

PEDRO FERREIRA DO NASCIMENTO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ABORTAMENTO SENTIMENTAL**

**UNIVERSIDADE DE CUIABÁ - UNIC
FACULDADE DE DIREITO
VÁRZEA GRANDE - MT**

2013

PEDRO FERREIRA DO NASCIMENTO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO
ABORTAMENTO SENTIMENTAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito/Universitário de Cuiabá como exigência parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Sob a Orientação do Professor Me. Manoel Messias Dias Pereira.

UNIVERSIDADE DE CUIABÁ - UNIC

VÁRZEA GRANDE - MT

2013

APRECIÇÃO

Dedico este trabalho à minha mãe, e à minha família, e principalmente à minha amada esposa e filho e a todas as pessoas que acreditaram em mim e me incentivaram a enfrentar todos os obstáculos do cotidiano.

Agradeço a Deus e aos meus familiares pela força, aos meus colegas de sala pela amizade e apoio e aos meus orientadores pela atenção dispensada.

“o nascimento é um mistério, a morte é um mistério, e a vida é um mistério limitado por aqueles dois, o da origem e o do fim. Cumpre-nos, no entanto, viver. E cumpre-nos viver bem”
(Eduardo Prado de Mendonça)

RESUMO

O abortamento sentimental é admitido na legislação brasileira, constante no art. 128, II, do Código Penal de 1940. Porém, uma grande polêmica se estabelece em torno do tema referente sua recepção ou não pela Constituição Federal de 1988. O dispositivo permite a interrupção da gravidez em caso de estupro. A CF/88 estabelece como fundamental o direito à vida, resguardado, inclusive, por cláusula pétrea. O presente trabalho investiga se houve receptividade do dispositivo penal enunciado, para concluir por sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Palavras-chave: Abortamento sentimental. Direito fundamental à vida. (In) constitucionalidade.

ABSTRACT

The sentimental abortion is permitted by Brazilian law, contained in Art. 128, II, of the Criminal Code of 1940. However, a great controversy settles around the theme regarding receipt or not the Federal Constitution of 1988. The device allows the termination of pregnancy in cases of rape. The CF/88 establishes the fundamental right to life, guarded even by entrenchment clause. This paper investigates whether there was receptivity of the penal apparatus statement to conclude on its constitutionality or unconstitutionality, both from the standpoint of formal and stuff.

Keywords: Abortion sentimental. Fundamental right to life. (In) constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO À VIDA	111
1.1. ASPECTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	111
1.1.1. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	111
1.2 – DIREITO À VIDA.....	155
2- O ABORTAMENTO SENTIMENTAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	19
3- (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.	25
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	36

INTRODUÇÃO

Há muito que este assunto desperta atenção, primeiro, por sua importância no cenário nacional, depois, e, principalmente pelos fundamentos atribuídos às duas principais teorias acerca do tema – as favoráveis e as desfavoráveis ao abortamento sentimental, com suas devidas conclusões acerca da constitucionalidade ou não do art.128, II, do Código Penal Brasileiro vigente, o qual trata da questão.

Existem no país, como dito, duas notáveis posições a respeito do abortamento por questão de estupro. Posições bastante divergentes, diga-se. Uma defende que tal prática seria perfeitamente aceitável nos termos jurídicos constitucionais, adequando-se perfeitamente à vontade da Carta Magna de 1988, admitindo, por assim dizer, a constitucionalidade do dispositivo penal supracitado. A outra, notadamente, defende a idéia de que tal ato não poderia jamais ser aceito juridicamente, nos termos da interpretação constitucional que se dá em face da questão ora em discussão, concluindo assim, pela inconstitucionalidade do artigo em comento.

Ambas, portanto, trazem seus respectivos fundamentos, os quais serão analisados por esta ocasião, e apresentados, evidentemente, corroborando por uma conclusão de constitucionalidade ou não do instituto penal em apreço.

A expressão “abortamento” adotada neste trabalho acadêmico, e não a expressão mais comum explicitada no Código Penal “aborto” deve-se ao fato de que este é o produto da destruição do conceito, sendo aquele a prática para tal fim. Considera-se não prejudicial o uso de qualquer dos termos. Porém, a opção se dá em razão de uma escolha pessoal do autor deste trabalho.

O art. 128, II, do Código Penal Brasileiro traz a hipótese do abortamento sentimental, o qual é objeto deste trabalho de conclusão de curso, também chamado de abortamento ético ou humanístico, assim denominado pela doutrina pátria, ao dispor que 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.

Trata-se de um tipo específico de abortamento, que retira a punibilidade do ato praticado por médico em favor da mulher grávida por estupro, com seu respectivo consentimento quando capaz, ou do consentimento de seu representante legal, se incapaz.

A grande polêmica em torno desta espécie de abortamento é saber se houve a receptividade de tal dispositivo penal pela Constituição Brasileira de 1988, vez que esta traz como fundamental o direito à vida. Restando, portanto, conhecer e analisar as fundamentações das teorias sobre o tema para se posicionar quanto ao assunto de forma esclarecida e consciente.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica.

O primeiro capítulo traz a discussão sobre os direitos fundamentais, pauta-se nas características desses direitos e faz referência ao direito à vida, com vista a compreender seu alcance, sua abrangência.

Já o segundo capítulo adentra o tema do abortamento sentimental no código penal brasileiro. Faz um breve retrocesso histórico, conceitua abortamento sentimental e registra como o instituto penal é visto doutrinariamente.

Por fim, no terceiro capítulo, cujo tema é (in) constitucionalidade de lei, traz parâmetros ou critérios para análise de constitucionalidade de uma lei. Apresenta os princípios que norteiam a questão.

