

# ANÁLISE DO ABORTO EM CASO DE GRAVIDEZ DECORRENTE DE ESTUPRO

Ariane Ragni Scardazzi SILVA<sup>1</sup>  
Sandro Marcos GODOY<sup>2</sup>.

**Resumo:** O presente trabalho visa fazer uma breve análise do aborto em caso de estupro. Para isto, parte-se primeiramente de uma análise do conceito e do Direito à vida previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, de modo que qualquer descumprimento a este preceito seria uma flagrante inconstitucionalidade. Em seguida vem a tratar do aborto em seus tipos de classificação e a sua previsão atual em nosso ordenamento jurídico e direito comparado; bem como o conceito e bem jurídico tutelado no crime de estupro. Analisa-se também a grande evolução que seria necessária em nosso ordenamento jurídico para que a legalização de tal prática não violasse a Lei Maior, qual seria, uma nova Constituição; por se tratar a vida, de cláusula pétrea. Foi dado principal destaque à comparação dos bens jurídicos tutelados, levando a concluir que é ineficaz o aborto em caso de estupro, e ainda, que pela importância dos bens jurídicos tutelados, deveria prevalecer o direito à vida.

**Palavras-chaves:** direito à vida; estupro; aborto.

## Introdução

O presente trabalho procura abordar o direito à vida, enquanto direito fundamental, assim como os liames existentes entre este e o aborto. Procura ainda avaliar a imposição de limites na legislação infraconstitucional, estabelecendo uma análise sobre a importância dos bens jurídicos tutelados.

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito e Monitora da matéria de Direito Penal I das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente; Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides – UNIVEM – mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília; Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

Sendo um dos mais ruidosos problemas da Ciência Jurídica o direito a vida pela própria maneira como vem sendo tutelado (e desrespeitado) entre nós, vem despertando interesse e debates relevantes, principalmente acerca de suas características e os problemas relativos à sua positivação e exigibilidade enquanto integrante dos chamados direitos fundamentais. Observa-se que, por ser inato à natureza humana e por ser um direito fundamental, o direito à vida é mais antigo –óbvio– que a própria teoria dos direitos fundamentais.

## 1. Direito à vida

### 1.1 Conceito

Importante tentar-se definir o significado de *vida* para que se possa delimitar a abrangência e atuação de nossa discussão.

O vocábulo vida possui inúmeros significados, dificultando por demais um sentido pronto e acabado. Trata-se de um assunto cuja conceituação é tida como algo que não se pode delimitar por muitos autores.

Alguns estudiosos, sobretudo das Ciências da Saúde, dizem ser a vida a continuidade de todas as funções de um organismo vivo. Ou então, o período compreendido entre a concepção e morte. Em suma, a definição científica não consegue apresentar características inequívocas do que seja vida.

Autores tanatologistas costumam afirmar, que por exclusão, vida é tudo aquilo que não está morto, ou seja, que não faleceu, não pereceu.

O próprio **José Afonso da Silva (2003, p. 196)**, amortecendo a tendência em não oferecer uma conceituação de *vida*, elucida que:

"no texto constitucional (art. 5º o , caput) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade."

Já o filólogo **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 2070)**, traz a seguinte definição de *vida* (do latim *vita*):

"Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte."

Com efeito, o direito à vida merece especial atenção na sua positivação constitucional.

Ter direito à vida significa – tão somente – viver, isto é; estar com a vida assegurada; existir condignamente; perdurar; subsistir.

## **1.2 Quando se inicia a vida humana**

Observam-se, pois, duas correntes culturais distintas, acerca do início da vida humana. A corrente do senso comum, que apresenta a visão genética de quando a vida se inicia, afirmando ser no momento da concepção, após o encontro de espermatozóide com o óvulo que é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro.

Uma corrente dir-se-ia voluntarista, com vistos de cientificismo, afirma que a vida começa em distintos momentos, sempre depois da concepção: na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana (visão embriológica); a vida começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual a uma pessoa (visão neurológica); a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida (visão ecológica).

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

Portanto, a biologia genética hoje assenta como pacífico que a vida se inicia na concepção.

