



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARCIA MARIA DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO SENTIMENTAL

SOUSA - PB
2006

MARCIA MARIA DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO SENTIMENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2006

MARCIA MARIA DA SILVA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO SENTIMENTAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em, 04 de julho de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Jônica Marques Coura de Aragão
Orientadora

Carla Rocha Pordeus
Examinadora

Maria dos Remédios Calado
Examinadora

Sousa - PB
junho-2006

Dedico este trabalho ao meu filhinho, que ainda não nasceu, mas que acompanhou dentro do meu ventre todo seu surgimento, quero dessa forma pedir desculpas por tê-lo sacrificado, ficando sentadas durante muitas horas diante do computador.

Saiba meu filho que esse trabalho é muito importante pra mim, por isso dedico-o a você, que já é a pessoa mais importante da minha vida. Quero que você saiba que é muito amado, e embora não tenha sido planejado, foi querido desde o primeiro momento e hoje é tudo pra mim.

Peço a Deus que você cresça feliz e se torne um homem de bem!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me inspirou e me fez colocar no papel meus conhecimentos, iluminando-me nas horas de cansaço; a Valfredo, meu companheiro, que me incentivou em falar sobre aquilo que eu acredito; a minha mãe que me lembrava toda hora que eu precisava me alimentar, quando passava horas diante do computador.

Agradeço de modo especial a minha orientadora, Jônica, que se tornou uma amiga dedicando seu tempo e seus préstimos.

“Viver não deveria ser uma penitência. Nós não nascemos para ser infelizes. Viver é um privilégio. Qualquer que tenha sido vosso infortúnio, já acima dessas misérias há muitos motivos de satisfações... esses motivos residem em vós, e ninguém os pode arrebatá-los.”

C. Rivet

RESUMO

O maior e mais valioso direito do ser humano é a vida, é nesse contexto desenvolve-se todo trabalho, mostrando que ninguém tem o direito de tirar a vida de outrem, mesmo que seja uma vida em formação. Busca-se mostrar que o aborto sentimental não é e nem nunca será uma forma legal de por fim a uma vida humana, pois não existe esta forma legal no nosso ordenamento jurídico, mesmo que muitos tentem justificar esse tipo de aborto de alguma forma. Assim apresenta-se como objetivo geral do presente trabalho, reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Penal Brasileiro que autoriza o aborto sentimental. Outrossim, são objetivos específicos: investigar os aspectos conceituais e a evolução histórica do crime de aborto; diferenciar as espécies de aborto previstas na legislação pátria; analisar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ao direito que se tem de dispor do próprio corpo. Para tanto, será utilizado método exegético-jurídico, auxiliado pelo método histórico-evolutivo, a fim de proceder a pesquisa bibliográfica. Almeja-se o alcance dos objetivos mencionados, apontando-se como problema e hipótese correspondente: o aborto sentimental é inconstitucional? Sim, porque contraria a Constituição Federal, quando fulmina o direito à vida, sobrepondo-o ao direito a honra subjetiva. A conclusão que a pesquisa aponta caminha no sentido de que o aborto sentimental carece de embasamento constitucional e que o argumento de que o mesmo consiste em medida de política criminal denuncia que, na verdade, trata-se de mais uma forma de garantir inércia estatal, para continuar o Estado se ausentando do seu papel de responsável pela segurança e paz social. Nesse sentido, o desfecho do trabalho dá-se, com uma sugestão implícita ao Estado, para que ao invés de punir a criança, que é sem dúvida a maior vítima, cumpra o seu papel dando a essa criança condições desenvolvimento sadio, condições dignas de existência, ainda que afastada da mãe, caso esta assim prefira. À mulher, que cada vez menos seja vítima de estupro, e se o for, que receba assistência física e psicológica necessárias.

Palavras-chave: aborto. excludente de ilicitude. princípios. inconstitucionalidade. responsabilidade estatal.

SUMMARY

The greater and valoroso right of the human being are the life, are in this context develop work all, showing that nobody has the right to take off the life of outrem, exactly that are a life in formation. One searches to show that the abortion in pregnancy resulting from rape is not and nor never will be a legal form of finally to a life human being, therefore does not exist this legal form in our legal system, exactly that many try to justify this type of abortion of some form. Thus it is presented as objective generality of the present work, to recognize the unconstitutionality of the device of the Brazilian Criminal Code that authorizes the abortion in pregnancy resulting from rape. Outrossim, is objective specific: to investigate the conceptual aspects and the historical evolution of the abortion crime; to differentiate the foreseen species of abortion in the native legislation; to analyze the limits taxes for the legal system, to the right that it has to make use of the proper body. For in such a way, exegetic-legal method, assisted for the method will be used description-evolutivo, in order to proceed the bibliographical research. The reach of the mentioned objectives is longed for, pointing itself as problem and corresponding hypothesis: the abortion in pregnancy resulting from rape is unconstitutional? Yes, because it opposes the Federal Constitution, when fulmina the right to the life, overlapping it it the right the subjective honor. The conclusion that the research points walks in the direction of that the abortion in pregnancy resulting from rape lacks of constitutional basement and that the argument of that the same consists of measure of criminal politics it denounces that, in the truth, it is about plus a form guaranteeing state inertia, to continue the State if absenting of its responsible paper of for the security and social peace. In this direction, the outcome of the work is given, with an implicit suggestion to the State, so that instead of punishing the child, who is without a doubt the biggest victim, fulfills to its paper giving to this child conditions healthy development, worthy conditions of existence, despite moved away from the mother, case this thus prefers. To the woman, who each time less is rape victim, and if it it will be, that it receives physical and psychological assistance necessary.