Em posse desses três capítulos, então, os quais dão subsidio para um posicionamento frente ao tema, conclui-se pela constitucionalidade ou não do abortamento sentimental. Sendo essa é a proposta deste trabalho de conclusão de curso.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO À VIDA

O termo “direitos fundamentais” tem sido aplicado, segundo o positivismo jurídico, àqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, assumindo, portanto, um caráter de nacionalidade. Não se confundindo, contudo, com os ditos “direitos humanos”, pois que estes se aplicam aos direitos reconhecidos ao ser humano como tal pelo Direito Internacional por meio de tratados, e que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, tendo, portanto, validade independentemente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional, assumindo, dessa forma, um caráter de supranacionalidade.

A constituição Federal de 1988 faz expressamente menção à direitos fundamentais no seu Título II. Entre estes direitos considerados por ela como fundamentais está o direito à vida, logo no artigo 5º, a ser considerado na linha de raciocínio persecutório dos fins do tema trabalhado.

1.1 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Preliminarmente, cumpre tecer alguns indispensáveis comentários de ordem geral acerca dos direitos fundamentais, apenas para bem demonstrar a robustez da especificidade do direito à vida. O que não ultrapassará o campo das suas características, consideradas dentro da teoria geral dos direitos fundamentais.

1.1.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Começemos por algumas características que guardam maior pertinência com o assunto em pauta. Sendo elas: relatividade, indisponibilidade,

indivisibilidade, conflituosidade, aplicabilidade imediata, eficácia vertical e horizontal.

a) Relatividade

Não existe direito fundamental que seja revestido caráter absolutório. Mesmo sendo básicos, não são absolutos, uma vez que podem ser relativizados. Em primeiro lugar porque podem conflitar-se entre si, ensejando, por meios adequados, a prevalência de um sobre os outros. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos, evidentemente.

As limitações aos direitos fundamentais, ora referidas, também encontram sua limitação. E esta se impõe pela necessidade. Afinal, não se pode limitar tais direitos para além daquilo que se faz real e estritamente necessário para a devida proteção do bem jurídico em questão. Situação que deve ser considerada a partir do princípio da proporcionalidade, analisado *a posteriori*.

Ademais, corroborando com o entendimento supracitado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello¹, em sede recursal de mandado de segurança, ao proferir o voto condutor admite a relativização dos direitos fundamentais, porém, desde que respeitado próprio texto constitucional, pois, para ele, não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

Essa relativização deve, também, respeitar e preservar o núcleo essencial dos direitos envolvidos tanto quanto possível, optando-se sempre pelo menor prejuízo.

b) Indisponibilidade

A regra geral diz que os direitos fundamentais são indisponíveis. Isso significa que não se pode fazer com eles o que bem se quer por não estarem disponíveis ao bel-prazer de quem quer que seja, pois eles são dotados de eficácia objetiva, ou seja, importam não apenas ao próprio titular, mas a toda a coletividade.

¹ JURISPRUDÊNCIA: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20

Obviamente que há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que recebem certa flexibilização, tais como a intimidade e a privacidade, por exemplo, em que a própria Constituição preconiza sua invasão nos termos em que bem estabeleceu para os casos de escuta telefônica, quebra do sigilo bancário, etc.

A renúncia a direitos fundamentais, neste caso, só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana, que é o princípio fundamentador de outros princípios, constante na Carta Maior do Estado.

c) Indivisibilidade

Os direitos fundamentais, apesar de específicos, constituem um conjunto único de direitos, e, portanto, não podem ser analisados de maneira isolada. Assim, entende-se que o desrespeito a um só deles que seja, é, na verdade, o desrespeito a todos eles juntos. Tal é o grau de unidade conferida a estes direitos, visando, conforme as lições de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino², “alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte”.

Conforme notável saber de João Trindade Cavalcante Filho³ “Não se pode desrespeitar direitos fundamentais ‘só um pouquinho’, ou ‘só para uma pessoa’”. Do que se depreende respeito máximo a esse conjunto indiviso de direitos. Sendo que, se abrir exceção com relação a um é fazê-lo em relação a todos.

d) Conflituosidade

Importante reconhecer que os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Caso em que não se pode estabelecer abstratamente qual o direito que deve prevalecer, restando apenas análise do caso concreto para que seja possível, com base no critério da proporcionalidade, cuja reciprocidade nas perdas deve se fazer presente, definir qual direito deve prevalecer naquela dada situação concreta, específica.

² PAULO, Vicente, 1969- Direito Constitucional descomplicado/Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino – Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.95.

³http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf, consultado no dia 27/08/2013.

A solução, todavia, deve primar pelo consenso, a partir da ponderação, para que seja conferida efetividade máxima, o quanto possível for, aos direitos em conflito, evitando, dessa forma, sacrificar totalmente um deles.

e) Aplicabilidade imediata

Estabelece o art. 5º, §1º que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa afirmativa infere-se que cabe aos poder público desenvolver esses direitos. Até porque, via de regra, os direitos e garantias fundamentais são de eficácia plena ou contida.

f) Eficácia vertical e horizontal

A eficácia vertical⁴ dos direitos fundamentais consiste na relação entre o Estado e o cidadão, regulando o poder daquele sobre este, afastando assim, a possibilidade de injustiça por causa da flagrante desigualdade entre um e outro.

Porém, recentemente, surgiu a teoria da eficácia horizontal⁵ dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros, que consiste na incidência destes direitos nas relações privadas, ou seja, de particular para particular.