## **1.3 Direito a vida como uma garantia constitucional**

Constituição é a Lei Maior dentro de um Estado. Constituição é o conjunto de normas fundamentais que rege a organização de um Estado, regulando a relação do governo com o povo, disciplinando as funções estatais, estabelecendo os direitos e deveres recíprocos da população e norteando a posição de uma nação em relação a outras.

Assim, a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

A vida humana, que é o objetivo do direito assegurado no artigo 5º caput, da Constituição Federal, integra-se elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).

O respeito à vida é o fundamento de todos os demais direitos humanos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

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

Alguns pensadores vão além, salientando que existem certos direitos que transcendem ao poder de ação do Estado. Há direitos que cabe apenas ao Estado reconhecer. No exame das duas grandes vertentes, faz-se menção aos chamados direitos fundamentais, que

são inerentes ao ser humano, com ele nascem e são insuscetíveis de serem regradados, e aqueles outros, que ao Estado cabe apenas reconhecer.

Estes últimos seriam os direitos periféricos. A corrente estrutural do Direito Natural e a corrente histórico-axiológica são aquelas que percebem a existência de direitos fundamentais, os quais, como o direito à vida, transcendem ao poder de criação e restrição do Estado.

## 1.4 Direito do Nascituro

O Código Civil Brasileiro prescreve (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”.

Na realidade, o nascituro é ser humano já concebido, mas que ainda está por nascer e, assim, não é sem sentido que desde a concepção, protejam-se seus direitos. A proteção, pois, dos direitos do nascituro, é matéria de fato, que transcende a própria personalidade.

Como se sabe, é muito antiga a proteção aos nascituros, ou, diga-se melhor, ao próprio direito à vida. Por exemplo, na antiga Roma, em proteção ao nascituro, se proibia que se sepultasse uma mulher, morta em estado de gravidez, antes de lhe ser extraído o partus e, outro texto, expresso em norma que impunha o deferimento, para após o parto, de execução de pena capital contra mulher grávida.

De passagem, consigne-se que, no Direito do Antigo Egito, onde a mulher adúltera era punida com pena de morte, esta só seria aplicável, à condenada, quando grávida, após o parto.

Se o nascituro tem direitos, não se pode deixar de ter, antes e acima de quaisquer outros, esse direito à vida, pressuposto necessário de todos os restantes: não é por acaso que a CF; no caput do artigo 5º, o menciona em 1º lugar.

O Código Penal reconhece a vida intra-uterina, para complementar, basta dizer que designou tipo específico para a conduta causadora da interrupção do processo de gravidez: o aborto.

## 2. Aborto

### 2.1 Conceito

Entende-se por aborto o ato de interromper o processo de uma gravidez, com a destruição do produto da concepção.

Etimologicamente, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém do latim, *abortus*, onde *ab* significa privação e *ortus*, nascimento.

**Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.93)** enuncia como aborto:

*“O aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião, ou feto, não implicando necessariamente a sua expulsão. O produto da concepção pode ser*

*dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver no caso o aborto”.*

Nenhuma dessas definições, porém é isenta de críticas. E é, portanto, o critério médico legal a que deve aperfeiçoar-se a noção jurídico-penal: Aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época de sua maturidade.

Divergências existem à respeito da palavra. Médicos e Jurista não se acordam no conceito quando alguns opinam que se deveria usar a palavra abortamento, designando a conduta de abortar; reservando àquela palavra para o produto morto ou expelido.

Todavia, a palavra aborto é de uso comum por ter sido a empregada pelo Código Penal.

## **2.2 Breve Histórico**

O aborto é tema gerador de polêmicos ensaios, debates e estudos. O aborto é um dos crimes que se apresenta com grande diversidade repressiva determinada pelas modificações culturais ao longo do tempo e espaço.

Legislações antigas não o consideravam crime. Havia, em verdade, uma indiferença do Direito face à problemática do aborto. O feto era considerado como simples anexo ocasional do organismo materno, de cujo destino a mulher podia livremente decidir, salvo quando casada, devido à proeminência do Direito Marital.