Word-key: abortion. exculpatory of illegality. principles. unconstitutionality. state responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ABORTO CRIME CONTRA A VIDA	12
1.1 Conceito de Aborto.....	13
1.2 Antigos Ordenamentos Jurídicos acerca do aborto.....	14
1.3 Bem jurídico tutelado.....	15
CAPÍTULO 2 DIRETO À VIDA: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO.	17
2.1 Proteção à Vida e a Supremacia Constitucional.....	19
CAPÍTULO 3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	22
3.1 Principais Formas de Aborto: Natural, Acidental e Provocado.....	22
3.1.1 Aborto Terapêutico e Aborto Sentimental.....	23
CAPÍTULO 4 DIREITO Á LIBERDADE SEXUAL.....	27
4. 1 Limites no direito da mulher em dispor do seu próprio corpo.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS.....	34
ANEXOS.....	36

INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho acadêmico será o de traçar um paralelo de grande magnitude entre a modalidade de aborto sentimental e os princípios fundamentais do Direito Constitucional e Penal, sobre uma égide garantidora dos direitos mínimos do cidadão.

O aprofundamento quanto à questão do aborto é de grande relevância acadêmica, principalmente quando se sabe que tramitam projetos de lei, mais especificamente o anteprojeto do Código Penal de 1997/1999, onde, entre outras alterações, destaca-se a ampliação do aborto ético ou sentimental, para alcançar além da gravidez proveniente de estupro, qualquer crime contra a liberdade sexual da mulher.

Há que se observar uma verdadeira banalização do direito mais consagrado pela Constituição Federal; o direito à vida. Cabe, pois, formular o seguinte problema: A permissão do aborto sentimental é inconstitucional? À hipótese: Sim, haja vista que o referido tipo permissivo fulmina o direito à vida, de um ser inocente; direito este assegurado constitucionalmente.

Aponta-se como objetivo geral do presente trabalho, de conclusão de curso, reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Penal que autoriza o aborto sentimental. Outrossim, são objetivos específicos: investigar os aspectos conceituais e sua evolução histórica do crime de aborto; diferenciar as diversas espécies de aborto previstas na legislação pátria; analisar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ao direito que tem a mulher e dispor do próprio corpo.

O desenvolvimento dessa monografia será realizado à luz do método exegético-jurídico, auxiliado pelo histórico-evolutivo, que darão embasamento teórico à pesquisa bibliográfica a ser despendida sobre o referencial teórico.

No primeiro capítulo com base médico-legal será observado o ponto crucial de onde se inicia a vida, dado este importante para se examinar os aspectos conceituais do delito de aborto.

Neste capítulo também, apontar-se-á antigas civilizações, como o caso de Roma e Grécia, que já classificavam o aborto como crime, e puniam de forma bastante rigorosa, as pessoas que cometiam esse crime.

Ficará comprovado que o bem tutelado no crime de aborto é a vida do ser humano em formação e também a integridade corporal da mulher gestante, no caso de aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento.

O segundo capítulo destacará porque que a vida é tida como princípio fundamental da Constituição Federal brasileira, ressaltando que sem ela não se poderá conceber nenhum outro princípio, fundamental ou secundário, tornando-a assim o princípio mais relevante entre todos os demais princípios do nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo mostrará que o aborto é crime no Brasil, se o ato é provocado pela gestante ou por terceiro, e tal crime encontra-se tipificado no Código Penal brasileiro, no entanto ressaltar-se-á que existem formas em que o aborto dá-se natural e acidentalmente, ou seja, não é induzido, e essas hipóteses não constituem crime algum.

Serão analisadas as hipóteses do artigo 128, comumente denominado “tipos legais de aborto”. Ficará comprovado que na realidade o aborto terapêutico e o aborto sentimental nunca foram legais, eram apenas o que em Direito chamamos de escusas absolutórias, no entanto esse artigo se encontra em conflito com o artigo 5º da Constituição Federal, no tocante ao aborto sentimental.

Afirmar-se-á que o aborto terapêutico e o aborto sentimental são formas de aborto provocado, portanto, formas criminosas de aborto. Contudo no caso do aborto terapêutico pode-se arguir a excludente de ilicitude estado de necessidade, já no caso do aborto sentimental, fica comprovado o aborto criminoso, ato deliberado de por fim a vida do concepto para preservar um direito que nem de longe se compara com o direito à vida.

No último capítulo concluir-se-á o entendimento do que seja a liberdade sexual da mulher, e que esta não deve prevalecer quando estiver em conflito com a vida, pois neste caso, mesmo quando essa criança for fruto de estupro, não poderá a mulher dispor do seu corpo com a finalidade de por fim a uma vida que está sendo gerada no seu ventre, pois neste caso estará se ferindo o princípio Constitucional da Proporcionalidade, que serve de instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Esse princípio não permite que um direito de valor superior seja restringido em detrimento de um valorativamente inferior.

