

O aborto à luz da prioridade absoluta do direito à vida: dilemas e perspectivas/**Abortion in the light of absolute right to life priority: dilemmas and prospects**

DOI:10.34117/bjdv5n10-008

Recebimento dos originais: 10/09/2019

Aceitação para publicação: 02/10/2019

Alexandra Bezerra de Sousa Gonzaga

Formação acadêmica mais alta: Pós Graduada em Docência do Ensino Superior- UNIFSA.

Instituição: Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

Endereço: Rua Antonio Lauriston Maximo Feitosa, 479, Conjunto Rafael, Pio IX/PI, CEP 64660-000.

E-mail: alexandrabezerra.adv@hotmail.com

Jovina da Silva

Formação acadêmica mais alta: Mestra em Educação - UFPI.

Instituição: Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

Endereço Institucional: Avenida Prof. Valter Alencar, 665, São Pedro, Teresina - PI, 64019-625.

E-mail: profjov@hotmail.com

RESUMO

À luz da Constituição Federal, especificamente do artigo 227, devem ser resguardados, com prioridade absoluta, os direitos infante-juvenis, entre eles, o direito à vida. Tal princípio vem ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º. Este último Diploma Legal garante o direito à vida sobre duplo aspecto: direito de nascer e de sobreviver, de modo que a proteção legal, de ordem prioritária, tem início ainda na fase intrauterina. Diante disso, no presente estudo propõe-se discutir a aplicação do artigo 128, inciso II, do Código Penal, o qual autoriza o aborto quando a gravidez é proveniente de estupro. Destarte, na aludida circunstância, instalar-se-á o confronto de dois bens jurídicos de valor fundamental, ambos tutelados legal e constitucionalmente: de um lado, a vida humana em desenvolvimento e, de outro, a liberdade da mulher em exercer seu direito de autonomia reprodutiva, sendo que um deles terá que ceder em benefício do outro. Portanto, surge o problema: A liberdade para abortar prevista no artigo 128, II, do CP é superior à prioridade absoluta do direito à vida assegurada constitucionalmente? Em busca desta resposta, e sem a pretensão de esgotar o tema, realizou-se esse estudo que, por meio de revisão bibliográfica, propõe levar a efeito uma relevante e promissora reflexão teórica acerca da temática.

Palavras-chave: Direito à vida, Aborto, Bens jurídicos.

ABSTRACT

In the light of the Federal Constitution, specifically Article 227, the right to life must be safeguarded with absolute priority, including the right to life. This principle is ratified by the Child and Adolescent Statute, in its Article 4. This last legal diploma guarantees the right to life in two respects: the right to be born and to survive, so that legal protection, as a matter of priority, begins even during the intrauterine phase. Therefore, the present study proposes to discuss the application of article 128, item II, of the Penal Code, which authorizes abortion when pregnancy comes from rape. Thus, in the aforementioned circumstance, there will be the confrontation of two legal assets of fundamental value, both legally and constitutionally protected: on the one hand, developing human life and, on the other, women's freedom to exercise their right to reproductive autonomy, one of which will have to give in to the other. Therefore, the problem arises: Is the freedom to abort provided for in Article 128, II, of the CP superior to the absolute priority of the constitutionally guaranteed right to life? In search of this answer, and without pretending to exhaust the theme, this study was carried out, which, through a literature review, proposes to carry out a relevant and promising theoretical reflection on the subject.

Keywords: Right to life, Abortion, Legal assets.

1 INTRODUÇÃO

O ato de interpretar e aplicar o Ordenamento Jurídico à realidade concreta nem sempre é tão cômodo e pacífico, pois certas normas são criadas e aplicadas graças ao sacrifício de outras. É o que ocorre, por exemplo, com a disposição legal contida no artigo 128, inciso II, do Código Penal brasileiro que permite o aborto em caso de gravidez decorrente de estupro. Tal autorização para abortar entra em choque com outro bem de valor supra que é a vida humana em desenvolvimento no útero materno, cuja tutela vem amplamente disciplinada tanto em preceitos de ordem constitucional (CF/1988, art. 5º, caput; art. 227) e supralegal (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 4º, 1,1992), como na legislação infraconstitucional (art. 7º, CC, 2002; Art. 2º, ECA 1990).