Este entendimento adentrou a doutrina pátria e constitui entendimento pacífico do Supremo tribunal Federal, como se nota no voto do Ministro Gilmar Mendes⁶, em que figurou como relator num Recurso Extraordinário, abaixo explicitado parcialmente:

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181.

⁶ JURISPRUDÊNCIA: STF, Segunda Turma, RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006

Portanto, pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

1.2 DIREITO À VIDA

A Constituição vigente à época da elaboração e início da vigência do código penal de 1940 foi a de 1937, e nada dispunha sobre direito à vida, explicitamente. Tal direito vai aparecer, de forma clara, escrita, na Constituição de 1946⁷. Assim como na Constituição de 1967, em seu art. 150, e na Constituição de 1969 (ou emenda à constituição de 1967), está previsto no art. 153. Em todas elas, o caput é idêntico.

A Constituição Federal de 1988 seguiu o exemplo quanto a esta previsão, a do direito à vida. Porém, o fez logo no início, no caput do art. 5º, onde o consagra como direito fundamental. Além de consagrá-lo como cláusula pétrea⁸. Significa esta última, nas palavras de Coelho⁹, uma prevenção quanto ao *processo de erosão da Constituição*, pretendendo *evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro*.

A proteção por clausula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou mesmo que tenham seu núcleo essencial diminuído, tolhido.

O art. 5º da CB/88 preceitua 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, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Tal artigo compõe, evidentemente, o rol dos direitos fundamentais e impõe a inviolabilidade do direito à vida. No saber de Vicente Paulo e Marcelo

⁷ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade...

⁸ CF, art. 64§ 4º.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 295.

Alexandrino¹⁰ “o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado.”.

O direito á vida abrange duas dimensões complementares: o direito à sobrevivência física (sentido biológico) e a condição de vida digna (sentido psicológico). Primeira contempla o direito de nascer e de continuar vivo. A segunda, o de viver dignamente.

O jurista Silva reforça a tese em questão, quando assevera que “a vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”¹¹.

O constitucionalista Tavares pensa que “o conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida”¹². Tal pensamento está plenamente de acordo com o que anteriormente fora disposto.

Sem vida, obviamente, não há que se falar em qualquer outro direito fundamental como liberdade, propriedade, igualdade, por exemplo. A vida, nos dizeres de Silva, “constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos¹³”. Portanto, o direito de permanecer vivo é elementar.

Ainda, na esteira do que pensa o autor¹⁴ supramencionado, o direito à existência “é direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”. E continua, “porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital”.

O direito à existência precede o direito de viver dignamente, até porque este depende daquele. Sem excepcionar, Branco¹⁵ diz que “a existência

¹⁰ PAULO, Vicente, 1969- Direito Constitucional descomplicado/Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino – Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.110.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68.

¹² TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 569.

¹³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 441.

humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição”.

E mais adiante, na mesma página em comentário, entende que “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”¹⁶.

O direito à vida é próprio do ser humano, incidente desde o início da vida até o seu declínio natural. Nesse sentido, Branco¹⁷ assevera que “o direito à vida coloca-se ao ser humano, desde que este surge e até o momento da sua morte” e que,

“se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito de existir...nada justifica que se aliene de um ser humano o direito à vida”.

Quanto ao momento de incidência do direito à vida, conferido ao ser humano, entende que seja desde a concepção até a morte natural. É assim que Branco¹⁸ entende ao dizer que “o elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção”, e que, “o direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final”.

Não diferente, Silva¹⁹ leciona, quando fala do direito à vida, esclarecendo que vida

“é mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere em prejuízo deste fruir espontâneo e incessante contraria a vida”.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 441.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 443 a 444.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocência Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 445 a 446.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68.

Nessa mesma linha de raciocínio, Diniz²⁰ marca a concepção como a incidência inicial do direito à vida ao escrever que “a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa”.

O Código Civil Brasileiro põe a salvo os direitos do nascituro, visto expressamente em seu art. 2º, o qual diz que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Se assim o faz o Código Civil Brasileiro é por reconhecer que a vida inicia-se com a concepção.

No mais das hipóteses, sobre o assunto, numa via mais filosófica, diz o Olavo de Carvalho²¹, ao se posicionar frente ao assunto do abortamento em face do início da vida humana, que, em sua opinião, não se conseguiu provar cientificamente o início da vida humana do nascituro. E que por isso mesmo, repartem-se as possibilidades em 50%. Ou seja, 50% de chance de iniciar e 50% de não iniciar na concepção. O que o faz sugerir, em face da alta probabilidade da vida estar presente desde a concepção, pela sua proteção e preservação.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

²¹ CARVALHO, Olavo de. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 384.

2 O ABORTAMENTO SENTIMENTAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A palavra abortamento é originária da palavra aborto, a qual vem da junção do prefixo *ab* com o radical *ortus*, oriundos do latim e que significam, respectivamente, afastamento, separação e nascimento; por conseguinte a prática do abortamento constitui-se no afastamento do nascimento.

Numa linguagem mais jurídica o abortamento é tido como a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do produto da concepção, seja do ovo (até três semanas de gestação), do embrião (de três semanas a três meses) ou do feto (após 3 meses).

Nesse sentido, afirma Mirabete que *aborto é a interrupção da gravidez com a destruição da concepção. É a morte do ovo, do embrião ou do feto, não implicando necessariamente sua expulsão*²².

O abortamento pode ainda, ser definido, conforme Ishida²³, *como qualquer interrupção violenta do processo fisiológico da maturação do feto*.