Concluir-se-á, por fim, que o aborto sentimental tem fundamento no direito da mulher em dispor do seu próprio corpo, no entanto no caso em que se

envolve a vida, nem a mãe e nem mesmo o Estado, tem o poder de por fim a essa vida humana, pois a Constituição assim garante.

O Estado tem na realidade é o dever de proteger este ser humano cumprindo o seu papel como deveria, respeitando os princípios e normas previamente acordadas.

CAPÍTULO 1 ABORTO CRIME CONTRA A VIDA

A ciência genética moderna demonstrou que, a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida, que não é a do pai nem a da mãe, mas sim a de um novo ser humano que se desenvolve por conta própria. Nunca poderia tornar-se humana, se não o fosse já desde então. Não há mais dúvida possível sobre o surgimento da vida humana na concepção. Todo o patrimônio genético do novo ser já se encontra determinado no óvulo fecundado. Após a concepção nada ocorre de novo que possa alterar a natureza do novo ser, surgido com a união das duas células. A partir daí, só há desenvolvimento do feto humano.

Desde o primeiro instante já está programado aquilo que será o novo ser vivo, uma pessoa individual, com características já bem determinadas. Todos os aspectos biológicos e psicossomáticos do novo ser humano já estão definidos, inclusive a cor dos cabelos. Desde a fecundação, tem início a aventura de uma vida humana com as imensas potencialidades que caracterizam a pessoa humana. O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde esse mesmo momento, devem-lhe ser reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, o primeiro de todo, o direito inviolável de cada ser humano à vida.

O direito à vida não deveria comportar discussões nem deveria ser objeto de polêmicas, pois representa o fundamento de todos os direitos do homem: o direito de existir. Todos os demais direitos, direito à saúde, direito à propriedade, direito a ter e criar filhos, direito de se expressar etc., são decorrentes do direito que tem o homem de nascer.

O aborto é crime. O nosso ordenamento jurídico assegura o direito à vida, não só no Código Penal Brasileiro, mais no Código Civil e na Constituição Federal quando ao elencar seus Princípios Fundamentais, estabelece, de logo, a dignidade da pessoa humana como base estrutural do País:

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

(....)

III - a dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, elenca como direito fundamental do indivíduo o direito à vida, conforme se vê no capítulo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”:

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

1.1 Conceito de Aborto

São vários os conceitos de aborto que se pode encontrar na seleta doutrina, assim, buscaremos destacar os conceitos: médico-legal e jurídico.

Numa visão médico-legal do conceito de aborto, mais especificamente na obstetrícia, disciplina que estuda as questões ligadas à procriação dos seres humanos, é a interrupção da gestação dentro de um lapso de tempo predeterminado. Assim demonstra Kunde e Sabino (*apud* Marcos Orlandi):

[...] a interrupção da gestação antes de completar 20 semanas ou 139 dias, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção, com ou sem identificação do embrião ou feto vivo ou morto, pesando menos de 500g. Pode-se dividir em precoce, se ocorrer antes de 12 semanas, ou tardio, se entre 12 semanas e 20 semanas.¹

Do ponto de vista jurídico, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, isto é: aborto é a interrupção da gravidez com intuito de morte do conceito, não fazendo alusão à idade gestacional.

Nesses aspectos pode-se destacar o conceito de aborto na doutrina de Mirabete (2002, p.93):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou de feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão [...]

1 <http://www.apriori.com.br>

Neste mesmo sentido diz textualmente Damásio (1998, p. 115).

Aborto é a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção).

No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento.

A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto. Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

Com isso pode-se observar a importância da integração entre o conceito jurídico e o médico-legal, para a definição do aborto, a fim de pré-determinar o objeto a ser normatizado.

1.2 Antigos Ordenamentos Jurídicos acerca do aborto

O aborto é punido desde os tempos remotos, ilustrando a afirmação, pode-se citar o texto: O crime de aborto da pró-vida de Anápolis:

As mais remotas notícias sobre métodos abortivos datam do sec XXVIII, AC., na China.

Todos os códigos jurídicos, já há mais de quatro mil anos, condenavam o aborto como homicídio. O Código de Hamurabi (1748-1729 a.C.) castiga o aborto, mesmo involuntário ou acidental. A coletânea das Leis Assírias (séc. XIX-XVIII a.C.) prevê pena terrível para o aborto intencional. Entre os persas o aborto era punido com a pena de morte. Entre os hebreus, o historiador Flávio Josefo relata que o aborto é punido com a morte (Hist. dos Ant. Jud. 1, IV, C. VIII).²

Continua afirmando o texto que não era diferente o entendimento na Grécia antiga: "Na Grécia, as leis de Licurgo e de Solom, e a legislação de Tebas e Mileto consideravam o aborto, crime que devia ser punido".

Do mesmo modo em diversos países, por suas legislações também reprovavam a prática do aborto conforme se observa:

2 <http://www.providaanapolis.org.br>

A repressão se agrava à medida que os séculos avançam. No séc. XIII, na Inglaterra, todo aborto era punido com a morte. Mesmo rigor no tempo de Carlos V (1553). Na Suíça a mulher que abortava era enterrada viva. No Brabante (1230), a mulher que abortava era queimada viva. Na França a pena de morte reunia todos os cúmplices de um aborto. O rei Henrique II da França decretou a pena de morte para a mulher que abortasse.