Posto o conflito, indaga-se: qual destes bens jurídicos tem maior valor e, portanto, é carecedor de uma maior proteção: a liberdade da gestante a quem deve ser assegurado o direito de escolha acerca da interrupção ou não da gravidez indesejada? Ou é a vida do ser indefeso ainda em desenvolvimento que deve ser protegida com absoluta prioridade? Considerando que o princípio da supremacia constitucional é dogma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a resposta terá que ser extraída do próprio ordenamento jurídico à luz de uma filtragem constitucional. A seguir apresenta-se uma discussão analítica dessa problemática.

2 O ABORTO SENTIMENTAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento e a instrumentalização dos direitos fundamentais remontam ao advento do Estado Liberal, entre os séculos XVII e XVIII. Têm sua origem com o declínio do Estado Absolutista, representando a proposta de instauração do liberalismo político e econômico em que vige o modelo estatal não intervencionista. O homem deixa de ser encarado apenas como um ser inserido na coletividade, e passa a ser visto como um ser singular, individual enquanto ser autossuficiente. Sobre direitos fundamentais, o autor constitucionalista Bulos (2008, p. 404), traz a seguinte definição:

São o conjunto de normas e princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Ainda nas palavras desse autor “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.” Tais direitos juntamente com as garantias fundamentais, as quais são as ferramentas jurídicas que permitem o seu exercício, ganharam uma posição privilegiada na Constituição Federal brasileira de 1988. Sendo assim, a referida carta constitucional dedica seu título segundo para tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Dentre os capítulos que compõe o mencionado título constitucional, encontra-se aquele que dispõe acerca dos direitos individuais (art. 5º, CF/88), entre os quais está disciplinado o direito à vida e à liberdade. Nas lições de Bonavides (2003, p. 563):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (...) São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

Importa ressaltar, ainda, que os direitos e garantias assegurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estão elevados à categoria de cláusula pétrea, ou seja, compõem o núcleo intocável pelas mudanças legislativas, nos termos do artigo 60, §4º, IV, CF/88.

Dessa forma, disciplinando os Direitos Fundamentais, o artigo 5º, caput, da CF/88 dispõe que: “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”.

A acepção constitucional do “direito à vida” é ampla, expressa a capacidade de fruir de todas as vantagens e prerrogativas que são atribuídas ao ser. Neste viés, ensina Liberati (2007, p. 21): “Sem a garantia da vida não é possível o exercício dos demais direitos fundamentais. A vida é pressuposto da personalidade (art.2º, CC, 2002)”. Neste mesmo sentido, posiciona-se Moraes (2002, p. 63,64):

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. A Constituição Federal proclama, portanto, 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. (grifo nosso)

Nessa perspectiva, faz-se necessário compreender a partir de que momento o ordenamento jurídico entende que há vida para fins de proteção. O artigo 2º do Código Civil 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.” Logo, percebe-se a preocupação do legislador com a figura do nascituro, reconhecendo-lhe direitos, anteriores ao nascimento. Corroboram Amin (2010, p.34) ao prelecionar:

Salvaguardar interesses do nascituro, sem lhe conferir personalidade é limitar sua tutela aos direitos de ordem patrimonial, sem lhe assegurar durante sua vida intrauterina a gama de direitos formadora dos direitos da personalidade que hoje refletem a dignidade preconizada na Carta Constitucional.

Além disso, cumpre destacar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), documento internacional que ingressou em 1992 no ordenamento pátrio com *status* de norma supralegal, o qual traz preceito em que reconhece o direito do nascituro à vida (artigo 4º, nº 1- Direito à vida) “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”.

De igual modo, assinala Bulos (2008, p. 414) que “sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam”. Desse modo, a Constituição assegura proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina. E a seguir,

acrescenta: “tanto a expectativa de vida exterior (vida intrauterina) como a sua consumação efetiva (vida extrauterina) constituem um direito fundamental, sem ele nenhum outro se realiza”.

No ano de 1990, veio à tona o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA com a Lei 8.069/90. Este diploma legal alçou uma posição de destaque na defesa desses seres em desenvolvimento, cuja condição peculiar exige um tratamento diferenciado. Assim, o artigo 7º, do ECA estatui: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” Comentando o referido dispositivo, o ilustre constitucionalista BULOS (2008, p.414) assevera:

Cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: **direito de nascer** e direito de subsistir ou sobreviver. O Estatuto da Criança e do Adolescente encampou essa diretriz, dando ênfase ao direito à saúde e ao **apoio alimentar à gestante** (arts. 7º e 8º). (BULOS, 2008, p. 414). (Grifo nosso).