Se nessa época chegava-se eventualmente, a castigar a administração, por terceiros, de substâncias abortivas, não era o aborto que se punia, mas o dano que daí resultasse para o organismo da mulher.

Nos primeiros tempos, em Roma, não se encontra indício de punição da morte dada ao feto. Cita-se, cerca do ano 20 depois de Cristo, como início da incriminação do aborto, através da Lex Cornelia, punindo a conduta como frustração da esperança do pai à sua descendência.

Tal posicionamento certamente decorreu do cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano.

No século XVIII, a maioria das legislações já equiparava o aborto ao homicídio, quando sobrevieram a filosofia iluminista, o famoso livro de Cesare Beccaria (1738-1794) e a Revolução Francesa com a sua “Declaração dos Direitos do Homem”.

Atualmente, conclui-se que a tendência geral das legislações se desenvolve no sentido da atenuação da pena para a mulher que provoca ou consente que lhe provoque o aborto, e, a imposição de penas mais severas aos terceiros, provocadores.

## **2.3 Aborto no Código Penal Brasileiro**

O Código Penal atual, Decreto-Lei 2.848, de 07.12.1940, como o outro, pune o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124), o aborto provocado por terceiro (art. 125), o aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126), e prevê

formas qualificadas em caso de superveniência de lesões graves ou morte da gestante (art. 127).

Por outro lado, aumento o rol de causas de exclusão da punibilidade, no artigo 128, expressando não ser punível o aborto praticado por médico: se não há outro meio de salvar a vida da gestante (inc. I), ou, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (inc. II).

O Código Penal ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes de seu término normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez, provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.

A vida intra-uterina é reconhecida pelo Código Penal, pois trata-se de uma expectativa de vida, uma pessoa em formação, e portanto, a conduta causadora da interrupção do processo de gestação é tipificada como crime de aborto e, conseqüentemente, punido por lei.

Para que se configure crime de aborto é necessário que se tenha: uma gravidez, que consiste no período que abrange a fecundação do óvulo, com a constituição do ovo; o dolo, a intenção livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do produto da concepção ou de assumir o risco de produzir o resultado morte, de modo que não se pune dessa maneira o aborto culposos; o emprego de técnicas abortivas, qual seja todo e qualquer meio para poder interromper a gravidez, com a morte do ser concebido, no ventre materno ou após a sua expulsão.

O Código Penal Brasileiro, de 1940, se refere ao aborto em cinco artigos e permanece em vigor até hoje, e o enquadra no rol dos crimes contra a pessoa, particularmente nos crimes contra a vida.

## **2.4 Aspectos religiosos**

O aborto é tema polêmico entre as pessoas que compõem a sociedade e principalmente quando nos referimos à igreja, que tem seus princípios básicos religiosos muito respeitados.

Trata-se de um assunto muito delicado que envolve a vida de um ser humano, ou mesmo a interrupção da vida deste ser humano, sendo de grande importância a opinião de uma instituição tão presente em nossa sociedade: a religião.

### **2.4.1 Catolicismo**

A Igreja Católica é uma das que mais repugnam a prática do aborto e sua legislação, pois defende a tese de que o feto já é um ser humano, com alma, desde a concepção. Abortar é matar. Entre a vida do feto e a da mãe prevalece a do feto. Esta não é uma questão simples, pois implica determinar quando a vida começa a existir.

O principal fundamento da igreja está na Tábua dos dez mandamentos, mas precisamente segundo aquele que diz: “Não matarás”.

Essa posição da igreja se baseia em quatro princípios: 1) Deus é o autor da vida. A igreja católica insiste que todo ser humano recebe direito à vida diretamente de Deus; 2) A vida

humana se inicia com o momento da concepção; 3) Ninguém tem o direito de tirar a vida humana inocente; 4)O aborto em qualquer estágio de desenvolvimento fetal, significa tirar uma vida humana inocente.