A mesma pena foi renovada por Henrique III (1580), Luís XIV (1701) e Luís XV (1731). O Código penal francês, 1791, determina que todos os cúmplices de aborto fossem flagelados e condenados a 20 anos de prisão. O Código penal francês de 1810 prevê a pena de morte para o aborto e o infanticídio. Depois, a pena de morte foi substituída pela prisão perpétua, além disso, os médicos, farmacêuticos e cirurgiões eram condenados a trabalhos forçados.³

Nota-se que desde as civilizações mais remotas encaravam o aborto como um ato cruel, desumano e até mesmo covarde, por isso puniam quem praticava esse tipo de ato, pois para essas civilizações era um crime dos mais graves.

1.3 Bem jurídico tutelado

No aborto o bem jurídico tutelado é a vida, assim, com a tipificação ou criminalização do aborto o legislador procurou defender e salvaguardar o direito de sobrevivência do nascituro em iminente formação, que segundo o entendimento doutrinário - seria o produto da concepção, seja ele ovo, feto ou embrião.

Contudo, devemos extrair a definição de formação da vida, ou seja, verificar qual o seu marco inicial, para desta forma aplicar o preceito constitucional, o direito à vida tutelado como bem jurídico.

Assim, parte da doutrina entende que a vida tem início a partir da concepção, com a fecundação do óvulo (gameta feminino) pelo espermatozóide (gameta masculino), originando o zigoto, sendo este um conjunto estruturado de células.

Pesquisas feitas por embriologistas e geneticistas revelam que o bebê pré-nascido, desde a concepção, constitui o zigoto um conjunto estruturado por células, biologicamente humano. Assim, quando um óvulo é fecundado por espermatozóide, já surge um novo ser humano com vida. Desta forma o feto não

é apenas uma 'massa celular viva', nem um pedaço do corpo da mãe, reafirme-se é um novo ser.

Corroborando com este entendimento exemplifica Moraes (2001, p. 804):

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, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidificação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

No entanto, a medicina ainda não consegue determinar com exatidão a data inicial da concepção, pois este processo de fertilização ainda não é perceptível dentro do corpo da mãe. Os médicos calculam a idade do embrião ou feto a partir do primeiro dia do último período menstrual normal, deduzidas 2 (duas) semanas, as quais trata-se da fecundação, somados ao período de aproximadamente 14 (quatorze) dias, obtendo-se assim, a nidificação, ou seja, o momento em que o ovo se implanta no útero materno, possuindo condições nutritivas para se desenvolver.

Contudo, vale ressaltar que além da vida, produto da concepção, a lei, tutela-se também a vida e a integridade corporal da mulher gestante no caso de aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento.

CAPÍTULO 2 DIREITO À VIDA: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO

Podemos verificar como fundamentais todos os direitos inerentes ao ser humano, por vezes, confundidos com os próprios direitos do homem, alguns deles, inclusive, como os direitos da personalidade. Mas sem sombra de dúvidas existe um princípio que de todos é o mais importante, pois dele sobrevivem todos os outros princípios, fundamentais e secundários: o princípio do direito à vida.

Os direitos fundamentais são princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito.

Em lição aduz Bandeira de Mello (1996, pp.:545/546):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].

Assim, dentre as garantias constitucionais expressas através de princípios está o direito à vida humana; sendo este reflexo de um Estado que prima pela ampla liberdade e igualdade de direitos.

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na Constituição Federal vigente, que menciona:

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

Também na mesma Carta, podemos encontrar o artigo 227, que assim dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Assim, o direito à vida está associado aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, não podendo erigir contra ele qualquer ação diversa; porque contrariaria a logicidade do sistema normativo.

Sobre o tema demonstra Marcos Orlandi (*apud* Martins, 1999)

O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da 'teoria do suprimento'. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes²

Destacamos assim, que a expressão "direito à vida" infere duas situações, o direito de permanecer vivo, que já pressupõe a existência do indivíduo e o direito de nascer vivo, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior.

Quando a questão é analisada sob o ponto de vista da primeira situação, abre-se perigoso espaço para o debate da "pena de morte"; quando analisado pelo prisma da segunda situação, trata-se inegavelmente do aborto.

No entanto, verifica-se que tanto a teoria da vida protegida na Carta Magna, como aquela pregada no direito penal, referem-se a uma perspectiva de vida, sendo esta também defendida na eutanásia, mas com outra roupagem, nesta, a vida está em iminente perigo, enquanto naquela a vida é certa, se o ser fecundado, ou seja, o conceito tiver um desenvolvimento satisfatório.

O preceito constitucional vida, está atrelado à existência de um ser, esteja ele em formação ou não; sendo ele portador de alguma anomalia ou não, não importa, é um direito inerente a qualquer ser humano.

Pode-se verificar em Moraes (1999, p.61):

¹ <http://www.apriori.com.br>.

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestante gera um tertium com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse tertium possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano.

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

Desse modo assume o Estado, através do princípio constitucional vida, a responsabilidade de criação e de acompanhamento de seres que venham possuir vida, ainda que em estado vegetativo, ou de dependência, como já ficou acordado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 3º: Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal [...]

[...]

Art 7º: Todos são iguais perante a lei, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Nota-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos que nenhum ser humano é desprovido do direito à vida e que o Estado deve de todas as formas garantir esse direito.

