

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
JOICY LUZIA SOARES DE JESUS**

**ABORTO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-JURÍDICA SOBRE O NOVO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

**RUBIATABA/GO
2018**

JOICY LUZIA SOARES DE JESUS

**ABORTO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-JURÍDICA SOBRE O NOVO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

**RUBIATABA/GO
2018**

JOICY LUZIA SOARES DE JESUS

**ABORTO: UMA ANÁLISE CRÍTICO-JURÍDICA SOBRE O NOVO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / __

**Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista José Carlos Cardoso Ribeiro
Examinador
Professor(a) da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista João Paulo da Silva Pires
Examinador
Professor(a) da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Somente em razão da presença de Deus do meu lado, que me amparou e me deu forças para não desistir nos momento mais difíceis, consegui concluir esta jornada, então a ele dedico inteiramente este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, pela oportunidade e pela companhia.

Agradeço à minha mãe Divina Cláudia de Jesus e ao meu pai Juraci Antônio Soares, os quais são o motivo do meu sorriso pela manhã e me sustentam quando o fardo é grande, sempre acreditando na minha capacidade e permanecendo ao meu lado sem pestanejarem. Amo vocês.

Agradeço ao meu avô Alcindo Marlal dos Santos e à minha avó Benedita Maria de Jesus, cujos ensinamentos e conselhos foram indubitavelmente essenciais para que eu conseguisse concluir este trabalho, à vocês o meu amor incondicional.

Aos demais familiares pela compreensão da minha ausência e também pelo apoio, meu muito obrigada.

Aos meus amigos, colegas de classe e professores, cujo companheirismo, auxílio e lembranças permaneceram para sempre marcados no meu coração.

Enfim, ao meu orientador Arley Rodrigues da Silva Júnior, que se empenhou em me ajudar a construir este estudo e, assim, usufruir do mérito de concluir com êxito este tão sonhado curso. Obrigada!

EPÍGRAFE

“Porque há o direito ao grito. Então eu grito” (Clarice Lispector).

RESUMO

Este estudo tem como tema o “Aborto: uma análise crítico-jurídica sobre o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, cuja problemática e objetivo geral é estudar se, em razão do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à prática do aborto, a dignidade da pessoa humana, necessariamente do nascituro, é desrespeitada pela Suprema Corte. Por sua vez, os objetivos específicos consistem em apresentar a evolução histórica e legislativa dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais, dissertar sobre o entendimento pretérito e atual do Supremo Tribunal Federal quanto à prática do aborto no Brasil e analisar se, em razão do novo entendimento do STF em relação à prática do aborto, a dignidade da pessoa humana, necessariamente do nascituro, é desrespeitada. A metodologia adotada será a analítica-dedutiva, da qual foi possível concluir que o novo entendimento do STF em relação à prática do aborto formulada no HC 124.306/2016 afronta sim a dignidade da pessoa humana em relação ao nascituro, bem como à vida do feto, pois menospreza, à luz da teoria natalista, a expectativa de vida e, à luz da teoria concepcionista, vista modernamente como a mais adequada, o direito à vida do nascituro.

Palavras-chave: Aborto; Dignidade Humana; Nascituro; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study has as its theme "Abortion: a critical-legal analysis of the new understanding of the Brazilian Federal Supreme Court", whose problem and general objective is to study whether, due to the Federal Supreme Court's new understanding regarding abortion, the dignity of the human person, necessarily the unborn, is disrespected by the Supreme Court. In turn, the specific objectives are to present the historical and legislative evolution of the rights of the unborn child in the Brazilian legal system up to the present day, to discuss the past and present understanding of the Federal Supreme Court regarding the practice of abortion in Brazil and to analyze whether, due to the new understanding of the Supreme Court regarding the practice of abortion, the dignity of the human person, necessarily the unborn, is disrespected. The methodology adopted will be analytical-deductive, from which it was possible to conclude that the new understanding of the STF in relation to the abortion practice formulated in HC 124.306 / 2016 does not confront the dignity of the human person in relation to the unborn child, as well as the life of the fetus , because it depreciates, in the light of the natalist theory, the expectation of life and, in the light of the conceptionist theory, considered modernly as the most adequate, the right to the life of the unborn child.

Keywords: Abortion; Human dignity; I am born; Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Caput – Conceito

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

In Verbis – Expressão em latim que significa “Nestes Termos”

In Casu – Expressão em latim que significa “No caso”

n. – Número

p. – Página

pp. – Páginas

PNA – Pesquisa Nacional do Aborto

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Vide – Veja

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Os marcos iniciais da vida humana, pág. 33.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	ABORTO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E O ESTATUTO DO ABORTO.....	12
2.1	CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O ABORTO	12
2.2	ESTATUTO DO ABORTO	16
3	ABORTO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	23
3.1	ENTENDIMENTO ANTERIOR.....	24
3.2	ENTENDIMENTO ATUAL.....	25
4	DO NOVO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 124.306/2016 VERSUS O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA DO NASCITURO	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema “Aborto: uma análise crítico-jurídica sobre o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro”, cuja problemática é estudar se, em razão do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à prática do aborto, a dignidade da pessoa humana, necessariamente do nascituro, é desrespeitada pela Suprema Corte.

