados médicos para que possa ser gerado e parido em segurança e com saúde. Vale esclarecer que o direito resguardado pela lei é do embrião, a medida que o futuro pai contribuirá, contudo também será considerada a contribuição da mãe. E ainda, após o nascimento, os alimentos gravídicos são convertidos em pensão alimentícia.¹⁸

Deste modo, considerando que todos os elementos existentes para o reconhecimento de vida humana estão presentes e que todo o ordenamento jurídico brasileiro segue em defesa do embrião, de forma a concluir que o legislador optou pela teoria da concepção, a esta vida deve ser conferida proteção disposta de forma fundamental na constituição, fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana do embrião em detrimento da dignidade da pessoa humana da mulher que o concebeu, uma vez que estamos diante de duas pessoas humanas que merecem ver seus direitos fundamentais reconhecidos e devemos, portanto, ponderar em favor da vida e não em detrimento dela.

¹⁶Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o_in_vitro>. *FIV: Fertilização in vitro*. É uma técnica de reprodução medicamente assistida que consiste na colocação, em ambiente laboratorial, (in vitro), de um número significativo de espermatozoides que serão transferidos, posteriormente, para a cavidade uterina. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁷Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>Lei 11.105/05 – >. *Lei de Biossegurança*. Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁸TARTUCE, op. cit., p.81-82.

3 – A ACEITAÇÃO DO ABORTO SERÁ OU NÃO UMA NEGAÇÃO AO DIREITO À VIDA DEFENDIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988?

Como foi falado no capítulo anterior, o Brasil adota a teoria concepcionista para fins de proteção dos direitos fundamentais. Partindo-se desse princípio deve-se observar que o artigo 128, II do código penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Para que se chegue a essa conclusão faz-se necessário observar que o código penal é anterior a Constituição da República Federativa do Brasil, pois aquela data de 1960, enquanto esta data 1988, deste modo é importante fazer uma interpretação conforme a Constituição atual a fim visualizar seus desencontros.

Nesse contexto vale descrever a redação do artigo 128 e inciso II do Código Penal Brasileiro onde o referido artigo afirma que não se pune o aborto praticado por médico quando a gravidez deu-se em razão de um estupro e/ou quando a gravidez resultar de estupro o aborto ocorrerá com o consentimento da gestante ou, quando incapaz, com a autorização do representante legal.

Conforme dispõe este artigo, considerando que a vida se inicia com a concepção, não sendo permitido o aborto forma típica de “homicídio” do nascituro, ou seja, um embrião de vida perfeitamente viável que não ofereça risco a sua genitora, não poderá ser descartado do corpo desta pelo fato concepção ter sido indigna eivada de violência.

O Código penal preferiu chamar de aborto esse tipo de “homicídio”, talvez para que desse modo não parecesse tão repudioso, afinal uma mulher aborta espontaneamente quando o feto está mal formado ou por outras situações de saúde não relevantes nesse momento, contudo, apesar da Lei admitir esse tipo aborto, observe que a Constituição de 1988 é em todo momento a favor da vida e, portanto não se deve admitir interpretação contrária.

Importante destacar que apesar do Código Penal admitir que a genitora ou seu responsável e/ou seu representante legal decida pelo aborto, quando a concepção se deu em razão de estupro é permitir de forma obscura um tribunal de exceção, o que é vedado pela CRFB em seu artigo 5º, XXXVII.

Veja que o artigo 5º da CRFB¹⁹ em vários incisos defende a vida independentemente se esta vida pertence a um criminoso ou a um homem de bem, ao dispor:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2019.

submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Verifique que este inciso é claro ao dispor que a pena não passará da pessoa do condenado. Não há dúvidas que o estupro é um crime contra a honra repudiante que humilha e, portanto fere a dignidade humana da mulher, porém deve-se observar que quem cometeu o crime foi o genitor do nascituro e não o nascituro, como já dito anteriormente, a gravidez não fere a dignidade da mulher essa compreensão é necessária.

O artigo 5º, inciso XLVI da CRFB de 1988 dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

Não existe possibilidade na Constituição Federal de 1988 de pena de morte em tempos de paz. Deste modo, sequer o pior criminoso, o mais cruel de todos que seja, a ele não será imposta penas: de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado ou cruéis. Se a estes não é permitida tais penas, por qual motivo seria permitido ao nascituro a pena de morte por ser fruto de violência?

Diante do questionamento feito acima é possível trazer em favor dos nascituros por analogia a redação utilizada no artigo 5º, inciso XLIX da CRFB de 1988, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

A redação na qual assegura ao preso o respeito à integridade física e moral, conforme destaca a CRFB/88 deverá ser o caminho em defesa da vida do nascituro utilizando-se para tanto os incisos colacionados abaixo:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ao nascituro, quando é fruto de estupro, não é assegurado o mínimo como ser sentenciado por autoridade competente, pois nesse caso a autoridade é de sua genitora ou do responsável dela, não existe devido processo legal, nem contraditório e muito menos ampla

defesa, apenas se decide e executa , bastando que a vítima de estupro informe ao médico que a gravidez é fruto de violência.