2.1 Proteção à Vida e a Supremacia Constitucional

A Constituição Federal protege a vida humana, apresentando como única exceção o disposto no inciso XLVII, alínea a, do art. 5º, que prevê a possibilidade da instituição de pena de morte, na eventualidade da ocorrência de uma guerra.

Não existe, no direito constitucional positivo brasileiro, qualquer outra exceção ao direito à vida.

Ora, o que o legislador constituinte não excepciona, não é dado ao legislador infraconstitucional fazê-lo. Se o Texto Supremo garantisse o direito à vida, "nos termos da lei" ou "nos termos de lei complementar" seria perfeitamente lícito ao legislador ordinário traçar limitações a este direito constitucionalmente assegurado. Mas não é o que ocorre.

Pode-se citar como exemplo o direito à propriedade, consagrado pelo legislador constituinte, sem restrições, ao lado do direito à vida, no próprio caput do art. 5º da Constituição da República. Nesse caso o legislador não excepcione imediatamente o direito à propriedade, ele o faz quando, menciona que a propriedade atenderá a sua função social (inciso XXII, art. 5º).

Também excluem as hipóteses em que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (inciso XXIV, art. 5º).

Igualmente o faz, e, mais ainda, quando nos arts. 184 a 186 da Constituição Federal, no Capítulo da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, são traçadas as hipóteses e procedimentos para a realização de desapropriações.

Nota-se que, no caso do direito à propriedade, o legislador constituinte, no próprio texto constitucional, oferece os limites que julga adequado a utilização deste direito, fazendo com que a Constituição seja interpretada como algo uno e indecomponível, de tal modo que não deixe margem à contradições entre suas normas, obrigando o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais.

Trata-se, no fundo, de dizer que a Constituição deve ser entendida como um sistema, ou seja, como um conjunto de elementos que mantém entre si intrínseca relação de pertinencialidade, de tal sorte que modificado um, o próprio texto constitucional resultará modificado. Como consequência deste princípio, as normas constitucionais devem sempre ser consideradas como coesas e se sobrepõem às demais.

Assim, não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma. É que a Constituição pode perfeitamente prever solução jurídica em sentido genérico, para noutro momento tomar em sentido específico, quanto a certo aspecto, dando lugar a uma relação entre norma geral e outra especial. Em suma, a Constituição Federal pode excepcionar a si própria.

Isso não acontece no que refere ao direito à vida humana, exceto na hipótese já mencionada de guerra declarada. Não havendo outras exceções previstas no texto constitucional, o legislador ordinário não poderá criá-las, em razão do mais importante dos pressupostos hermenêutico-constitucionais, qual seja, o postulado da supremacia da Constituição.

Segundo o mestre Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 502)

[...] o postulado da supremacia da Constituição, repele todo o tipo de intervenção que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição.

Com isso se conclui que Constituição Federal é a mais importante norma de um sistema jurídico, ocupa o ápice da pirâmide normativa, razão pela qual se pode afirmar que é dela (Constituição Federal) que todas as demais normas do ordenamento extraem seu fundamento de validade.

Nessa concepção do direito dividido em pisos, a validade de uma norma depende dela estar inserida em uma ordem jurídica válida, e nada mais. A validade das normas de grau imediatamente inferior decorre da validade da norma situada no plano imediatamente superior e assim sucessivamente, até a norma suprema.

Desse modo, conclui-se que, a validade é a relação de pertinencialidade que uma norma jurídica mantém com o sistema jurídico no qual está inserida. Afirmar-se que uma norma jurídica é válida, portanto, é o mesmo que dizer que esta faz parte de um determinado sistema legal.

CAPÍTULO 3 O ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O crime de aborto está previsto no Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata dos "*Crimes Contra a Pessoa*", e no capítulo I daquele título que trata dos "*Crimes Contra a Vida*", o que demonstra claramente que a lei brasileira reconhece o embrião como uma pessoa viva. O direito à vida do nascituro é tão evidente, que o atual Código Penal brasileiro prevê punição para aqueles que atentem contra a vida do embrião.

Assim prevê o Código Penal:

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte.

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

No texto do Código Penal, pode-se notar que as duas hipóteses em que o aborto não é punido constituem o que, em direito, se chama de escusas absolutórias. As escusas não tornam lícito o ato de provocar o aborto, mas somente autorizam a sua não punição, no entanto, as hipóteses do artigo 128 (para salvar a vida da gestante e em caso de estupro) que não se imporia a pena inexistente no nosso ordenamento jurídico, pois esse artigo encontra-se revogado pelo artigo 5º da Constituição Federal, que garante o direito à vida a todos.

3.1 Principais Formas de Aborto: Natural, Acidental e Provocado.

São três as principais formas de aborto, sendo duas delas, o aborto natural e o acidental, formas consideradas lícitas, pois são eventos que independem da vontade da gestante ou de terceiros, já a terceira forma o aborto provocado é a forma tida como ilícita, é o ato criminoso tipificado no Código Penal Brasileiro, que consiste no ato deliberado de eliminar o produto da concepção.

No aborto natural à interrupção da gravidez dá-se espontaneamente por problemas de saúde da gestante; no aborto acidental essa interrupção acontece geralmente em consequência de algum fato que provoque traumatismo e interrompa a gravidez, como, por exemplo, uma queda, susto etc.