Destarte, nítida é a proteção dispensada por esta Lei ao ser em formação, que se encontra em desenvolvimento ainda no útero materno. O disposto no supracitado artigo 7º, quanto ao **direito ao nascimento** que deve ser efetivado mediante políticas públicas destinadas a tal fim, é uma prova fidedigna deste ideal. Ademais, para repelir qualquer resquício de dúvida quanto a este aspecto, o artigo 8º do mesmo estatuto vem disciplinar de que modo podem-se exercer os direitos à vida e à saúde, ambos assegurados no artigo anterior, e acrescenta que é “assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”. Neste sentido, cumpre colacionar, ainda, o seguinte esclarecimento doutrinário:

O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece direitos que devem ser exercidos mesmo antes do nascimento. Não bastaria, e até atentaria contra a integralidade da proteção infanto-juvenil, assegurar saúde e vida a crianças e adolescentes destinatários da norma estatutária sem reconhecer a importância da boa formação do feto, para garantia de uma vida saudável após o nascimento. Seria o mesmo que “cobrir a cabeça e descobrir os pés”. (grifo do autor). (AMIN, 2010,p35).

Convém ressaltar que, ao contrário do que afirmavam os antigos romanos, o embrião não se confunde com as vísceras maternas, conquanto habite o corpo da mãe. Conforme verifica Sarmiento (2006, p.146), “ele possui identidade própria, caracterizada pelo fato de que

constitui um novo sistema em relação à mãe e é dotado de um código genético único, que já contém as instruções para o seu desenvolvimento biológico”. E acrescenta: “**Trata-se, portanto, de autêntica vida humana**”. (grifo nosso).

Ainda no que tange a celeuma de detectar o momento preciso do surgimento da vida, Greco (2008, p. 242) transcreve trecho da obra *Comentários ao código penal* de Néelson Hungria, no qual este último preleciona:

O código, ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto.

Segre (2006, pág. 45), por sua vez, cita trechos da obra do bioeticista português Almeida Santos, na Revista *Ética em Cuidados de Saúde*, em que este último alerta para algumas questões fundamentais que se colocam numa perspectiva científica e numa visão sociojurídica, e ensina sobre o embrião:

Deve outorgar-se ao embrião humano o direito de ser respeitado de forma integral e com a dignidade que, no mínimo, deve ser garantida a um ser humano, ainda que numa fase incipiente do seu processo evolutivo contínuo, sendo desejável que lhe venha a ser reconhecido direito a protecção legal e jurídica como sujeito de pleno direito.

Nessa compreensão, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), alertam para o princípio da Prioridade Absoluta quanto aos direitos de que são titulares esses seres ainda em desenvolvimento. Portanto,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF/88, art. 227).

Na definição de Liberati (2004, p.19), por absoluta prioridade, entende-se que:

A criança e o adolescente deverão estar, em primeiro lugar, na escala de preocupação dos governos; devem-se atender, primeiro, todas as necessidades das crianças e adolescentes. (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, **atendimento preventivo e emergencial às gestantes**, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a **vida**, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante. (grifo nosso)

Desse modo, percebe-se a necessidade de dispensar um cuidado muito especial para com esses seres que por estarem em desenvolvimento e formação, restam enquadrados em uma categoria peculiar. A tal categoria, tanto a norma constitucional como a infraconstitucional preceitua que se deve abordar com absoluta preferência, não sendo plausível, pois, que haja desrespeito ou descaso para com qualquer dos direitos inerentes a esses sujeitos, devendo, desde logo, rechaçar-se qualquer afronta que seja.

Considerando a diretriz constitucional traçada pelo artigo 227, o ECA revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, adotando o sistema garantista da doutrina da Proteção Integral. Neste sentido reza seu artigo 3º, *in verbis*:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Na definição de (COSTA apud LIBERATI, 2007, p. 14) a doutrina da proteção integral serve para:

Afirmar o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos [...].

A doutrina da proteção integral veio romper com os padrões pré-estabelecidos, e levar, pela primeira vez, as crianças e adolescentes a titularem direitos fundamentais, em igualdade de condições com qualquer ser humano adulto, entre eles o direito fundamental à vida. Logo, direito de nascer e de sobreviver dignamente. Dessa forma, tendo em vista o princípio da Prioridade Absoluta e a doutrina da Proteção Integral quanto aos direitos desses sujeitos em desenvolvimento, mostra-se desarrazoado qualquer ato ou conduta no sentido de restringi-los, sobretudo, o direito à vida, que, como visto é pressuposto para exercício dos demais.