Em ambos os autores supracitados, ao conceituar abortamento, ocorre a interrupção da gravidez pela morte do nascituro.

Esta conceituação, inclusive quanto à desnecessidade de expulsão do produto da concepção conforme Mirabete vai ocorrer também em Diniz quando, citando Magalhães Cuello Calón, Irureta Goyena, Aníbal Bruno, Nelson Hungria e outros que, segundo ela, de forma acertada *consideram como aborto a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto*²⁴.

O abortamento aparece na nossa legislação brasileira pela primeira vez em 1830, com o Código Criminal do Império, no Capítulo dos “crimes contra a segurança da pessoa e da vida”, na seção II, que trata do infanticídio, nos seus artigos 199 e 200.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 23ª Ed. – São Paulo:Atlas, 2005, página 93.

²³ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de direito penal. São Paulo: Atlas, 2009, página 230.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, página 31.

Décadas mais tarde, com o a promulgação do Código Penal da República, Decreto 874, de 1890, o legislador passa a fazer menção a uma causa de diminuição de pena se o abortamento for praticado para ocultar “desonra própria” com a autorização da gestante.

Também passou a fazer constar o abortamento necessário ou legal, nos artigos 300 e 301, quando a gestante se encontrasse em perigo de vida, mas, como hoje, só poderia ser praticado por médico, com uma exceção da norma relativa às parteiras, hoje já não admitida no tipo permissivo.

Como se vê, o abortamento sentimental não era mencionado nestes dois códigos penais referidos. Tal instituto vai aparecer apenas no Código Penal de 1940, o atual, no qual está tipificado no artigo 128, II²⁵.

Nesse tipo de abortamento se faz presente uma excludente especial de ilicitude de infração penal, mesmo não dizendo que não existe crime. Bitencourt²⁶ afirma que quando o código penal “diz que ‘não se pune o aborto’, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame.”

Se o legislador objetivasse excludente de culpabilidade e não de ilicitude para o caso em questão, a expressão teria sido que “não se pune o médico ou a mulher”, pois suas condutas então estariam protegidas pelo primeiro instituto.

Porém, o termo usado, como bem disse Bitencourt, foi que “não se pune o aborto”, ou seja, o ato, a prática em si. Evidente aquela conduta praticada por médico e não por outra pessoa.

Se não há, portanto, conduta ilícita, fica excluída a ilicitude. E sobre o assunto, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, num voto²⁷ condutor no STJ – Superior Tribunal de Justiça, admitindo e confirmando a tese, diz:

Atento a esse princípio fundamental, verifica-se que as duas causas especiais de exclusão de ilicitude previstas na legislação de regência (CP, art. 128, incs. I e II) envolvem dois bens contrapostos e igualmente tutelados em nosso ordenamento jurídico²⁸. (grifo nosso)

²⁵ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168.

²⁷ HABEAS CORPUS Nº 56.572 - SP (2006/0062671-4)

²⁸ <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7160930/habeas-corporus-hc-56572-sp-2006-0062671-4/inteiro-teor-12886179>

Questão interessante é saber se este tipo de abortamento for realizado por alguém que não o médico, como indica o próprio dispositivo penal. Estaria essa pessoa alcançada pela excludente especial? Ou sobre ela incidiria a força do Códex Repressivo?

A excludente especial do artigo em comento exige uma qualidade especial – a de ser médico. A lei penal se interpreta restritivamente. Porém, a doutrina diverge quanto ao assunto. Temos Greco²⁹, por exemplo, que admite a analogia *in bonam partem*, citando, em sua obra, e discordando de Frederico Marques e Luiz Regis Prado, os quais, como bem cita, pensam o contrário dele.

Em relação à enfermeira que auxilia o médico, estaria ela alcançada pela excludente especial? Obviamente a enfermeira não afige qualidade de médico. A doutrina diverge também neste ponto. Porém, Bitencourt³⁰ apresenta uma boa solução. O autor apresenta a posição de Damásio de Jesus, o qual diz que a enfermeira responde pelos atos praticados. Porém, dele diverge parcialmente sugerindo que embora a conduta seja típica e antijurídica recomenda na fase seguinte verificar a hipótese de poder configurar-se a *inexigibilidade de outra conduta*, que, se reconhecida, excluirá a culpabilidade.

Existem dois requisitos essenciais que autorizam o abortamento sentimental, quais sejam a gravidez resultante de estupro e o prévio consentimento, seja da gestante ou de seu representante legal quando incapaz. Isso tem que ser demonstrado, provado. Bitencourt³¹ diz que “a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal”.

Caso falte um desses requisitos a conduta estará tipificada em outros dispositivos penais, como o art. 124, segunda figura, caso haja falsidade da alegação por parte da gestante e boa-fé do médico.

²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2: parte especial. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. ps. 245 e 246.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

A prova requerida para o abortamento pode ser qualquer das admitidas em direito, não sendo necessária autorização judicial ou mesmo sentença condenatória do esturador. No entanto, para Bitencourt, essa restrição “não consta do dispositivo, e, conseqüentemente, sua ausência não configura o crime de aborto”.

O médico que praticará o abortamento deve buscar prova da autenticidade da alegação da paciente ou de seu representante legal, conforme o caso. Se houver fraude, estará isento de responsabilidade penal. O mesmo se dá quando o médico, em caso de falsidade da afirmação, mas de boa fé, pratica o abortamento, incorrendo em erro de tipo, restando excluído o dolo e afastada a tipicidade³².

Segundo Bitencourt, *o consentimento da gestante ou de seu representante legal, quando for o caso, deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas, como garantia do próprio médico*³³.