#### **2.4.2 Judaísmo**

Desde séculos anteriores, o judaísmo permite o aborto terapêutico para salvar a vida da mãe. Os judeus pensam que se o aborto não é desejável também não pode ser um assassinato. O mais importante é a saúde da mulher tanto no seu equilíbrio físico como psíquico, o que implica que, em caso de risco da mulher, o aborto é permitido, ficando a cargo da consciência individual. Evidente que essa religião encara a alma de forma diferente da igreja católica.

#### **2.4.3 Protestantismo**

A maioria das igrejas protestantes reconhece o aborto como uma escolha legítima da mulher. Todas as igrejas protestantes (batista, luterana, metodista, presbiteriana, episcopal, unitária) admitem o aborto terapêutico, apenas algumas admitem o aborto eugênico.

A grande diferença para as igrejas católicas está no respeito à vida da mãe. Assim, se uma escolha tiver de ser feita entre a vida da mãe e a do embrião ou feto, recairá sempre a escolha prioritária da mãe.

#### **2.4.4 Espiritismo**

Para os espíritas, religião extremamente difundida no Brasil, o aborto é um crime, mas por razões diversas daquelas apontadas pela religião católica. Vêm nesse ato uma recusa aos desígnios de Deus.

O pressuposto básico dessa religião é que o espírito sempre existiu. A cada morte de um ser ele desliga-se desse para se encarnar de novo em outro corpo. Quando esse novo ser esperado acaba por ser um objeto de aborto, o que acontece não é simplesmente a morte de um corpo, mas a frustração de um espírito que tem que procurar outro corpo para reencarnar.

Cita como crime o aborto em qualquer período de gestação, pois haverá crime sempre que a mãe ou quem quer que seja tirar a vida de uma criança antes de seu nascimento, pois isso impede uma alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando.

#### **2.4.5 Islamismo**

Os líderes islâmicos são desfavoráveis ao aborto.

O que se verifica é que para eles o aborto é lícito em qualquer fase da gestação, sendo ilícito porém na segunda fase, quando já ocorreu a animação do ser. No entanto há manifestações que divergem desta, dizendo que somente após de o feto estar revestido de carne e osso e animado é que o aborto seria punido.

### **2.5 Classificação**

O aborto pode ser classificado como: natural; acidental; criminoso; terapêutico ou necessário; humanitário ou sentimental; eugênico; social.

- *Aborto Natural* – podem ser chamados de espontâneos, ocorrem em consequência de vários fatores de ordem natural, ou seja, quando a expulsão do feto ocorre devido ao próprio organismo sem a interferência externa.
- *Aborto Acidental* – ocorre por interferência externa involuntária. A morte do concepto em tais casos constitui o que se denomina de ato indireto, o que não foi desejado, nem visado quer como fim, quer como meio de obter um fim, mais foi previsto como consequência possível ou certa, porém inevitável, de um ato diretamente visado.
- *Aborto Criminoso* – refere-se ao aborto provocado, isto é, aquele resultante de manobras praticadas deliberadamente com o fim de provocar a morte do concepto. Do ponto de vista ético difere essencialmente do tipo anterior pelo fato de que a morte do concepto aqui é diretamente provocada, é intencional. O direito à vida do concepto é preterido.
- *Aborto Terapêutico* – é o mesmo que aborto necessário. É praticado quando a vida da mãe corre perigo; se não há outro meio de salvar a vida da gestante.
- *Aborto Humanitário* – o aborto é autorizado quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal é denominado na doutrina de aborto sentimental.
- *Aborto Eugênico* – é a interrupção provocada da gestante, quando há suspeita de que o nascituro apresenta doença, transmitida por um ou pelos genitores, ou contraiu graves anomalias.
- *Aborto Social* – é aquele que é permitido às famílias que passam por difícil situação econômica, no intuito de não agravar a situação social, isso, não justifica a prática do aborto.

### **3. Estupro**

#### **3.1 Conceito**

Quanto à denominação estupro, foi ela consagrada pelo Código de 1890, restringindo-a exclusivamente à relação, mediante violência ou grave ameaça.

Estupro é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, servindo-se de violência ou grava ameaça, realizar conjunção carnal com a vítima.