Esses direitos individuais fundamentais são considerados tão importantes de modo que foram petrificados, reconhecidas como cláusulas de pedra e, por tanto não podem ser modificados por meio de Emenda a Constituição, ou seja, somente uma nova Constituição poderia modificá-la, conforme se verifica no artigo 60, § 4º, IV da CRFB/88.

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

Do artigo 6º e do artigo 227, ambos da CRFB²⁰, pode-se extrair o direito à vida, à saúde, “com absoluta prioridade”, e conseqüentemente a infância, são assegurados, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, à saúde, à alimentação à dignidade, o respeito, sendo todos esses direitos amparados constitucionalmente.

Nesse sentido o Superior Tribunal Federal na ADI²¹ nº 3510, entendeu que o embrião tem direito a se desenvolver quando estiver no útero materno, ambiente próprio para seu desenvolvimento, pelo fato de possuir nascimento esperado, como condição futura e certa, motivo pelo qual foi reconhecida a dignidade da pessoa humana dos embriões viáveis.

Deste modo, certo de que o nascituro possui direitos fundamentais, retorna-se à questão de que a genitora também possui direitos fundamentais e dentre eles encontram-se o direito a dignidade da pessoa humana, que encontra disposição no artigo 1º, III da CRFB, o qual foi ferido com o estupro e o nascituro é uma lembrança constante do ato de violência sofrido, o que justificaria seu direito ao aborto. Diante desse fato, conclui-se que existem no caso dois sujeitos de direito, sendo necessário, portanto, ponderar tais direitos a fim de concedê-los de forma justa, observados para tanto os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais decorrem do devido processo legal, disposto no artigo 5º, LIV da CRFB.

Para melhor compreender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reproduzo trecho do livro do Professor Pedro Lenza²² ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece e cita:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do

²⁰Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Acesso em: 25 de out. 2018.

²¹ Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. *STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias*. Acesso em: 04 out. 2018.

²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*: Ed. 20ª. Ed. Saraiva, 2016. p. 200.

equilíbrio da concessão, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive de natureza constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, observada a importância dos princípios, o professor Pedro Lenza²³ destaca a necessidade de preencher 3 (três) importantes elementos, quais sejam:

1- Necessidade/exigibilidade: “a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa”.

Diante desse elemento podemos observar que o aborto não é meio necessário para que seja recuperada a dignidade da mulher, pois essa mulher pode disponibilizar esse nascituro para adoção, certo de que no Brasil existem muitos casais dispostos a darem todo amor e carinho que uma criança precisa em substituição ao de seus genitores.

2- Adequação/pertinência/idoneidade, “quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”.

Diante deste elemento podemos verificar que o aborto nunca vai atingir o objetivo perquirido, uma vez que esse objetivo é esquecer que a violência aconteceu, porque essa violência não está no nascituro, mas sim na própria genitora e ainda que ela acabe com o fruto dessa violência no seu íntimo ela sempre vai lembrar.

3- “Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.”

Como foi exposto, não há necessidade e adequação ao caso, e ainda que houvesse, não haveria proporcionalidade em sentido estrito visto que a dignidade da pessoa humana não pode superar o direito a vida, pois caso superasse permitiríamos a pena de morte do próprio estuprador, que apesar de ter uma conduta repugnante não sofre tal pena, assim deve prevalecer a vida do nascituro.

Deste modo, deve haver a rejeição ou não aplicação da norma constante no artigo 128, II do CP²⁴, visto que se trata de norma inconstitucional, pois a interpretação desta está em

²³ LENZA, Pedro. op. cit., p. 200.

²⁴Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10624724/inciso-ii-do-artigo-128-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em: 14 out. 2018.

desencontro com a CRFB/88, devendo ser declarada sua não recepção, sendo proibida sua correção contra a constituição, conforme texto abaixo colacionado:

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

I - (...);

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

CONCLUSÃO

A presente pesquisa vem levantar a discussão que ao contrário do que se pensa o corpo apesar de ser individualizado não pode ser usado de forma indiscriminada, a pessoa seja homem, seja mulher não possui total gerência sobre ele e que inclusive em alguns casos o poder judiciário impõe medidas para assegurar a proteção da própria pessoa das decisões que sejam contrárias a proteção do corpo e da vida.

Como exemplo disso existe interferência do poder judiciário no caso da veemente proibição da eutanásia, ou seja, punindo quem auxiliar na prática do crime que, responderá por homicídio.

Deste modo, considerando que nem tudo podemos fazer com o próprio corpo e ainda que o feto não faz parte do corpo da mulher estando no útero materno apenas de forma transitória, é de se entender que ao fazer um aborto não o faz contra o próprio corpo, mas sim contra o corpo de outrem que fora do útero materno terá uma vida independente de sua genitora.