Logo, o objetivo geral é analisar criticamente o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do aborto em relação à dignidade humana do nascituro, e os objetivos específicos consistem em apresentar a evolução histórica e legislativa dos direitos do nascituro, no ordenamento jurídico brasileiro, até os dias atuais; dissertar sobre a assimilação pretérita e atual do Supremo Tribunal Federal quanto à prática do aborto no Brasil e analisar se, em virtude dessa nova compreensão do Supremo Tribunal Federal em relação à prática do aborto, a dignidade da pessoa humana, necessariamente do nascituro, é desrespeitada.

Justifica-se este estudo em compreender por que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 124.306/2016, alterou sua posição a fim de permitir a prática abortiva no primeiro trimestre gestacional e, assim, preservar os direitos da mulher e gestante acima do direito à vida e dignidade humana do feto.

Para conseguir alcançar todos os objetivos e resolver a problemática deste estudo, será utilizada a metodologia analítica-dedutiva, consistente na reunião de pensamentos de diversos autores que advogam sobre o tema pela ótica de investigação científica. Serão realizadas, também, leituras em livros e doutrinas, além de jurisprudências, revistas e artigos eletrônicos acerca do tema, no intuito de coletar informações que corroborem as ideias aqui apresentadas.

Por fim, registra-se que este estudo é dividido em três capítulos, dos quais o primeiro tem como condão discorrer acerca do aborto no Brasil, principalmente no campo jurídico, apresentando, ainda, o Estatuto do Aborto. Já o segundo capítulo tem como objetivo discorrer sobre o aborto e o entendimento do STF proferido no HC 124.306/2016, e, por último, o terceiro capítulo será uma análise crítica do mencionado entendimento frente à dignidade humana do nascituro.

2 ABORTO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E O ESTATUTO DO ABORTO

Este capítulo tem como finalidade discorrer acerca do aborto no Brasil, principalmente no campo jurídico constitucional e penal, apresentando, ainda, o Estatuto do Aborto.

Nisto, será adotada a metodologia analítica-dedutiva, consistente na reunião de pensamentos de diversos autores que entendem sobre o tema por uma ótica de investigação científica. Serão realizadas, também, leituras em livros e doutrinas, além de jurisprudência e revistas e artigos eletrônicos acerca do tema no intuito de coletar informações que corroborem as ideias aqui apresentadas.

2.1 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE O ABORTO

Ao “analisar a questão do aborto no Brasil de hoje não devemos nos desvincular de todo o conhecimento que se tem sobre o assunto em termos mundiais”. (SCHOR; ALVARENGA, 1994, p. 18). Assim, em que pese não seja possível tecer detalhadamente todas as nuances que o tema propõe, será aqui tratado os marcos mais interessantes a serem estudados:

Muitas das convicções que hoje são dados adquiridos constituem, na verdade, o fruto de um árduo trabalho amadurecido ao longo dos séculos: o papel da mulher, as formas de considerar o feto e a gravidez, as intervenções externas, os interesses políticos e os parâmetros de avaliação mudaram desde a antiguidade até aos dias de hoje, assumindo diferentes funções e significados (GALEOTTI, 2007, p. 21).

Como exemplo, os gregos não criminalizavam a prática abortiva. Aliás, “a prática do aborto estava difundida quer entre os gregos quer entre os romanos e era aceite e lícito, embora não tenham faltado vozes críticas contra esta prática” (GALEOTTI, 2007, p. 22).

Do mesmo modo, os romanos não viam o aborto como crime, mas sim como costume entre as duas citadas civilizações antigas. Contudo, a descriminalização de tal ato não impedia que críticas fossem feitas na época:

No direito romano, o feto era considerado parte das vísceras da mulher, *mulieris porti vel viscerum*, escreve o jurista Ulpiano. Embora o aborto não fosse considerado crime, o feto estava incluído na disponibilidade do homem que, além de ter em geral o *ius vitae ac necis* sobre os filhos nascidos e nascituros, dispunha também da propriedade do corpo feminino. Por isso, a prática do aborto sem o consentimento do marido era motivo de separação matrimonial, dado que frustrava as expectativas paternas quanto à sua descendência. Todavia, ainda que não fosse criminalizado, não deixava de ser considerado uma grave imoralidade entre os romanos (GALEOTTI, 2007, pp. 25-40).

Já na Idade Média, a Igreja Apostólica Romana considerava o aborto a interrupção da vida de um ser humano, razão pela qual até os dias atuais esta posição oriunda do cristianismo é matida:

A posição da Igreja sobre esta matéria é enfatizada na Declaração da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, de 18 de novembro de 1974, na qual se reitera que a tradição cristã é clara e unânime, desde as suas origens até aos nossos dias, em classificar o aborto como desordem moral particularmente grave. A vida humana, para os cristãos, é sagrada e inviolável em todos os momentos da sua existência, desde a concepção até à morte natural. Todos reconhecem hoje que o respeito, quase absoluto pela vida humana, com a consequente reprovação do aborto e do infanticídio, é um dos frutos do cristianismo (CORREIA DE SÁ, 2002, p. 28).