O nosso Código Penal assim o define no artigo 213: “Constranger mulher À conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Alguns estudiosos classificam os estupros em três tipos:

a) Inevitável – muitos estupros são extremamente violentos, comprovados e inventáveis, como no caso de arrombamento e invasão de domicílios, violação de privacidade, etc. Este é um estupro tremendamente doloroso e com grandes efeitos psicológicos e morais sobre a vida das vítimas.

b) Estupro por dominação psicológica ou física – abuso de autoridade. Há pais, tios e padrastos que, valendo-se da autoridade e da intimidade, estupram menores da família por

dominação ou sedução, levando-as à concepção. Nestes casos, o mal psicológico pode ser menor, mas o moral é bem maior.

c) Estupro evitável ou induzido – muitas vezes a mulher comete imprudências, andando sozinha em lugares ermos, escuros e em horas noturnas avançadas. A falta de cautela confere à vítima uma parcela de culpa por não ter evitado o evitável.

### **3.2 Breve Histórico**

Os povos antigos reprimiam o estupro. No Direito Romano, a violência carnal era punida com a pena de morte pela Lex Julia de vi publica. Considerava-se crimen vis, porque se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente.

No Egito, a pena era a mutilação. Na Grécia, primeiramente era imposta a simples multa, mais a morte veio mais tarde a ser cominada.

È o estupro o crime que invariavelmente é considerado por todas as legislações dos povos civilizados. Em quase todas as leis, os elementos do delito são os mesmos: as relações carnavais e a violência física ou moral.

Assim, nos Códigos da Suíça, Itália, Polônia, Uruguai, Argentina, Peru, Espanha, Portugal, Alemanha, China e Rússia e outros.

Bem mais elevada era a punição no Código de 1830, em relação ao de 1890 e ao atual.

### **3.3 Bem jurídico tutelado**

O crime de estupro atenta contra a liberdade que tem todo indivíduo de dispor de seu corpo, na vida sexual.

Nosso Código tem em vista os atentados cometidos mediante violência (física ou moral) e a fraude. Por qualquer modo, quer sujeitando a vítima aos seus instintos, quer fraudando-a para conseguir o mesmo fim, o agente viola o direito que ela possui de eleição de escolha sexual.

Falando-se em liberdade sexual é patente que a expressão há de ser tomada em sentido amplo, para abranger todas as manifestações normais e anormais do instinto sexual, sem, contudo, ater-se à distinção de sexo.

O bem jurídico que o artigo 213 protege é a liberdade sexual da mulher; é o direito de dispor do corpo, é a tutela do critério de eleição sexual de que goza na sociedade.

È um direito seu que não desaparece, mesmo quando se dá a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda quer mercadejando com o corpo, ela conserva a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicita.

A liberdade de escolha nas relações sexuais é, destarte, o bem que o Código, nos precisos termos do artigo 213, tem em vista.

O indivíduo que acomete uma mulher para manter relações carnavais, violando, assim, o seu direito de escolha, postergando a liberdade que ela tem de dispor do corpo, demonstra instintos brutais dignos de severa repressão.

## **4. Aborto em caso de estupro**

### **4.1 Código Penal**

O aborto sentimental (ético ou humanitário) é previsto pelo artigo 128, II, do Código Penal. Trata-se do aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro, precedido daquele de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, independente de autorização judicial, uma vez comprovado o delito ou a violência sexual.

Indaga-se qual a natureza da indicação ética em estudo. Sustenta-se, por um lado, que a conduta do médico e sua equipe é lícita, com base na ampliação do âmbito da excludente do exercício regular de direito (art. 23, III, CP).

Todavia, 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 mero requisito, o consentimento constitui autêntica base da excludente, pois é precisamente a conformidade do paciente que faz surgir o direito de agir do médico.

### **4.2 Direito Comparado**

No Brasil, só há duas situações em que o aborto é permitido: em casos de estupro ou quando a gravidez implica risco para a gestante. Em quaisquer outros casos de interrupção da gravidez é considerada crime.

Espera-se ainda para este ano uma decisão final do Supremo Tribunal Federal eu pode liberar ou proibir em definitivo o aborto de fetos anencéfalos no país.