A recente lei que dispõe sobre atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, a lei nº 12.845/2013 parece reforçar o entendimento sobre a questão.

O artigo 3º dessa lei estabelece que o atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS, compreende os seguintes serviços: I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas. Tal dispositivo, para atendimento imediato, requer um diagnóstico das lesões físicas, como explicitado, e isso é um requerimento de prova.

Questão ainda não muito clara é a de como ficará a exigência de prova frente a nova definição do que seja violência sexual trazida pela lei em comento, a qual diz em seu artigo 2º que considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida, visto que nem todas as formas de violência consubstancia-se em violência física, portanto.

Porém, a referida lei não dispensa a necessidade probatória para realização do abortamento sentimental.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169.

O Ministério da Saúde, em 2005, através da Portaria n. 1.145, de 7 de julho, veio esclarecendo a desnecessidade de lavratura do Boletim de Ocorrência, mas estabeleceu a obrigatoriedade de adoção do procedimento de justificação e autorização de interrupção da gravidez.

Referido procedimento conforme art. 2º compõe-se de quatro fases, a saber:

- a) Primeiramente realiza-se o “relato circunstanciado do evento criminoso, realizado pela própria mulher, perante dois profissionais de saúde” (art. 3.º, *caput*);
- b) Em seguida, o médico emitirá um parecer técnico e a mulher receberá atenção de equipe multidisciplinar, cujas opiniões serão anotadas em documento escrito (art. 4.º). Se todos estiverem de acordo, lavrar-se-á termo de aprovação do procedimento (art. 5.º);
- c) Depois, a mulher ou seu representante legal firmará termo de responsabilidade; e
- d) Finalmente, realiza-se o termo de consentimento livre e esclarecido (art. 6.º).

Quando se fala em abortamento sentimental, se posta diante de dois valores: a vida intrauterina e a liberdade da mulher frente a disponibilidade de seu próprio corpo, salvaguardando sua honra subjetiva. A lei penal, neste caso, protege a dignidade da mulher.

Sobre esta questão, o voto³⁴ do Ministro Arnaldo Esteves Lima, assevera que a exclusão da antijuridicidade do art. 128, II, CP, não se relacionou com o bem da vida, mas com a preservação da honra subjetiva da parturiente, como segue:

³⁴ HABEAS CORPUS Nº 56.572 - SP (2006/0062671-4)

A segunda hipótese trata do aborto sentimental (CP, art. 128, inc. II), em que a gravidez é resultante de estupro. Aqui, a exclusão da antijuridicidade revela que a motivação do legislador não se relacionou com o maior e mais relevante bem juridicamente tutelado, que é a vida, mas com a preservação da honra subjetiva da parturiente ou até mesmo de sua sanidade psicológica mediante o sacrifício de uma vida em gestação (*Tipicidade material, aborto e anencefalia* , Paulo César Busato, in Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas RECJ.01.04/04 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp), preponderando a liberdade e a autonomia privada da mulher. (grifo nosso)

Questão importante também é a possibilidade do abortamento se dar em qualquer fase de gestação, vez que a lei penal não estabelece lapso temporal no caso.

Outra situação que se posta é o fato da possibilidade do homem ser sujeito passivo, ou seja, se for vítima de estupro, vez que com a redação dada ao art. 213, do CP, pela lei 12.015/2009, o permite. Nesse caso, poderia o homem estuproado por uma mulher sujeito do direito ao abortamento sentimental?

Essa discussão é apresentada por um grupo de professores do complexo educacional Damásio de Jesus em artigo publicado³⁵. E, evidentemente que o dispositivo penal em apreço exige a concordância da gestante ou de seu representante legal quando incapaz, restando, dessa forma, excluída a figura masculina do tipo permissivo em apreço.

Porém, a discussão que se coloca é por uma questão de igualdade constitucional, vez que o homem vítima de estupro, e genitor do nascituro, estaria diante, não do sofrimento físico, mas psicológico de ter que lidar com a situação, sabendo que há um “filho” seu no mundo, o que o faria sofrer, dadas as condições com que este veio ao mundo, sendo, portanto, ferido em sua honra subjetiva.

Ademais, terá que lidar com as possíveis implicações cíveis. Ou com o fato de a criança já nascida, quiser saber ou conhecer o seu pai. Enfim, a situação também se revela eivada de sofrimento psíquico.

O Código Penal não se aplica ao caso. A proteção é exclusiva da mulher.

³⁵ <http://blog.damasio.com.br/?p=1685>, consultado em 14/10/2013.

3 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DE LEI

As normas brasileiras vigem dentro de um sistema coordenado, harmônico e piramidal³⁶, seguindo uma hierarquia, onde a Constituição Federal de 1988 está no ápice dessa pirâmide, e todas as outras normas – ditas normas infraconstitucionais – com ela se compatibilizam, sob pena de serem expurgadas.

O mais novo integrante da Corte Suprema Brasileira – o Ministro Luís Roberto Barroso -, ao falar no assunto, diz que

“A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. (...) é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado”³⁷.

Mendes³⁸, ao citar doutrina de Jorge Miranda, diz que *constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, ‘a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não no seu sentido’*.

Existem, contudo, alguns princípios que orientam o bom funcionamento do sistema jurídico brasileiro, sejam resolvendo a aplicabilidade de leis, sejam garantindo sua coerente interpretação, ou mesmo verificando sua constitucionalidade. A supremacia da constituição, a unidade da constituição, a legalidade, a proporcionalidade e a parcelaridade são seus exemplos.