Com efeito, a proibição da prática abortiva para os cristãos perduram até os dias atuais, isto a nível mundial, uma vez que a vida humana é sagrada e inviolável em todos os momentos da sua existência, desde a concepção até à morte natural:

Todos reconhecem hoje que o respeito, quase absoluto pela vida humana, com a consequente reprovação do aborto e do infanticídio, é um dos frutos do cristianismo. Já vemos o aborto reprovado na Didache (II, 2), muito provavelmente o mais antigo escrito cristão depois do Novo Testamento, e que muitos supõem ser dos fins do século I, onde se afirma: “Tu não matarás, mediante o aborto, o fruto do seio; e não farás perecer a criança já nascida” (LEITE, 1976, pp. 185-186).

Em verdade, “a problematização do aborto, enquanto fato social, teve início, na década de 70, com a realização de alguns estudos acadêmicos, na área de saúde pública” (BARSTED, 1991, p. 107).

Modernamente, o direito à vida, aliado à premissa de dignidade da pessoa humana, é o bem mais tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja previsão encontra fundamento no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal vigente:

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, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1988).

Aliás, embora a proteção à vida intrauterina e extrauterina não estejam expressamente inseridas no referido dispositivo legal, a norma constitucional deve ser interpretada de maneira mais ampla, ou seja, deve-se ler “toda vida humana”.

Confirmando a proteção ao nascituro desde sua concepção é o que o tutela a legislação penal nacional, eis que tipifica condutas como provocar aborto em gestante, ou aborto provocado por terceiro, ambos independentes da autorização da gestantes, como crime, excetos nos casos de aborto necessário ou em casos de gravidez resultante de estupro. Confira-se:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

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 a 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 de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

(BRASIL, 1940)

Vê-se que sobre a perspectiva criminal brasileira, abortar ou provocar aborto é crime, sujeito à pena de reclusão, de acordo com o caso concreto, salvo nos casos atípicos previstos legalmente, como acima dito. De qualquer forma, mister pontuar:

Embora a CF/88 não tratar expressamente do aborto voluntário, seja para autorizá-lo, seja para proibi-lo, isto não significa, por óbvio, que o tema da interrupção voluntária da gravidez seja um "indiferente constitucional". Muito pelo contrário, a matéria está fortemente impregnada de conteúdo

constitucional, na medida em que envolve o manejo de princípios e valores de máxima importância consagrados na nossa Carta Magna. Portanto, em que pese o reconhecimento de uma esfera de liberdade de conformação do legislador na regulamentação da matéria, existem limites constitucionais que devem ser observados, que concernem não só aos direitos fundamentais da mulher, como também à proteção do feto (SARMENTO, 2005, pp. 59-61).

Indubitável que a vida, sob o ponto de vista normativo-constitucional, não será “considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva” (SILVA, 2005, p. 197).

Impende assinalar que o fato da conduta abortiva ser criminalizada não impede que tais atos aconteçam no Brasil. De certo, o aborto é mais questão de saúde pública do que criminal, eis que a gestante que tem o intuito de fazê-lo fará de qualquer forma, correndo, assim, risco de vida, como se vê:

A prova mais eloquente de que a proibição legal e a criminalização do aborto não impedem a prática que estigmatizam são as estimativas alarmantes sobre números anuais de abortamentos clandestinos no país. É verdade que, em razão da ilegalidade do aborto no Brasil, não existem dados oficiais sobre seu número. Mas a Rede Feminista de Saúde, empregando metodologia científica baseada na quantidade de procedimentos de curetagem pós-aborto realizados por ano no SUS, estimou que o total anual de abortos clandestinos ocorridos no país, entre 1999 e 2002, seja algo entre 705.600 e 1.008.00069. E nem se objete que a realização de abortos no SUS implicaria na assunção de gastos desmesurados pelo Poder Público. Na verdade, apesar da atual ilegalidade do aborto, o Governo já gasta, hoje, vultuosos recursos para tratar das consequências dos abortos clandestinos sobre a saúde das mulheres. Só com o pagamento de curetagens são aproximadamente R\$ 29.7 milhões por ano sem contar outros procedimentos e/ou tratamentos que por vezes se tornam necessários para acudir à saúde feminina (SARMENTO, 2005, pp. 74-75).

Não é surpresa, diante disso, que a Pesquisa Nacional do Aborto (PNA) concluísse que a prática abortiva é ato comum na sociedade brasileira, sendo mais comum sua realização em mulheres de idade média e de baixa renda e escolaridade:

A PNA indica que o aborto é tão comum no Brasil que, ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto. Tipicamente, o aborto é feito nas idades que compõem o centro do período reprodutivo feminino, isto é, entre 18 e 29 anos, e é mais comum entre mulheres de menor escolaridade, fato que pode estar relacionado a outras características sociais das mulheres de baixo nível educacional (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 06).