O nascituro, apesar de ainda não ter nascido possui direitos fundamentais desde sua concepção, entre eles está o direito de se desenvolver e nascer, ou seja, o embrião possui o direito a vida.

Em várias ocasiões a Lei Brasileira concedeu direitos ao nascituro desde sua concepção, como por exemplo o direito aos alimentos gravídicos que visam a saúde do embrião e que após o nascimento se transformam em alimentos para o menor, nesse caso não se estabelece que sua genitora só poderá pedi-los após determinado tempo de gestação, não existe um limite mínimo para que seja concedida essa proteção.

Desse modo, entende-se que o Brasil adotou a teoria concepcionista, devendo os direitos fundamentais do nascituro serem resguardados desde a concepção.

Assim, observando que o direito a vida foi concedido a todo indivíduo pela Constituição, não sendo permitido pena de morte em tempo de paz, e que a pena não deve

passar da pessoa do condenado, o fato de a gestação ser proveniente de um crime de estupro, não justifica a cessação da vida.

O embrião nesse caso é saudável e encontra-se totalmente desvinculado de seu genitor, desse modo não é razoável tirar sua vida por culpa de seu genitor. O aborto tido por “sentimental”, não possui fundamento, pois esse é justificado pela dignidade da pessoa humana, até mesmo porque o embrião também é um ser humano, porém encontra-se dentro do útero, então também merece que lhe seja reconhecida sua dignidade.

Além disso, o que tira a dignidade da mulher é o ato do estupro, que ela jamais esquecerá, e não a gravidez. A gravidez feria a dignidade da mulher solteira há muitos anos atrás, quando uma mulher solteira grávida era considerada mulher da vida, não nos tempos atuais.

É certo que essa mulher que sofreu uma violência como essa não tem obrigações com essa criança, deste modo caso não seja capaz de amá-la como uma produção independente, poderá colocar a disposição de uma família que queira adotar.

No Brasil existem muitas famílias em filas aguardando a chegada de seu filho por meio da adoção e essas pessoas não se importam qual a origem do seu filho e possuem muito amor dentro de si para dividir com essa criança.

Pessoas que defendem o aborto em quaisquer ocasião alegam que os países que fizeram o numero de aborto diminuiu, contudo não dizem que nesses países são feitas políticas públicas intensas de modo a prevenir a gravidez e promover o planejamento familiar.

Tal permissão sem uma efetiva política publica, apenas faria crescer o numero de doenças sexualmente transmissíveis.

Deste modo, observe que o que é necessário não é a legalização do aborto em nenhuma de sua forma, exceto se a vida é inviável ou se a risco para a vida da mulher, quando será feita uma ponderação entre vidas, caso esses não sejam o caso se estará diante de uma inconstitucionalidade, mas sim a criação de uma política publica efetiva e no caso de estupro a conscientização de que é possível disponibilizar a criança para adoção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - ADPF n 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf >. Acesso em: 01 de out 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADI n 3.510*. Relator: Carlos Ayres Britto. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/.../acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei n 2.848, de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em: 01 out. 2018.
BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. *Lei de Biossegurança*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm >. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. *Lei de alimentos gravídicos*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

BRASIL. *Pro VIJ-DF*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/vij-df-recebe-profissional-para-falar-sobre-interruptao-legal-de-gravidez>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CASTEL – BRANCO, Margarida - *O impacto do aborto na saúde da mulher*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2008/02/08/jornal/o-impacto-do-aborto-na-saude-da-mulher-248304>> Acesso em: 18 mar. 2018.

COLAR, Osmar R. et aL. *Aborto legal por estupro*. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/447/3306>. Acesso em: 18 mar. 2018.

DIREITO.COM. *Pessoas naturais*. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-02-5>>. Código Civil 2002>. Acesso em: 04 out. 2018.

FIDELIS, Nina. *Jornal Brasil de Fato*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/22/limite-tecnico-impede-acesso-de-mulheres-ao-aborto-legal-no-brasil/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

KARL LARENZ, Coelho *apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Ed. 20ª. Editora Saraiva, Rio de Janeiro 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*: Ed. 20ª. Editora Saraiva, Rio de Janeiro 2016.

SALTENBERGER, Ann. *Estudos sobre as conseqüências físicas do aborto*. Disponível em: <<http://www.sinaisdostempos.org/aborto/consequencias-fisicas-do-aborto>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. 39º. Editora Malheiros 2016. São Paulo.

SOUZA, Flavia Bello Costa de. Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. Responsável pelo Núcleo de Violência Sexual e Aborto Legal do Hospital Pérola Byington.São Paulo – SP. Brasil.

Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X>>. Acesso em 16 out. 2018.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. *A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MOTTA, Rosa Emanuel. *Morte por aborto no Brasil: a legitimação da nossa ignorância*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/28/mortes-por-aborto-no-brasil-legitimacao-da-nossa-ignorancia/artigo>> Acesso em: 18 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

WIKIPEDIA. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fertiliza%C3%A7%C3%A3o_in_vitro>. Acesso em 13 out. 2018.