

ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE ABORTO EM CASO DE ESTUPRO

Brenda S. Nascimento¹; Fabrício Veiga Costa² Rafaela Cândida Tavares Costa³

1. Estudante de Direito da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas
2. Doutor em Direito. Pós-Doutor em Educação. Professor da Fapam e Mestrado UIT.
3. Estudante de Direito da Universidade de Itaúna.

Resumo:

O presente trabalho pauta-se na análise constitucional do Direito à Vida face à norma penal discriminatória da conduta abortiva em caso de estupro, mediante profundo estudo do Direito Fundamental à vida, da incongruência entre o disposto no Código Penal, precisamente em seu artigo 128, II, e o que preleciona a Constituição da República Brasileira sobre tal direito, perpassando a discussão apresentada pela conceituação dada aos institutos estudados pela doutrina e pela própria norma, pela sua aplicabilidade frente à sociedade contemporânea e a busca pela efetividade das garantias e direitos fundamentais. Utiliza em sede argumentatória, de forma associada à pauta principiológica, o fenômeno da recepção das normas infraconstitucionais pela Constituição Brasileira, concluindo pela não recepção do instituto da excludente de ilicitude pela atual Constituição brasileira e pela necessidade de preponderância do direito à vida, haja vista a imprescindibilidade de interpretação sistemático-constitucionalizada do direito fundamental à vida no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Fundamental à Vida. Aborto em caso de Estupro. Excludente de ilicitude.

Introdução:

De modo geral, o que se pretende com a pesquisa é estudar a recepção da excludente de ilicitude trazida pela legislação penal brasileira frente à vida de um ser humano em desenvolvimento, dotado de direitos estabelecidos constitucional e infraconstitucionalmente. Ou seja, a investigação da recepção do artigo 128, II CPB pelo texto da Constituição brasileira de 1988 constitui ponto central do debate crítico do Direito à Vida na presente pesquisa.

Imperioso ressaltar, logo de plano, que todo o objeto estudado, bem como toda a dinâmica de apontamentos e conclusões cinge-se na presente alteração: Como garantir a efetividade de direitos fundamentais em conflito

sem permitir que o exercício de um deles acabe por esvaziar o núcleo essencial do outro?

Mediante a aplicação do supracitado questionamento à relação que existe entre a genitora e o sujeito autor da conduta criminosa é que se justifica a análise da permissão abortiva trazida pelo Código Penal é debatida no presente estudo

Perpetram o campo de pesquisa a existência da disposição de direitos alheios por terceiros – genitora –, o conflito entre direitos fundamentais, vida, liberdade e dignidade da pessoa humana, à luz da teoria dos limites dos limites e sob a interpretação que se dá a estes ante ao princípio da proporcionalidade em suas três vertentes, bem como o fenômeno constitucional da não recepção ou não da norma infraconstitucional.

Sob a ótica dos acontecimentos históricos e culturais que ensejam o garantismo constitucional, busca trazer uma reflexão sobre o aborto, tema gerador de tamanha discórdia política, religiosa e social, levando aos partidários do discurso pró-vida um novo fundamento, de ordem constitucional e por meio do qual se busca a reanálise do direito constitucional à vida, do modo como este tem se dado e aplicado na atual conjuntura nacional.

Em apertada síntese, o propósito dos estudos realizados, os quais culminaram na elaboração do artigo a ser apresentado, é a demonstração de que a excludente de ilicitude trazida pelo Código Penal em seu artigo 128, II, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, em virtude da violação do Direito Fundamental à Vida.

Metodologia:

O método de pesquisa utilizado foi, precipuamente, o bibliográfico, consistente na leitura e identificação dos pontos atinentes a pesquisa em artigos científicos, monografias, dissertações e doutrinas jurídicas, essencialmente das ciências Penal e Constitucional, uma vez que problemática apontada tem finco em construções e teorias do Direito, não demandando qualquer pesquisa de campo ou estatística.

Quanto à sistematização, optou-se pela priorização do método qualitativo e teórico-bibliográfico de pesquisa, efetivado mediante análise hermenêutica e sistemática dos posicionamentos doutrinários dos ramos jurídicos de Direito Público, bem como das disposições legais regidas pelo Código Penal e pela norma constitucional, tratados e convenções dos quais o estado brasileiro é signatário. Utilizou-se, ainda, de técnicas de contraposição e valoração de institutos jurídicos com o condão de sistematizar análises crítico-epistemológicas do tema proposto.

A delimitação do problema teórico decorreu da utilização do método indutivo, ou seja, partiu-se de uma concepção microanalítica (o estudo do artigo 128, II CPB) em direção ao estudo macroanalítico, qual seja, o estudo da recepção do respectivo dispositivo legal pelo texto da Constituição Federal de 1988. Por meio de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi possível compreender a dimensão teórica do debate constitucionalizado do objeto da pesquisa.

Resultados e Discussão:

Embora os últimos fenômenos históricos e sociais tenham levado a insurgência dos direitos e garantias fundamentais nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, a interpretação e disciplinação desses direitos ainda não tem sido efetivada de forma ampla, efetiva e satisfatória no estado brasileiro. A aplicabilidade e exercício de alguns direitos fundamentais encontra barreiras nas legislações já existentes e na impossibilidade de aplicação simultânea de alguns direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à dignidade e intimidade da mulher estuprada frente ao direito à vida protegido desde a concepção. A problemática enfrentada na excludente analisada encontra marco principal na impossibilidade de sobreposição de direitos fundamentais, de conferir privilégios a determinados indivíduos em detrimento de outros que sob a ótica do presente trabalho necessariamente precisam da tutela jurisdicional do Estado de Direito.

Nesse sentido, estabelecida a condição do feto como titular de direitos e considerada a conseqüente necessidade de proteção de seus direitos pelo Estado, o estudo e a apresentação dos métodos da Teoria alemã do Limite dos Limites (Schranken-Schranken), então adotado pelo Supremo Tribunal Federal, se faz necessária.

Assim é que a absolutização do direito à liberdade da genitora é então criticada sob a

ótica dos princípios constitucionais, principalmente o da proporcionalidade.

Exsurge, ainda, a argumentação no sentido de que a norma penal tipificada no artigo 128, II, subverte a titularidade dos direitos fundamentais pertencentes ao feto quanto autoriza a sua livre disposição pela genitora. A prática de conduta criminosa do agente (estupro) não pode ser justificativa fáctico-metajurídica utilizada para a limitação e violação do Direito Fundamental à Vida do nascituro.

Ademais, também foi verificado que a norma, por passar pelo crivo da Teoria do Limite dos Limites e por ser clara violação à direitos fundamentais, não foi recepcionada pela ordem constitucional jurídico-democrática proposta pela Constituição Federal de 1988.

Conclusões:

A norma penal é taxativa e violadora do direito de terceiros. A permissão a conduta abortiva afronta o direito constitucional à vida e a própria dignidade de um ser em desenvolvimento (nascimento). Confere de forma excessiva e drástica a genitora, vítima do crime de estupro, a possibilidade de extinguir direitos dos quais não é titular, sendo o principal deles, dos quais derivam-se os demais, o direito à vida do nascituro. Admitir a recepção constitucional do artigo 128, II CPB é legitimizar a violação e interpretação restritiva do Direito Fundamental à Vida do nascituro.

Referências

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo . **Teoria geral dos direitos fundamentais: revista, atualizada e ampliada, 5ª edição.** Atlas, 2014. Vital Source Bookshelf Online.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte especial, vol.2. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2006;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais, 11ª edição.** Editora do advogado, Porto Alegre, 2012.