A realidade, portanto, “é profundamente desalentadora, mas é também muito clara: a proibição do aborto não salva vida de fetos, mas mata muitas mulheres e impõe graves sequelas a outras tantas” (SARMENTO, 2005, p. 74).

E é no intuito de tutelar os direitos fundamentais da gestante que o Supremo Tribunal Federal recentemente posicionou-se favorável ao aborto durante o primeiro trimestre gestacional (HC 124.306/2016), sob a justificativa de que o feto, nesse ínterim, é totalmente dependente da mulher, havendo, desse modo, mera expectativa de direitos que não podem sobressair às premissas constitucionalmente asseguradas à mulher acerca da independência de seu corpo.

Contudo, a citada posição será discutida nos capítulos seguintes de forma mais ampla e crítica, oportunidade que será demonstrado o entendimento anterior do aludido sodalício e o seu atual posicionamento.

2.2 ESTATUTO DO ABORTO

Também conhecido como Estatuto do Nascituro, este Projeto de Lei 478/2007 tem 32 (trinta e dois) artigos que incorporam as disposições preliminares, os direitos fundamentais do nascituro e dispõe sobre os crimes contra o feto. Tal projeto foi proposto em 19 de março de 2007 por Luiz Bassuma e Miguel Martini, e está atualmente na Câmara dos Deputados em Brasília/DF aguardando votação.

Dispõe os arts. 1º e 2º do Estatuto do Aborto sobre a proteção integral do nascituro, considerado aquele ser humano concebido, mas ainda não nascido, cujo conceito inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. Vide:

Art.1º Esta lei dispõe sobre a proteção integral ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. (BRASIL, 2007)

Interessante pontuar que o Estatuto do Aborto é projeto de lei ainda pendente de votação, razão pela qual, atualmente, o nascituro não é considerado ser humano concebido “in vitro”, mas sim “embrião de pessoa humana”, consoante

entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/2005, que será melhor discutido adiante.

Tratando-se da personalidade jurídica, o nascituro a adquire ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal. Assim, o nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade (art. 3º do Estatuto do Aborto).

À vista disso, tem-se que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 4º do Estatuto do Aborto).

O nascituro também é tutelado pelo referido estatuto, eis que o art. 5º proíbe qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido legalmente qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos (art. 5º do Estatuto do Aborto).

Vale anotar que na interpretação do projeto de lei em comento, deve ser levado em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como futura pessoa em desenvolvimento (art. 6º do Estatuto do Aborto).

Por sua vez, o nascituro goza de direitos fundamentais que encontram previsão também na legislação estatutária em estudo. Dessa forma, o art. 7º diz que o nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência (art. 7º do Estatuto do Aborto).

Com efeito, ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança, sendo vedado ao Estado e aos particulares discrimina-lhe, de forma que o prive da expectativa de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivência (arts. 8º e 9º do Estatuto do Aborto).

Na hipótese de nascituro portador de alguma deficiência, o Estatuto do Nascituro fornece-lhe todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para

prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extrauterina (art. 10 do Estatuto do Aborto).

A propósito, o diagnóstico pré-natal deve respeitar o desenvolvimento e a integridade do nascituro, bem como orientará para sua salvaguarda ou sua cura individual o diagnóstico pré-natal deve ser precedido do consentimento dos pais, para que os mesmos deverão ser satisfatoriamente informados. Além disso, é vedado o emprego de métodos de diagnóstico pré-natal que façam a mãe ou o nascituro correrem riscos desproporcionais ou desnecessários (art. 11 do Estatuto do Aborto).

Frise-se que é proibido ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus genitores. Assim, nos casos de nascituro concebido em um ato de violência sexual, ele não poderá sofrer qualquer discriminação ou restrição de direitos, devendo ser-lhe assegurado, ainda, o direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante, o direito a pensão alimentícia equivalente a 01 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos e o direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento (arts. 12 e 13 do Estatuto do Aborto).

Em casos em que o agressor sexual foi identificado, ele será responsável pela pensão alimentícia ao nascituro, e nas situações em que ele não for identificado ou se for insolvente, a obrigação de prestar alimentos recairá sobre o Estado (art. 13 do Estatuto do Aborto).

Registre-se que a doação feita ao nascituro tem validade, podendo ser aceita pelo seu representante legal. Desde já, curial ressaltar que sempre que no exercício do poder familiar colidir com o interesse dos pais com o do nascituro, o Ministério Público requererá ao juiz que lhe dê curador especial (arts. 14 e 15 do Estatuto do Aborto).

Dar-se-á curador ao nascituro se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. E se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro, tendo este tem legitimidade para suceder (arts. 16 e 17 do Estatuto do Aborto).