Já no aborto provocado, existe o induzimento da morte do produto da concepção, através de manobras abortivas, como uso de drogas ou aparelhos que removam o feto do útero da mulher, é também conhecido como aborto criminoso e pode ser provocado com ou sem o consentimento da gestante, como em seu texto, Debate sem fronteira. A polêmica questão do aborto, na história e no mundo, assevera Gisele Leite.¹ “[...]Pode-se cometer o crime de aborto por sucção, por medicamentos abortivos, chás, anestésicos, óxidos de nitroso, curetagem, punção e até envenenamento por sal”.

São várias as causas para se justificar essa prática criminosa de aborto, podem ser causas: de natureza econômica, quando, por exemplo, faltam condições financeiras para o sustento do filho; causas de natureza moral, quando, por exemplo, a gravidez é fruto extra-matrimonial; e causas de natureza individual quando, por exemplo, a gestante seja tão vaidosa ao ponto não permitir as mudanças que ocorrerá com o seu corpo. No entanto nenhuma dessas causas justifica juridicamente a prática do aborto, nem são consideradas permissões legais, pois tais causas não constituem planejamento familiar, mais sim ato ilícito.

O aborto provocado é sempre crime no direito positivo brasileiro; não há aborto algum, à exceção do natural e acidental, que seja lícito, e o Estado - que é o guardião da legalidade - não tem a faculdade de praticar ilícitos, por isso, é absurdo, se falar em aborto legal nas hipóteses em que o aborto não é punido, pois nessas hipóteses o aborto continua sendo provocado, ou seja, induzido e planejado, não perdendo seu caráter criminoso.

3.1.1 Aborto Terapêutico e Aborto Sentimental

Nossa legislação penal só não pune a prática, ou provocação, do aborto quando executada pelo médico, em apenas duas circunstâncias: se não há outro meio de salvar a vida da gestante; se a gravidez resulta de estupro e o

¹ <http://conjur.estadao.com.br>

aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal.

Essas duas modalidades são conhecidas doutrinariamente como aborto necessário ou terapêutico (art. 128, inc. I, CP) e o sentimental ou humanitário (art. 128, inc. II, CP), podendo ser definidas como a autorização do Estado para que o médico ceife a vida do feto, desde que sobrepostas determinadas situações inerentes a cada caso.

No primeiro caso, o aborto terapêutico, estaria justificado como forma desesperada de salvar-se a vida de uma mãe, cujo valor, nessas circunstâncias, seria mais relevante. No entanto, destaque-se o ato só será lícito se a gestante apresenta perigo vital, se esse perigo estiver sob dependência da gravidez, se a interrupção da gravidez fizer cessar aquele perigo e se esse for o único procedimento capaz de salvar-lhe a vida. No segundo caso, o aborto sentimental, moral ou piedoso, estará justificado a não punibilidade por não se admitir que uma mulher chegasse à maternidade pela violência e pela coação, trazendo no seu ventre um filho indesejado e marcado para sempre pelo ultraje recebido.

Na gravidez em que a mãe pode perder a sua vida em detrimento da do feto, não se questiona sua inconstitucionalidade, pois existem dois direitos iguais em conflito, o direito da mãe, e do filho, de viver. Nesse caso se a mãe não pode de outra uma maneira salvar a sua vida, a morte de seu filho, é perfeitamente admissível. Este dispositivo é entendido pela doutrina como espécie de estado de necessidade, excluindo a ilicitude da conduta.

Ocorre um sacrifício de um bem jurídico ameaçado, o feto, para salvar outro, a gestante sendo este, todavia, mais viável. Toda vez que se dá a estado de necessidade, existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um, depende da destruição do outro.

O Código Penal brasileiro prescreve:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Segundo Mirabete (1998, p.175)

O estado de necessidade pressupõe um conflito entre titulares de interesses lícitos legítimos, em que um pode perecer para que outro sobreviva... Não devendo o Estado acudir aquele que está em perigo, nem devendo tomar partido a priori de qualquer dos titulares dos bens em conflito, concede o direito de que se ofenda bem alheio para salvar direito próprio ou de terceiro ante um fato irremediável.

No entanto esse perigo de vida não precisa ser iminente ou até mesmo atual, basta que ele seja diagnosticado para que seja feita a intervenção, pois em muitos casos o perigo de vida poder ser fatal se não for tratado de imediato, diante disso cita-se Keila Terezinha Enghardt do Nascimento:

Este risco de perigo de vida pode decorrer de várias formas: anemia profunda, diabetes, cardiopatias, tuberculose, câncer uterino, entre outras. É evidente que este perigo sério a vida da gestante não há de ser iminente ou quase atual a própria morte, porque já então seria tardia qualquer intervenção médica.²

Sempre que ficar comprovado o perigo de vida para a gestante, o médico está resguardado legalmente para prática do aborto. Assim, uma vez presentes este requisitos não cabe ao juiz negar ao acusado a exclusão da ilicitude, absolvendo-o, principalmente, por se tratar um direito público subjetivo do autor do fato.

Já na gravidez ocasionada por estupro, que é sem dúvida traumática e dolorosa, é bem diferente, pois a única justificativa para o aborto, nesse caso, consiste a preservação de um bem jurídico que não se relaciona com a vida e nem obedece qualquer critério médico. Na verdade, esse tipo de aborto visa à preservação da honra subjetiva da parturiente ou até mesmo de sua sanidade psicológica mediante o sacrifício de uma vida em gestação, mas em nenhum momento entra em conflito o direito de viver da mãe com o direito de viver do filho.