Esses princípios não estão explícitos na Constituição Brasileira, porém são observados pacificamente pela doutrina e jurisprudência e adquirem incomensurável importância jurídica. Sobre a questão, pensa Barroso³⁹:

³⁶ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 181.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 57

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 1155.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322.

Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

Sobre o princípio da supremacia constitucional diz o autor retromencionado, , que “de tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição”⁴⁰.

Evidente que esse princípio é extremamente garantidor da harmonia no sistema normativo brasileiro. As normas que com a Constituição se compatibilizam se sustentam. As que não se compatibilizam, são afastadas.

A supremacia constitucional pode ser vista de dois modos: supremacia formal ou supremacia material. A primeira, nas palavras de Bulos⁴¹ “é a particular relação de superioridade em que se encontram submetidos os atos públicos e privados de um ordenamento”. E a segunda, para o mesmo autor, “é a que decorre de uma consciência constitucional”, em que “somente interessa a realização objetiva dos preceitos constitucionais”.

O princípio da unidade da constituição, por sua vez, consigna que “a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais”⁴². O que resultará na harmonização de todas as normas com ela, pois que impõe tal situação, determinando o sentido de todas as normas do sistema⁴³.

O princípio da legalidade, constante no art. 5º, II da Constituição Federal, que informa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Sobre ele dispõe Bulos que é “o primeiro requisito de procedimento para verificar a conformidade do processo legislativo perante a constituição brasileira”⁴⁴.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130 a 131.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

A CF/88 consagra o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas.

Dessa forma, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, que deve ser entendido como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (art. 59 a 69 da CF/88).

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

O princípio da proporcionalidade se afere pelo meio tríade de aplicação: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Busca uma ponderação nos casos de conflitos, seja entre a Constituição e outras normas, seja entre os seus próprios dispositivos textuais, ou mesmo, entre um caso concreto e a Constituição.

E sobre tal princípio, Coelho⁴⁵ diz que:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Pelo princípio da parcelaridade, parte de uma lei não atinge, obrigatoriamente, a outra parte, que está em perfeita consonância com o texto

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 364.

constitucional. Não há que proclamar a inconstitucionalidade total de uma lei quando nela existem partes que se compatibilizam com a Carta Magna.

Nesse sentido, afirma Bulos que “apenas a parcela que se encontra maculada será alvo da decisão de inconstitucionalidade, enquanto a outra que está compatível à constituição continua válida”⁴⁶.

Do princípio da supremacia da Constituição decorrem os critérios/requisitos aferidores da constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, analisados entre outras coisas, à luz dos princípios supracitados. Os requisitos formais e materiais.

Os requisitos formais, evidente, ligados a forma. Nos dizeres de Bulos⁴⁷,

os requisitos formais são aqueles que estabelecem o procedimento de elaboração das emendas constitucionais, das leis complementares, das leis ordinária, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções (CF, art. 59)”.

Os requisitos materiais, porém, “são aqueles que nos permitem comparar o conteúdo da lei ou do ato normativo com a constituição, para sabermos se ela foi violada na sua substância⁴⁸”.

Desta feita, uma lei pode ser formalmente ou materialmente inconstitucional.

É formalmente inconstitucional a lei que desrespeita a forma constitucional prevista, ou seja, no procedimento de sua elaboração existe um vício que fere a Constituição. Isto por força do princípio da legalidade, já referido.

É materialmente inconstitucional – para o autor anteriormente citado – aquela lei que “afeta o conteúdo das disposições constitucionais”, ou seja, aquela que “violam a matéria de fundo presente na constituição”.

Nesse sentido, as leis anteriores que forem incompatíveis com a Constituição são por ela revogadas. Há, contudo, quem entenda que configura inconstitucionalidade e não revogação.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

No sábio entendimento de Barroso fica consagrado que “no que sejam incompatíveis, inexistente qualquer dúvida de que a norma anterior fica revogada, pela singela aplicação da regra geral de que as normas posteriores revogam a anteriores quando incompatíveis”⁴⁹.

Porém, dizer que uma norma é inconstitucional é dizer que não se coaduna com a Constituição. Então, seja porque não foi recepcionada, seja por qualquer outro motivo, pode-se dizer que tal norma é inconstitucional.

Sobre a recepção de lei, *é o fenômeno que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição*⁵⁰.

Evidentemente, se houver conflito entre uma lei anterior e a Constituição, esta deve prevalecer, sendo aquela nula absolutamente.

Muito mais acentuada fica a questão quando a lei conflita com dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

É certo que os direitos fundamentais revestem-se de certa relatividade. No entanto, como dito anteriormente, não se pode limitar tais direitos para além daquilo que se faz real e estritamente necessário. Bulos⁵¹, sobre o assunto diz:

A relatividade dos direitos fundamentais é, em grande parte, um problema de interpretação. Cada caso é único. Não é preciso sacrificar um direito fundamental em relação ao outro; basta que se reduza, proporcionalmente, o âmbito de alcance dos interesses em disputa, mediante a técnica de ponderação de valores.

No entanto, para relativizar qualquer dos direitos fundamentais tem-se que observar a norma constitucional.

Ademais, quanto à relativização, esta se faz, em primeira mão, para garantir direitos e não para afastar direitos. Os direitos fundamentais de quem querem que seja não podem ser afastados injustificadamente ou injustamente.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 57

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Coelho, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 279.

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 524.

E, sob a influência de limitação, e por causa dessa limitação, é preciso garantir o equilíbrio quando possível. É assim que fica excluída, por exemplo, a ilicitude de um atentado à vida humana frente à legítima defesa.