Interessante destacar que a mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação,

cujo requerimento deverá ser instruído com a certidão de óbito da pessoa de quem o nascituro é sucessor. O exame também pode ser dispensado se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração do requerente, não podendo a sua ausência prejudicar os direitos do nascituro (art. 18 do Estatuto do Aborto).

Com a apresentação do laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro, sendo a requerente detentora do poder familiar, e em caso de impossibilidade disso, o juiz nomeará curador ao nascituro, que o representará em juízo, ativa e passivamente (arts. 19 e 20 do Estatuto do Aborto). Aliás, nos casos em que houver danos materiais ou morais sofridos pelo nascituro, ele será reparado civilmente.

Em relação aos crimes em espécie previstos nos arts. 23 a 29 do Estatuto do Aborto, tem-se, em suma, punição para o indivíduo que causar a morte do nascituro de forma culposa, ou provocar aborto com substância injetável, ou utilizar o nascituro como experimento, ou depreciar o nascituro por meios de palavras, imagens, expressões e qualquer outro tipo de comunicação, ou fazer apologia publicamente ao aborto ou a quem o praticou, ou ainda incitar publicamente o aborto, ou, por fim, induzir mulher grávida a praticar o aborto ou oferecer-lhe meios para tal. Vide:

Art. 23 Causar culposamente a morte de nascituro.

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

§ 2º O Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Art. 24 Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se o processo, substância ou objeto são apresentados como se fossem exclusivamente anticoncepcionais.

Art. 25 Congelar, manipular ou utilizar nascituro como material de experimentação:

Pena – Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Art. 26 Referir-se ao nascituro com palavras ou expressões manifestamente depreciativas:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa.

Art. 27 Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do nascituro:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 28 Fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Art. 29 Induzir mulher grávida a praticar aborto ou oferecer-lhe ocasião para a que o pratique:

Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. (BRASIL, 2007)

Convém citar, também, a justificativa do Estatuto do Aborto, que, em síntese, tenta demonstrar a importância de sua aprovação como marco histórico no direito brasileiro, bem como os reflexos positivos com a sua vigência, eis que tutelar a criança desde a sua concepção, tendo ele qualidade de criança por nascer.

Assim, no dia 25 de março de 2004, o Senado dos Estados Unidos da América aprovou um projeto de lei que concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime. No dia 1º de abril, o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “Unborn Victims of Violence Act” (Lei dos Nascituros Vítimas de Violência). De agora em diante, pelo direito norte-americano, se alguém causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante. Na Itália, em março de 2004, entrou em vigor uma lei que dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão. Não seria má idéia se o Brasil, seguindo esses bons exemplos, promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o Pacto de São José de Costa Rica, assinado por nosso País. Eis uma proposta de “Estatuto do Nascituro”, que oferecemos aos Colegas Parlamentares. Se aprovada e sancionada, poderá tornar-se um marco histórico em nossa legislação (BRASIL, 2007).

Aliás, o presente projeto de lei, chamado “Estatuto do Nascituro”, elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a expectativa de direitos, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos. Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542. Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de

seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil) (BRASIL, 2007).

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delitos cometidos por seus genitores. A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades (BRASIL, 2007).

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime (que hoje é simples contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos. O nobre deputado Givaldo Carimbão teve a idéia de incluir o aborto entre os crimes hediondos. Tal sugestão é acolhida no presente Estatuto. É verdade que as penas continuarão sendo suaves para um crime tão bárbaro, mas haverá um avanço significativo em nossa legislação penal. O melhor de tudo é que, reconhecido o aborto como crime hediondo, não será mais possível suspender o processo, como hoje habitualmente se faz, submetendo o criminoso a restrições simbólicas, tais como: proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz, comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades etc. (Lei 9.099/95, art. 89) (BRASIL, 2007).

Por ser um projeto inovador, que trata sistematicamente de um assunto nunca tratado em outra lei, peço uma atenção especial aos nobres pares. Seria tremenda injustiça se esta proposição tramitasse em conjunto com tantas outras, que tratam apenas de pequenas parcelas do tema que aqui se propõe. Esperamos

que esta Casa de Leis se empenhe o quanto antes em aprovar este Estatuto, para alegria das crianças por nascer e para orgulho desta nação, bem como para a alegria do ex-deputado Osmânio Pereira que pediu-nos para que novamente o colocasse em tramitação nesta nova legislatura (BRASIL, 2007).

Destarte, percebe-se pelo exposto que o tema aborto é ainda muito discutido no Brasil, principalmente quanto a sua legalização a partir do novo e recente entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 124.306/2016, cujo voto relator será analisado criticamente no próximo capítulo.

3 ABORTO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, o art. 4º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 diz que toda pessoa tem direito ao respeito à vida, inclusive o nascituro, direito este também assegurado a ele pelo Tratado Internacional do Pacto de São José da Costa Rica e pelo Código Civil de 2002, que dispõe em seu art. 2º, parte final, que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, devendo a lei pôr a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim:

Em que pese a Constituição Federal não estabeleça qual o marco da vida, a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil através do Decreto 678/92, em seu art. 4º, 1º, estabelece que “toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Assim, observa-se que o tratado internacional em questão determina que a vida começa no ato da concepção e a partir deste momento é inviolável e deve ser respeitada, sendo impossível a legalização irrestrita do aborto (DUTRA, 2011, p. 05).