Para justificar que devemos pesar os valores dos bens para justificar a excludente ensina Mirabete (1998, p.177) que:

² <http://www.revistaautor.com.br/index>

[...] há estado de necessidade não só no sacrifício de um bem menor para salvar um de maior valor, mas também no sacrifício de bem de valor idêntico ao preservado, como no caso físico do homicídio praticado pelo náufrago para apodera-se da tábua de salvação. Não ocorrerá a justificativa se for de maior importância o bem lesado pelo agente. Pode-se destruir o patrimônio para salvar a vida; não se pode matar para garantir um bem patrimonial. A razoabilidade, todavia, é um conceito de valoração dos bens jurídicos que, muitas vezes, somente no caso concreto poderá ser aferida.

Assim, tem-se que a honra subjetiva é bem seguramente menos valioso que a vida, *maxime* a vida de um ser inocente.

CAPÍTULO 4 DIREITO Á LIBERDADE SEXUAL

A noção jurídica de liberdade sexual está ligada, portanto, à idéia de livre disposição do próprio corpo, concepção esta que se relaciona a uma visão individualista do ser humano.

A expressão "*liberdade sexual*" pode ser entendida segundo a professora Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico (1998, p. 122):

LIBERDADE SEXUAL. *Direito penal.* Direito de disposição do próprio corpo ou de não ser forçado a praticar ato sexual. Constituirão crimes contra liberdade sexual: o ato de constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; o atentado violento ao pudor, forçando alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal; a conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude; o ato de induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ato libidinoso.

O principal fundamento para a legalização do aborto sentimental dá-se a partir desse princípio, pois quando a gravidez advém de um ato violento sem permissão, como o estupro, ela fere esse princípio, dando a mulher violentada o direito de escolha em ter ou não a criança que está sendo gerada no seu ventre.

Contudo, observa-se que o direito à liberdade sexual não caberia se sobrepôr ao direito à vida, pois fere também outro princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade.

Esse princípio constitucional diz respeito a um sistema de valoração. Na medida em que ao se garantir um direito, muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

O princípio da proporcionalidade é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Como sustenta Bonavides (1997, p.396):

[...] abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência

impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição.

Portanto diante de mais um princípio, não há como conceber que a liberdade sexual da mulher se sobreponha a direito à vida.

4. 1 Limites no direito da mulher em dispor do seu próprio corpo.

O argumento que sustenta a legalidade do aborto sentimental é equivocado, pois quando se tratam de idéias que envolvam direitos da personalidade, deparamos com situações, onde predomina o princípio Constitucional do direito à vida (*caput* do art. 5º da CF/88) e da dignidade do ser humano (art. 1º, inciso III da CF/88).

Portanto, quando assinalamos que a mulher tem a livre disposição do seu corpo para abortar uma criança por ser ela fruto de uma relação indesejada, estamos incorrendo em um erro, por ausência de reflexão mais profunda sobre a questão, sem atentar para a vida de outro ser humano. Afinal, nenhum direito será ético e moral, quando decorrer da subtração ou da exclusão do direito de outrem.

A idéia de propriedade do próprio corpo e do corpo dos filhos remonta-se a Roma antiga, segundo Meira (1970, p.58)

O pater familiae era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direitos de vida e morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los ou tirar-lhes a vida. O *pater familiae* exercia poder de vida e morte sobre as pessoas da família.

A sociedade moderna não mais admite a coexistência com a idéia do *pater familiae* romano. O próprio direito de dispor do próprio corpo é relativo e não absoluto, pois esse direito sofre limitação constitucional. Nesse sentido, o artigo 13 do Código Civil de 2002 impõe limites à pessoa para dispor do seu próprio corpo. A Lei 9.434/97 disciplina a doação de órgãos humanos, desde que tenham finalidades altruístas e sejam destinados às pessoas da família do doador. Portanto, o corpo humano não é objeto descartável.

Segundo o Alexandre de Moraes (2003. p. 180):

O direito à vida tem um conteúdo de proteção positivo que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o direito à própria morte. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha do seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do indivíduo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir a própria morte, no sentido de mobilizar o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídio.

Portanto, a afirmativa de que a mulher tem o direito e a liberdade de dispor do seu próprio corpo é uma falácia, pois a verdade real é que a pessoa não possui liberdade ampla e irrestrita para dispor do seu próprio corpo. E, muito menos ainda de um corpo humano que não lhe pertence e, sobre o qual não possui poder de dispor. Isto por não ser seu proprietário, em razão de não se tratar de bem material suscetível de disposição.

Daí porque, o simples fato do nascituro se encontrar no ventre da mulher, não a torna proprietária desse corpo humano. Por outro lado, admitir que o feto não é ser humano contraria todo fundamento científico e jurídico, a respeito das características genéticas estruturadas e presentes no organismo concebido em estado de formação.

Os pais não têm o direito de disposição dos nascituros, pois não são objetos descartáveis, exatamente porque possuem o valor-fonte de todos os direitos. Todos os pais, como a sociedade em geral, devem salvaguardar os direitos inerentes à criança e ao adolescente conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que:

Art. 3º 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 mesma linha de conduta, aqueles direitos dos filhos e dever dos pais, compreendidos no exercício do poder familiar previstos no artigo 1.634 e seguintes do Código Civil de 2002.