No entanto, mesmo em face da legítima defesa por uma pessoa em desfavor de outra, tem-se que garantir e respeitar meios moderados, conforme disposição expressa do artigo 25 do Código Penal.

Como a conflituosidade é uma das características dos direitos fundamentais, estes podem estar em conflitos entre si. Porém, como afirmado, a solução deve primar pelo consenso, a partir da ponderação, para que seja conferida efetividade máxima, o quanto for possível, aos direitos em conflito, evitando, dessa forma, sacrificar totalmente um deles.

Ao poder público cabe dar efetividade aos direitos fundamentais, pois possuem aplicabilidade imediata.

Retomando a questão da lei infraconstitucional caso esta legisle excetuando onde a Carta Maior não excepcionou tal questão não se ajusta ao princípio da supremacia da Constituição, cujo conteúdo de qualquer lei inferior deve se compatibilizar com ela, conforme doutrina de Kelsen, sob pena de invalidade, de inconstitucionalidade. Configura um vício formal.

Pelo princípio da unidade da Constituição, esta impõe sentido a todo ordenamento jurídico, concorrendo para sua harmonização. Para harmonizar normas conflitantes existem critérios. E quando isso não seja possível, ou seja, quando não se pode harmonizar, a lei que com a Constituição conflita deve ser afastada.

CONCLUSÃO

Sob o prisma da Constituição vigente a vida, via de regra, é um direito indisponível, intangível. A exceção quanto a isso, ela mesma se ocupa de fazê-lo. A pena de morte em caso de guerra é seu exemplo. Nada diz sobre a questão do abortamento sentimental.

O Código Penal de 1940, no entanto, quando retira a tipicidade do caput do art. 128, em relação AA hipótese do inciso II, traz outra exceção ao direito à vida – o abortamento sentimental. Pois que a vida intrauterina é ceifada. Restando configurado um vício material, vez que o direito à vida é um direito fundamental elementar revestido dos poderes de clausula pétrea, em que nem mesmo pode ser abolido por emenda constitucional.

O Código Penal, como dito, excetua onde a Carta Maior não excepciona. Tal questão não se ajusta com o princípio da supremacia da Constituição, cujo conteúdo de qualquer lei inferior deve se compatibilizar com ela, conforme doutrina de Kelsen.

A Constituição condiciona todo o ordenamento jurídico. No caso, ela protege e garante a vida de todos sem qualquer distinção. Esse mandamento constitucional de tutela da vida é um núcleo de direito que não permite norma em contrário, salvo quando estiver em jogo outro bem similar, ou seja, de igual hierarquia, ou quando o próprio Texto Maior fizer previsão. O que não ocorre no caso do abortamento sentimental, em que estão em conflito bens diversos: a vida biológica intrauterina x vida psíquica da mulher grávida por estupro, ou entre aquela e a disponibilidade da mulher sobre seu próprio corpo, como mais a frente se discutirá. E, nem mesmo há previsão constitucional para tanto.

Em face da supremacia constitucional e também da indisponibilidade dos direitos fundamentais (a qual não é absoluta), tal exceção ao direito à vida termina por contrariar a Constituição. Pois não tem competência o legislador infraconstitucional para legislar contra o Texto Maior.

O princípio da legalidade ensina a observar o processo legislativo segundo suas espécies. No caso, lei ordinária, como é o Código Penal de

1940, não tem competência para modificar a Constituição, restringindo um direito fundamental até sua supressão total.

Na verdade, é a Constituição Federal quem gera influência sobre os dispositivos penais. O princípio da unidade constitucional está para incidir sua vontade sobre o Código da Penas, tornando-o harmônico em relação a ela mesma, expurgando do ordenamento o que consigo confronta.

Evidentemente que o Códex Repressivo não é de um todo inconstitucional por se admitir a inconstitucionalidade de um ou mais de seus dispositivos. O princípio da parcelaridade garante vigência, validade e eficácia dos que não afrontam a Carta Cidadã.

A vida não é um direito disponível, que está sob poder de quem quer que seja. A Carta Magna é clara ao infirmar sua inviolabilidade. Inclusive, a Constituição Federal de 1988 confere aplicabilidade imediata a tal direito.

Desrespeitar um direito fundamental é o mesmo que faltar com o respeito para com todos. A indivisibilidade desses direitos postula tal entendimento. Então, quando se abre a possibilidade de lei infraconstitucional subsistir contrariamente a comando constitucional expresso, tal situação configura um desrespeito prolongado no tempo para com todos os direitos fundamentais.

É certo que os direitos fundamentais revestem-se de certa relatividade. No entanto, como dito anteriormente, não se pode limitar tais direitos para além daquilo que se faz real e estritamente necessário. Bulos⁵², sobre o assunto diz:

A relatividade dos direitos fundamentais é, em grande parte, um problema de interpretação. Cada caso é único. Não é preciso sacrificar um direito fundamental em relação ao outro; basta que se reduza, proporcionalmente, o âmbito de alcance dos interesses em disputa, mediante a técnica de ponderação de valores.

No entanto, para relativizar qualquer dos direitos fundamentais tem-se que observar a norma constitucional. E sendo o direito à vida um direito tão elementar, de tão alta valoração constitucional, no caso presente, a legislação

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 524.

infraconstitucional não poderia excepcionar, ferindo-a, como é exemplo o art. 128, II, CP.

Ademais, quanto à relativização, esta se faz para garantir direitos e não para afastar direitos. No caso do art. 128, II, CP, este afasta plenamente o direito à vida intrauterina, não garantindo qualquer equilíbrio entre esse direito e outro que esteja em jogo, não possibilitando a ponderação dita por Bulos, acima. O núcleo essencial do direito a vida intrauterina fica excluído completamente, preservando apenas a honra subjetiva da mulher.