De fato, ao analisar o supracitado artigo do Código Civil de 2002 num primeiro momento, vê-se que o legislador adotou a teoria natalista, que afirma que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida. Entretanto, vê-se certa contrariedade na adoção da aludida teoria quando ao nascituro são atribuídos direitos desde a concepção, fato que caminha para a teoria concepcionista, que admite que o feto adquira personalidade antes do nascimento.

Diante dessa celeuma, pode-se admitir que o nascituro é sujeito de direitos e, portanto, possui direito à vida que, conseqüentemente, deve ser preservada pelo Estado por se tratar de premissa fundamental constitucionalmente assegurada e também internacionalmente tutelada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Logo, a dignidade humana também lhe é inerente, consoante tecido em linhas volvidas.

À vista disso, o objetivo deste capítulo é apresentar o instituto do aborto de acordo com os posicionamentos anterior e atual do Supremo Tribunal Federal brasileiro, do qual utilizará da metodologia analítica-dedutiva, consistente na reunião de pensamentos de diversos autores que entendem sobre o tema por uma ótica de

investigação científica, bem como da análise do HC 124.306/2016 e da legislação específica para ser confeccionada.

3.1 ENTENDIMENTO ANTERIOR

Antes do Supremo Tribunal Federal proferir decisão no Habeas Corpus 124.306/2016 afirmando ser permitido o aborto até o terceiro mês gestacional, o ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no campo penal, considerava crime qualquer ato que atentasse contra à vida do feto, ou seja, todo e qualquer tipo de aborte era tipificado penalmente, independentemente do mês de gestação da mulher.

Em verdade, o HC 124.306, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda não alterou expressamente os dispositivos legais penais que tratam do tema do aborto, não obstante tal conduta até o terceiro mês estar “isenta” de sanção penal, consoante entendimento do aludido HC.

À vista disso, impende lembrar que o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento é delito previsto no art. 124 do CP¹. Igualmente, o aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante também é tipificado penalmente nos arts. 125 e 126 do CP². Aliás, as penas cominadas nos 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 a morte, como prevê o art. 127 do Estatuto Repressivo³.

Registra-se que, excepcionalmente, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro são condutas não tipificadas penalmente,

¹ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940)

² Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

³ 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 a morte. (BRASIL, 1940).

consoante isenta o art. 128, incisos I e II do Código Penal⁴. Logo, diante da não revogação de tais dispositivos, deve-se entender que a permissão para o aborto até o terceiro mês gestacional deve ser analisado cautelosamente pela autoridade judiciária, principalmente considerando que se trata de direito à vida do feto, do nascituro.

3.2 ENTENDIMENTO ATUAL

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124.306/2016, primeiramente afastou a tipicidade penal do delito de aborto quando ele fosse praticado até o terceiro mês gestacional e, na sequência, afirmou que impor à mulher a gestação contra sua vontade fere inúmeros direitos fundamentais.

Logo, dispôs que era preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (AURÉLIO, 2016, pp. 01-02).

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. A

⁴ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

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

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (AURÉLIO, 2016, pp. 01-02).

Observa-se, ainda, do supratranscrito voto que com a descriminalização do aborto no primeiro trimestre gestacional impedirá que “mulheres pobres” se mutilem ou percam à vida ao tentarem praticar o aborto em clínicas clandestinas ou em casa, uma vez que não gozam de recursos financeiros suficientes para pagar uma clínica privada para realizar tal procedimento.

Outrossim, vislumbra-se que o mencionado sodalício priorizou, inicialmente, os direitos fundamentais da mulher gestante e, principalmente em relação à proporcionalidade da conduta de abortar voluntariamente e a punição estatal para esse ato, minimizando, desse modo, o direito à vida do feto no primeiro trimestre gestacional.

De fato, os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

Dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a

atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa. Direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanentes e a restrições expressas. E podem, eventualmente, entrar em rota de colisão entre si ou com princípios constitucionais ou fins estatais. Tanto nos casos de restrição quanto nos de colisão, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo afora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde. A proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da

sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

Em segundo lugar, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher (AURÉLIO, 2016, pp. 05-09).

Com efeito, os direitos fundamentais da mulher gestante, dentre eles o direito (ou princípio) da dignidade humana, são protegidas, contudo, a dignidade do nascituro é ignorada até o terceiro mês gestacional, tempo que, à luz do entendimento da Suprema Corte, o feto não é independente do corpo da mulher, que, *a priori*, tem direito de decidir sobre a prática abortiva ou não.