Portanto, dizer que a mulher é dona do seu próprio corpo e, por consequência, do corpo que se encontra em seu ventre, é atribuir condição de objeto descartável à vida humana.

Sendo o direito à vida, garantido pelo ordenamento normativo brasileiro, é no mínimo contraditório que seja assegurado o direito à saúde e à vida da mulher cidadã, com a consequente instituição da pena de morte do nascituro.

Por tudo isso, podemos concluir que, no aborto sentimental ao priorizar o direito que a mulher violentada tem de dispor do seu corpo, estamos punindo um terceiro inocente com pena de morte, se tivermos consciência que uma vida humana está sendo banida do mundo por que um homem praticou um crime. O fato de uma gravidez ser fruto de estupro não poderia ter o condão de gerar esse poder, o poder do Estado em permitir a morte de um ser inocente.

O Estado tem o dever de responsabilizar-se, prestando atendimento psicológico à gestante, para ajudá-la a suportar o fardo de carregar em seu ventre o filho de seu estuprador. Outro não é o entendimento da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei n. 8.742/93), que em seu art. 2º dispõe:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes [...].

O Estado também precisa prover de meios às instituições especializadas para que possam receber o filho havido de relação violenta e criminosa, na hipótese em que a mãe se recuse a acolher o recém-nascido.

Como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) já prevê em seu art. 7º:

Art. 7º 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.

Caso o Estado cumprisse as providências mencionadas, apoiando a gestante vítima de estupro e o filho da relação traumatizante, estaria punindo de forma legal o aborto sentimental ou humanitário, pois apoiar a prática desse tipo de aborto, não penalizando quem o provoca seria fechar os olhos para a Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Todo o trabalho foi elaborado a partir do conceito legal de aborto, definido como a morte do produto da concepção, desse ponto pode-se afirmar que existem três tipos de aborto o natural ou espontâneo, o acidental e o aborto provocado.

Esse trabalho estudou o aborto provocado, aquele tido como criminoso, o aborto que é deliberadamente induzido, por manobras abortivas ou drogas capazes de produzir a morte do concepto.

Ficou comprovado que o Código Penal reconhece o aborto provocado como crime, no entanto não o pune nas hipóteses do artigo 128 (aborto terapêutico e aborto sentimental). Entendeu-se, contudo, que esse dispositivo do Código Penal foi revogado pela Constituição Federal que garante a todos os indivíduos o direito à vida.

Portanto pôde-se afirmar que a Constituição Federal declarou todas as formas de aborto provocado como crime, não cabendo excluir a punibilidade em nenhum caso. Entretanto no caso do aborto terapêutico, o aborto que tem a finalidade de salvar a vida da mãe, mostrou-se que este constitui a excludente de ilicitude estado de necessidade, admitindo o sacrifício de um bem para salvar outro de maior ou igual valor.

Já o aborto sentimental, aquele que ocorre no caso em que o produto da concepção é fruto de um estupro, comprovou-se que é uma das formas mais criminosas do aborto provocado.

Mostrou-se que o fundamento maior para a não punição do aborto sentimental é o direito a liberdade sexual, o direito que a mulher tem de dispor do seu corpo. No entanto quando não se pune esse tipo de aborto, ferimos a Constituição Federal em dois princípios elementares: o princípio do direito à vida e o princípio da proporcionalidade. Transgride o primeiro quando impõe pena de morte a um ser inocente, e o segundo quando não pesa os valores dos direitos contrapostos.

Entendeu-se que mesmo sendo mãe a mulher não tem o direito de dispor da vida de um ser humano que se desenvolve no seu ventre, mas que tem vida própria, que não lhe pertence.

Abordou-se a verdadeira função do Estado, que é punir quem comete crime e garantir as vítimas apoio e segurança.

Desse modo, evidenciou-se que a ausência de punição ao aborto sentimental é, antes de tudo, contrária aos preceitos constitucionais, sendo a política criminal que o legitima, ou que se propõe a isso, mero escamatear estatal quanto ao cumprimento integral do dever de garantir a segurança e paz social.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1997.
- DAMÁSIO, Evangelista de Jesus. *Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v II.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, vol. 3, São Paulo, Editora Saraiva, 1998.
- LEITE, Gisele. A polêmica questão do aborto, na história e no mundo. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/12613,1>. Acesso em 16 jun. 2006.
- MEIRA, Sílvio. *Instituições de Direito Romano*. 4. ed, São Paulo, Editora Max Limonad, 1970.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal interpretado*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v I.
- _____. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v II
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. 2. ed. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

- NASCIMENTO, Keila Terezinha Enghardt do. O Aborto não é legal, o que existe são alguns casos autorizáveis. <http://www.revistaautor.com.br/index>. Acesso em 16 de jun.2006.
- ORLANDI, Marcos. (i)legalidade do Aborto por Anomalia Fetal. Disponível em: <http://www.apriori.com.br>. Acesso em 10 jun. 2006.
- O CRIME ABORTO SITE PROVIDA DE ANÁPOLIS Disponível em <http://www.providaanapolis.org.br>. Acesso em 12 de jun. 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Coleção Saraiva de legislação. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 349p