Por outro lado, Prado (1997, p. 64) acerca do direito à Liberdade, o conceitua como a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade, tese que pressupõe aprofundamento ao se referir à discussão dessa temática.

Entretanto, trata-se, do mesmo modo, de um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, em seu citado artigo 5º, caput. É o que se denomina de direito à autonomia reprodutiva. Nesta perspectiva, a mulher seria a Senhora, em absoluto, de sua decisão, podendo optar se quer ou não levar adiante a gestação. Dissertando sobre o tema, Sarmiento (2006, p. 158) explica que “cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade”.

Discutir o fato do aborto é, sem dúvida, conduzir o estudo para caminhos radiantes onde se processarão as mais acaloradas dissensões, pois tal discussão é extensa e antiga. A controvérsia nos países varia em intensidade e temas sobre se e quando o aborto deve ser permitido, quais as situações que o justificam, o fato da vida, se o feto é ou não uma vida humana e tantas outras questões. O debate e a reflexão tomam rumos mais atraentes quando se concentra no cerne da questão, de modo a extrair dela apenas aquilo que possui relevância para o Direito Positivo, deixando de lado as digressões de caráter pessoal, que pouco ou nada acrescentam ao assunto.

O Código Penal brasileiro atual, não define o que seja aborto, resumindo-se, apenas, à expressão “provocar aborto”, deixando tal missão a cargo da doutrina e da jurisprudência. Marques, citado por Greco (2008, p.238) propõe a seguinte definição: “para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção”. De acordo com Fragoso *apud* Greco (2008, p.241) o aborto “é a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”.

A Legislação penal brasileira cuidou de incriminar as hipóteses de aborto provocado, considerando como indiferente penal as situações de abortamento espontâneo, uma vez que, neste caso, o próprio organismo, de forma natural, encarrega-se da seleção. Assim, dentre as hipóteses de aborto provocado, situam-se: o artigo 124 do Código Penal que disciplina o autoaborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante, o artigo 125 cuidando do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e o artigo 126 do mesmo diploma legal, que dispõe acerca do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante.

Conforme assinalado, as divergências são inevitáveis no trato com o tema. Ora, defendendo-se o direito à vida humana em desenvolvimento, ora sacrificando este mesmo direito em defesa do direito feminino de exercer a autonomia da vontade que se expressa na liberdade para escolher se deseja ou não ter o filho que se desenvolve dentro de si. Meulders, jurista belga, em sua obra *Liberaliser L'avortement?*, destaca o seguinte entendimento:

Não se trata de problema propriamente religioso ou de moral particular [...] é princípio moral proteger a vida humana, por débil que seja, no princípio se encerrando salvaguarda de respeitáveis interesses e altos valores. Sem o apoio do Direito, nada mais seria que uma palavra vã. Na discussão do intrincado problema do aborto, o argumento moral é inarredável. Implica o não encerramento da discussão ético-jurídica em torno da permissividade abortiva. Crentes ou incrédulos, unanimemente sustentam a convicção de que o Estado há de cumprir seu primordial dever e sua mais nobre razão de ser, sem cuja preservação sua legitimidade é uma trágica farsa: proteger quantos nele se integra, destacadamente os mais fracos e desarmados. Ora _ concordemos _ todo cidadão começou e começa necessariamente por ser embrião, frágil e inerme. Este pré-cidadão, melhor dizendo, é o nascituro, já assim sujeito de direito, pois vive. (apud PAPALEO, 2000, p. 41).

Por outro lado, na opinião de Kyriakos; Fiorini (2002) “a decisão é livre sobre se e quando ter filhos. Ao Estado compete propiciar, dar condições e informações para o exercício livre e igualitário desse direito”. E acrescentam:

É preciso assinalar que aos três poderes, legislativo, executivo e judiciário compete integrar-se na execução desse direito personalíssimo e no direito maior de livre exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, onde se inclui a maternidade desejada, fator de saúde e bem estar da mulher e da família.

Não obstante as divagações e especulações no que tange à questão ora estudada, o legislador pátrio, admitiu duas hipóteses autorizadoras de aborto, também chamadas de aborto legal que são consideradas exceções de antijuridicidade e possuem previsão legal no artigo 128 do Código Penal (1940). Este dispositivo dedica um de seus incisos ao estudo do aborto terapêutico ou necessário e, outro, à análise do aborto psicológico ou sentimental, este último discutido no presente estudo. Não se pune o aborto praticado por médico: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (CP, art. 128, II). Trata-se da figura nominada doutrinariamente de aborto sentimental ou psicológico. Dissertando acerca da natureza jurídica dessa modalidade de aborto, Greco (2008, p. 255) afirma que

O legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Na presente situação, não se vislumbra a presença do estado de necessidade que, de acordo com a maioria dos doutrinadores, se faz presente na hipótese do inciso primeiro do mesmo artigo, ao tratar do aborto terapêutico. Pois, neste caso, há o confronto de duas vidas juridicamente protegidos (vida da gestante e vida do feto), sendo que a lei penal escolheu a vida da gestante optando pelo perecimento da vida do feto.