Aliás, extrai-se do sobredito julgado que impor à mulher criar um filho que sequer desejava ter constitui grave violação à integridade física e psíquica, principalmente porque a gestante terá que conviver com a criança e submeter-se a tutela-lo, de maneira que fazer isso contra sua vontade é atentar, sobretudo, contra sua autonomia e contra a dignidade da pessoa humana.

O HC 124.306/2016 também diz que impor a gestação à mulher viola seus direitos sexuais e reprodutivos, na medida em que tira sua liberdade de decidir quando quer ter filhos, ou quando quer constituir uma família. E mais, impor a gestação é tirar a liberdade sexual da mulher, que sempre sofreu com “tabus” frente ao homem.

A propósito, a criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao

lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos percorreu uma longa trajetória, que teve como momentos decisivos a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, conhecida como Conferência do Cairo, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1995, em Pequim. A partir desses marcos, vem se desenvolvendo a ideia de liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

Para os fins aqui relevantes, cabe destacar que do Relatório da Conferência do Cairo constou, do Capítulo VII, a seguinte definição de direitos reprodutivos: “§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos” (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

A igualdade de gênero também foi alvo de análise no julgamento do HC em tela, eis que lembrou que durante a história mundial a mulher vem sendo submissa ao homem, sendo que, atualmente, a premissa fundamental que assegura a igualdade de gênero não pode ser violada ao obrigar a mulher a ter um filho, mormente considerando que seria retrocesso aos direitos sociais já conquistados

pelo público feminino, além de tal imposição ser caracterizada como discriminatória, uma vez que se o homem pudesse conceber um filho, o aborto já teria sido descriminalizado há tempos.

A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da igualdade de gênero. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desigualdades infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, “se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta” (AURÉLIO, 2016, pp. 18-19).

É notório que, no HC em testilha, o sodalício em questão reconheceu à mulher a faculdade de decidir sobre o seu corpo, sobre a sua gestação e sobre a vida do feto no primeiro trimestre gestacional. Desse modo, é possível afirmar que, nos casos em que o aborto for praticado após o mencionado trimestre, a conduta perpetrada pela mãe, por terceiro, por profissional ou qualquer indivíduo envolvido configurará crime.

Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado,

nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno (AURÉLIO, 2016, p. 19).

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. (AURÉLIO, 2016, p. 19).

Ainda no julgamento do HC 124.306/2016, o STF destaca que as duas teorias acerca da personalidade jurídica do feto (concepcionista e natalista), sempre estarão em conflito, entretanto, não há discussão acerca do direito ao nascituro que, por não sobreviver fora do corpo da gestante nos três primeiros meses, é totalmente submisso às vontades do “hospedeiro”, não havendo que se falar em supressão do direito fundamental da gestante frente à expectativa de direito do embrião, que pode ou não nascer com vida.

No mesmo sentido, torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mulher. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem (AURÉLIO, 2016, pp. 19-20).

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (AURÉLIO, 2016, pp. 19-20).

Contraditória a posição da Suprema Corte brasileira se a própria Carta Magna assegura, sobretudo, o direito à vida, bem juridicamente mais importante de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, à vista disso, merecedor de maior atenção e tutela, razão pela qual o próximo capítulo trabalhará, especificadamente, o entendimento supra frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro.

4 DO NOVO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 124.306/2016 VERSUS O DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA DO NASCITURO

Utilizando-se da metodologia de compilação de dados bibliográficos, este capítulo tem como objetivo discorrer sobre o novo entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 124.306/2016 frente às premissas da dignidade da pessoa humana e da vida.

Como visto no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal recentemente mudou seu entendimento quanto ao aborto no Brasil ao julgar o sobredito remédio constitucional, descriminalizando a conduta abortiva no primeiro trimestre gestacional, considerando, sobretudo, o direito à igualdade de gêneros, os direitos sexuais e reprodutivos, o direito a autonomia da mulher sobre o seu corpo e, conseqüentemente, a dependência do feto no citado trimestre do corpo da mãe.

Em suma, a decisão da Suprema Corte brasileira no HC 124.306/2016 pode ter seus argumentos assim sintetizados:

- A ofensa aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gravidez indesejada;
- A violação da autonomia da mulher quanto às suas escolhas existenciais;
- Ofensa à integridade física e psíquica da mulher, pois é ela quem sobre tanto no corpo quanto na esfera emocional e psíquica os efeitos da gravidez;
- Violação do princípio da igualdade, já que quem engravida é a mulher, de tal sorte que a exigência de tratamento igual impõe aos homens um dever de solidariedade e respeito às decisões da mulher;
- Impacto maior sobre as mulheres pobres, que, por não disporem de recursos para acessar clínicas privadas e por não poderem utilizar os serviços do SUS, são compelidas a se submeter a riscos maiores para a sua vida e saúde;
- Por derradeiro, não atendimento dos critérios da proporcionalidade, em virtude da falibilidade da criminalização do aborto, que, de acordo com estatísticas disponíveis, não apenas não evita a sua prática disseminada como é mais frequente em países que o consideram tipo penal do que naqueles que o permitem na primeira fase da gravidez. Além disso, ainda nesse contexto, o fato de que existem outros modos menos gravosos e mesmo mais eficazes de proteger a própria vida do nascituro, como a distribuição de contraceptivos, entre outros, ademais de os custos da criminalização serem maiores que os benefícios (SARLET, 2017).