Nos Estados Unidos o aborto é permitido desde 1973, quando a Suprema Corte reconheceu que o aborto é um direito garantido pela Constituição Americana.

Pode-se interromper a gravidez até a 24ª semana de gestação – na época em que a lei foi promulgada, era esse o estágio mínimo de desenvolvimento que um feto precisava para sobreviver fora do útero.

O Japão foi um dos primeiros países a legislar o aborto, em 1948. A prática se torna o método anticoncepcional favorito dos japoneses – em 1955 foram realizados 1.170 000 abortos contra 1.731 000 nascimentos.

Hoje, o aborto é legal em caso de estupro, risco físico ou econômico à mulher, mas apenas até a 21ª semana – atual limite máximo para o feto sobreviver fora do útero.

Na França desde 1975 as francesas podem fazer abortos até a 12ª semana de gravidez. Após esse período, a gestação só pode ser interrompida se dois médicos certificarem que a saúde da mulher está em perigo ou que o feto tem problema grave de saúde.

Em 1988, a França foi o primeiro país a legalizar o uso da pílula do aborto RU-486, que pode ser utilizada até as 7ªs semanas de gestação.

No Chile, proíbe-se o aborto em qualquer circunstância. A prática é considerada ilegal mesmo nos casos que colocam em risco a vida da mulher.

#### **4.3 Defesas e ataques à legalização do aborto em caso de estupro**

Permite a lei que a mulher, vítima de estupro, aborte (aborto sentimental). Defendem-no uns, dizendo não ser humano que se imponha à mulher trazer nas entranhas um ser que não é gerado pelo amor, que só lhe recorda o momento de pavor que viveu, como desumano também será impor-lhe que alimente e crie esse ente.

Manzini vê na espécie ainda estado de necessidade, porque as conseqüências danosas do estupro (a gravidez) constituem a permanência da causa criadora do perigo atual de um grave dano à pessoa.

Outros, entretanto, impugnam a prática argumentando que a origem delituosa de uma vida não pode justificar sua destruição, cabendo ao Estado a criação do filho.

Acrescentam ser a ação dirigida contra quem nenhuma culpa teve.

Um constitucionalista argentino, após lembrar que nos EUA foi considerada legal a despenalização do aborto nos três primeiros meses de gestação, conclui que o aborto deve ser despenalizado em algumas hipóteses, uma vez que a vida é também liberdade sexual e violar a liberdade é uma forma de atentar contra a vida.

Já Alexandre de Moraes defende que o aborto poderá ser penalizado, quando estiver tutelando o direito à vida, devendo, porém, ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante, quando atentar contra a liberdade sexual da mulher e, também nos casos de acrania, ou total inviabilidade da vida extra-uterina, pois nessa última hipótese não haveria direito à vida a ser protegido.

Outros estudiosos entendem que no caso do aborto, angústia e vida estão na balança. Mas enquanto a destruição da vida é algo de fatal e irreversível, a angústia é suscetível, não somente de sublimação, na suprema afirmação do heroísmo, mas ainda de genuína assimilação, com os auxílios proporcionados pelo bom senso e sua experiência, e igualmente pela ciência médica e sua terapêutica.

## **CONCLUSÃO**

### **Análise crítica dos bens jurídicos tutelados**

A Constituição Brasileira, em diversos artigos, principalmente em seu artigo 5º, prevê a inviolabilidade do direito à vida. Vislumbra-se aqui, inequivocamente, a primazia que o legislador constitucional imprimiu ao direito à vida. Coloca-o à frente de outros e a mensagem do legislador, afigura-nos no sentido de que a vida humana seja considerada um ponto central e equidistante em relação aos demais direitos. Um eixo do qual emanam todos os outros.

Em contra partida, se o direito a vida é inviolável e absoluto, como ficaria a licitude do aborto quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro (artigo 128 do Código Penal).

Questiona-se a priori, se o direito à vida é fundamental, inviolável, constitucionalmente tutelado; se este direito é o mais fundamental dos direitos, pois é pré-requisito para o gozo de todos os demais; até onde vai o poder do Estado em prever exceções à essa inviolabilidade.