De acordo com Bruno, no aborto sentimental, “a questão está muito aquém do caso em que se trata de preservar a vida da mulher”, O que determinou essa discriminante foi “razões de ordem ética ou emocional que o legislador considerou extremamente ponderáveis (BRUNO *apud* GRECO 2008, p.253).

Vale ressaltar que o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, assegura o direito à vida, assinalando a inviolabilidade de tal direito. Além disso, preceitua o artigo 227 da Lei Excelsa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, dentre outros mais, o direito à vida. De acordo com Greco (2007, p.44), “as normas infraconstitucionais devem, sempre, ser analisadas e interpretadas de acordo com os princípios informadores da Carta Constitucional, não podendo, de modo algum, afrontá-los, sob pena de ver judicialmente declarada a sua invalidade”.

Esses fundamentos e analisando o inciso II do artigo 128 do Código Penal, percebe-se o confronto de dois bens fundamentais: de um lado, a vida humana em desenvolvimento,

tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro a liberdade da mulher, vítima de estupro, sobre seu próprio corpo. Vida ou Liberdade. O Nascituro e a Mulher: ambos, vítimas de uma violência lasciva cuja consequência importará em grande sacrifício para um deles.

A Constituição Federal/88 ampara de modo irrestrito o direito fundamental tanto à liberdade quanto à vida, garantindo a inviolabilidade dos mesmos. Por sua vez, o Diploma Penal de 1940 outorgou permissão para que seja realizado o aborto no que tange à gravidez decorrente de estupro, tendo optado o legislador infraconstitucional, nesta circunstância, por valorizar a liberdade de escolha e de decisão da mulher em detrimento da vida do nascituro, em que pese ser a vida, como já foi dito, o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais. Nesse sentido, é oportuno o pensamento de (ISHIDA 2009, p. 16)

Na hipótese do aborto sentimental, não existe propriamente o chamado estado de necessidade a justificar a supressão da vida intrauterina. Não existiria uma proporção entre o bem suprimido (vida intrauterina) e o bem sobrevivente (dignidade da gestante).

Por fim, não se pode permitir que o preço maior por tal violência, assaz desprezível, seja pago pelo ser indefeso que passa a se desenvolver no útero materno. Do contrário, seria consagrar uma verdadeira aberração jurídica, do ponto de vista principiológico criminal, pois haveria uma quebra do princípio da intranscendência da pena, permitindo-se que esta, da forma mais grave possível (pena de morte) ultrapassasse a pessoa do condenado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, percebe-se que a aplicação do artigo 128, inciso II, do Código Penal, é desarrazoada após o advento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, diante dos dois mencionados bens tutelados juridicamente, o Ordenamento Jurídico, sistematicamente considerado como um todo uno e indivisível, mormente, sobre os ditames constitucionais, estabelece nítida preferência pelo primeiro deles, portanto, o direito à vida do nascituro.

Conclui-se ressaltando que, em nenhum momento, o presente estudo buscou desconsiderar o sofrimento enfrentado pela mulher vítima de estupro, que em virtude desse

ignóbil ato de violência veio a engravidar. É notório que não se pode aplacar tal sofrimento. Esse demanda medidas especiais, desde já sugeridas, de apoio psicológico, material, espiritual, moral, entre outras, que possam fazer ressurgir a dignidade da vida, pisoteada pela conduta abominável do ferino estuprador.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. IN: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Código Penal. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **VadeMecum Acadêmico de Direito**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – Parte especial**, vol. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. **Curso de direito penal – Parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KYRIAKOS, Norma; FIORINI, Eliana. A dimensão legal do aborto no Brasil. *In*: PEREIRA, Irotilde G; ROSADO-NUNES, Maria Jose. (Orgs.). **Aborto Legal: implicações éticas e religiosas**. São Paulo: Cadernos, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. *In*: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Orgs.). **Em Defesa da vida**: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SEGRE, Marco. Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida. *In*: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce. (Orgs.). **Em Defesa da vida**: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.