O direito à vida intrauterina pode conflitar-se com o direito à liberdade da mulher, e isto porque a conflituosidade é uma das características dos direitos fundamentais. Porém, como afirmado, a solução deve primar pelo consenso, a partir da ponderação, para que seja conferida efetividade máxima, o quanto for possível, aos direitos em conflito, evitando, dessa forma, sacrificar totalmente um deles.

Uma das características dos direitos fundamentais é a eficácia vertical e horizontal. Pela eficácia vertical o Estado precisa respeitar a pessoa humana, conferindo justiça a ela. A questão, partir dessa premissa é: será que é justo ceifar vida intrauterina? Pensamos que não.

Já pela eficácia horizontal, aquela cuja eficácia se dá entre particulares questiona-se: constitucionalmente poderia a mulher ceifar a vida intrauterina par o caso em questão? Teria ela esta faculdade. Pensamos que não.

Ao poder público cabe dar efetividade aos direitos fundamentais, pois possuem aplicabilidade imediata. Porém, isso não se verifica mediante a admissão do abortamento sentimental, ocasião em que a vida intrauterina é interrompida. Antes caracteriza uma afronta ao direito à vida.

Permitir o abortamento sentimental, fazendo opção entre vida biológica intrauterina e vida psicológica da mulher com vista a livrá-la do sofrimento, escolhendo-se esta última em detrimento da primeira não é materialmente compatível com uma Constituição que garante a inviolabilidade do direito à vida a todos, sem distinção qualquer.

Os direitos fundamentais são indisponíveis, ainda que de forma não absoluta. Ninguém pode dispor sobre o próprio corpo de forma absoluta, evidente, existem restrições. A vida intrauterina, no entanto, ao contrário do

que pensam alguns, não é extensão do corpo da mulher gestante. Trata-se de outro ser que não ela. Não podendo, dessa forma, dispor da vida intrauterina.

Como dito anteriormente, pelo princípio da unidade da Constituição, esta impõe sentido a todo ordenamento jurídico, concorrendo para sua harmonização. Não há como harmonizar a morte, escolha com base em extremos, com a vida. Até porque esta escolha é feita entre bens desproporcionais – vida biológica e qualidade de vida.

Então, nem mesmo a proporcionalidade fica respeitada com a admissão do art. 128, II, CP. A ponderação tende a respeitar os bens conflitantes, o que não ocorre no caso, em que um dos bens - a vida intrauterina é desrespeitada, violando-se assim, matéria de fundo – direito à vida – presente na Constituição, conferindo-se a um o bônus do direito à qualidade de vida, e ao outro ônus da morte.

No próprio artigo 128, no inciso I do Código Penal está registrado o abortamento necessário, com base no estado de necessidade. O Código faz a opção entre a vida intrauterina e a da mulher, escolhendo a desta. E, no caso, são dois bens de mesma natureza: vida biológica x vida biológica.

Na impossibilidade de salvar as duas opta-se por uma. Se houver a possibilidade de salvar as duas não está autorizada a prática do abortamento. Faz-se necessário seguir os requisitos: perigo de morte da gestante e inexistência de outro meio para salvá-la.

Aqui fica registrada a proporcionalidade, pois se está diante de bens de igual valor. E para a prática do abortamento requer-se real estado de necessidade, com atenção aos requisitos necessários. O que não ocorre no abortamento sentimental cujos valores são desproporcionais: vida intrauterina x saúde psicológica da mulher.

Para os casos de estupros, que são extremamente delicados para a mulher, o Estado poderia dispor de amparo psicológico, médico, e tudo quanto for necessário para que ela receba o apoio necessário, tenha minimizado tanto quanto possível sua dor, e saiba lidar com aquele sofrimento. Porém, sem permitir o abortamento, pois sobre a vida de outra pessoa não se pode legislar sem a autorização constitucional.

Existem meios menos danosos para fazer respeitar o direito da mulher grávida por estupro. A máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios

não pode ser aplicada ao caso. Interromper a vida é um ato contra a moral. Sua admissão seria o cometimento de outro ilícito penal, só que desta vez contra alguém indefeso.

Por falar em indefeso, o Estado tem aparelhado seus órgãos para sua defesa em diversas ocasiões. No direito consumerista, por exemplo, o vulnerável recebe o apoio estatal contra seu infrator que lhe é superior. Quem sabe esta forma de pensar poderia trazer luz à questão, vez que a vida intrauterina é extremamente vulnerável.

Neste sentido, o Estado garantiria seu direito de nascer e de continuar vivo. No primeiro caso, apoiando a mulher grávida e impedindo o abortamento. No segundo caso, dispondo à vida intrauterina que irá nascer o amparo suficiente para continuar viva, tais como encaminhamento para adoção, etc.

Enfim, dadas as situações postas, conclui-se pela inconstitucionalidade, frente a não receptividade, do abortamento sentimental constante no art. 128, II, CP, por ser material oposto à Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. 23.ed. São Paulo: Atlas. 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. Curso de direito penal. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULO, Vicente, 1969- Direito Constitucional descomplicado/Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf, consultado no dia 27/08/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Olavo de. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7160930/habeas-corpus-hc-56572-sp-2006-0062671-4/inteiro-teor-12886179>, consultado em 14/10/2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 2: parte especial. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus , 2013.

<http://blog.damasio.com.br/?p=1685>, consultado em 14/10/2013.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.