Parte-se primeiramente da análise do princípio de que qualquer descumprimento ao preceito previsto no art. 5º da CF seria uma flagrante inconstitucionalidade. Não aí, outra violação à Constituição referente à prática do aborto, no momento em que a mesma ocorre seria, infringir o art. 5º, XLV, que diz: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”. Seria também violar o art. 227 da CF que dispõe: “*É o dever da família, da sociedade e do estado assegurar a criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida*”.

Enfim, não são apenas esses dispositivos que são violados em nosso ordenamento jurídico, temos também flagrante violação às outras normas infraconstitucionais, sejam elas: o art. 4º do Código Civil que põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, e o art. 7º, do ECA (Lei 8069/90), que diz: “*A criança e o adolescente tem direito à proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas públicas, que permitam o seu nascimento*”.

Questionando, portanto, a grande evolução que seria necessária se fazer em nosso ordenamento jurídico para legalizar a prática do aborto, ou seja, para que esta legalização não infringisse frontalmente a Lei Maior do País.

Essa evolução do ordenamento seria a criação de uma nova Constituição Federal, ou seja, um novo poder constituinte, já que não pode ser objeto de emenda qualquer alteração ao artigo 5º, por tratar-se de cláusula pétrea.

Saliente-se que na exclusão da ilicitude, pelo legislador infraconstitucional, do aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; nosso entendimento é que ele o fez acertadamente. O bem jurídico que se procura tutelar nesse caso é a vida da gestante, ocorrendo uma tutela do bem jurídico-vida, no momento em que uma outra vida é tirada. Sendo assim, os bens jurídicos são de igual valor, acertando o legislador em priorizar pela vida da mãe que já goza de todos os outros direitos, tem família e uma vida formada em sociedade.

A prática do estupro consiste em um problema gravíssimo e extremamente doloroso para a vítima, gerando vários problemas de ordem psicológica, moral e até social, mas o recurso ao aborto não constitui solução, pois somente consiste em outra brutal violência, incompatível com a consciência humana. E com que fim? Não o evitaria a crueldade já praticada e nem mesmo seria reparada com o sacrifício de um ser inocente.

Acreditando alguns, como Luis Régis Prado, que no aborto sentimental ou humanitário o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar.

Tenta-se defender o direito que as mulheres têm sobre seu próprio corpo, sobre sua liberdade sexual, cabendo a nós questionar se essa liberdade é grande o suficiente a ponto de ser capaz de suprimir o direito que um feto tem de viver.

Para defender a licitude do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro, vários doutrinadores recorrem à relatividade dos direitos fundamentais, salientando que a própria Constituição abre exceções ao direito à vida logo no seu art. 5º, ao permitir a pena de morte em caso de guerra. Porém o que cabe aqui é apenas uma reflexão, de que para aqueles que entendem que o direito à vida é relativo, sua relatividade advém da Lei Maior do País, e a supremacia do direito à liberdade sexual sobre o direito à vida, que é o que ocorre no caso do

aborto, não está na CF, nem mesmo o direito de escolha sexual vem expressamente descrito na CF.

Concluindo-se que, se o direito à vida é relativo como alguns acreditam, é a CF que nos diz expressamente quando esse direito pode ser violado; devendo ser expresso na CF, portanto, os casos em que o mais importante direito fundamental poderia ser violado. Podendo-se entender que se a CF nos diz quando o direito à vida seria relativo, não é caso que se enquadre nesse requisito o aborto decorrente de estupro.

O aborto é um crime contra a vida. Já o estupro é um crime contra a liberdade sexual da vítima, que trará duras conseqüências, não necessitando de mais uma; a morte de uma vida inocente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LUTTI, José Ricardo de Mello Sanchez. **Aspectos atuais do Abortamento**. 2003. 82f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente-SP.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.2.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida e novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SZNICK, Valdir. **Crimes sexuais violentos**. São Paulo: Ícone, 1992.

VECCHI, Paola Silva de. **A relatividade do direito à vida em face do aborto**. 2002. 132f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente-SP.