Tratando-se de tais premissas utilizadas pelo STF para corroborar seu parecer, observa-se a presença de inúmeros direitos ao qual o aludido sodalício refere-se à mulher.

De fato, tem-se num primeiro momento que a mulher não pode ter seu direito reprodutivo violado ao lhe ser imposto uma gravidez indesejada. Contudo, deve-se ter em mente que a relação sexual não é mais um “tabu” na sociedade brasileira e que o aborto, como todos tinham ciência até a decisão proferida pelo HC 124.306/2016, era prática criminosa prevista nos arts. 124⁵, 125 e 126, todos do Código Penal⁶.

Todavia, como é cediço, a discussão é delicada e engloba questões complexas. Não obstante isso, o direito à vida e à dignidade humana é intrínseco a todos os indivíduos, sendo direitos fundamentais previstos na Carta Magna vigente, razão pela qual, num primeiro momento, devem ter valor superior às demais premissas legais.

No ponto, vale a pena repisar:

A Constituição Federal (CF/1988), no art. 5º, *caput*, coloca a vida como direito fundamental, sem discriminar seus destinatários, pois, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, evidencia que o direito de viver é garantido a todos, seja no útero materno ou fora dele. Não bastasse, o art. 2º do Código Civil (CC/2002) dispõe que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Por sua vez, o Código Penal, no art. 128, penaliza o aborto, somente o admitindo se praticado por médico, quando for imprescindível para salvar a vida da mãe ou quando a gravidez for resultante de estupro (MATOS, 2016, p. 03).

À vista disso, mister ressaltar que a existência da vida humana no campo científico ocorrer a partir da fecundação do espermatozoide no ovócito que resulta na formação do zigoto, como explica:

A partir dos estudos científicos, inicia-se com a fecundação, quando um gameta masculino, ou espermatozoide, se une ao gameta feminino, ou

¹Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940)

⁶ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940)

ovócito, para formar uma única célula – o zigoto. Esta célula totipotente e altamente especializada marca o início de cada um de nós como indivíduo único. O zigoto, visível a olho nu como um pequeno grão, contém os cromossomos e os genes (as unidades de informação genética) derivados da mãe e do pai. O zigoto unicelular muitas vezes, transforma-se, progressivamente, em um ser humano multicelular, através de divisão, migração, crescimento e diferenciação das células (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 16).

E esta célula denominada zigoto já é portadora de todas as características de uma pessoa em desenvolvimento, tais como sexo, cor da pele, dos olhos, do cabelo, entre outros, de modo que sua estrutura biológica já resta devidamente determinada:

O zigoto, embrião ainda unicelular, é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor de pele, olhos etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas. Se, no momento em que é constituído de uma só célula, ele já contém sua individualidade biológica predeterminada, o mesmo pode ser dito em todas as fases que se sucedem, de blastômero para mórula, desta para blastocisto, e assim sucessivamente (VASCONCELOS, 2006, p. 37).

Ainda sobre assunto, cumpre apresentar a Tabela 01, onde Goldim (2007) apresenta um estudo onde elenca vinte marcos iniciais da vida humana. Vide:

Tabela 01: Os marcos iniciais da vida humana

Tempo decorrido	Característica	Critério
0min	Fecundação fusão de gametas	Celular
12 a 24 horas	Fecundação fusão dos pró-núcleos	Genotípico estrutural
2 dias	Primeira divisão celular	Divisional
3 a 6 dias	Expressão do novo genótipo	Genotípico funcional
6 a 7 dias	Implantação uterina	Suporte materno
14 dias	Células do indivíduo diferenciadas das células dos anexos	Individualização
20 dias	Notocorda maciça	Neural
3 a 4 semanas	Início dos batimentos cardíacos	Cardíaco
6 semanas	Aparência humana e rudimento de todos os órgãos	Fenotípico
7 semanas	Respostas reflexas à dor e à pressão	Sensciência
8 semanas	Registro de ondas eletroencefalográficas (tronco cerebral)	Encefálico
10 semanas	Movimentos espontâneos	Atividade
12 semanas	Estrutura cerebral completa	Neocortical
12 a 16 semanas	Movimentos do feto percebidos pela mãe	Animação
20 semanas	Probabilidade de 10% para sobreviver fora do útero	Viabilidade extra-uterina
24 a 28 semanas	Viabilidade pulmonar	Respiratório
28 semanas	Padrão sono-vigília	Autoconsciência
28 a 30 semanas	Reabertura dos olhos	Perceptivo visual
40 semanas	Gestação a termo ou parto em outro período	Nascimento
2 anos após o nascimento	"Ser moral"	Linguagem para comunicar vontades

Fonte: Goldim (2007)

No ponto, vale assinalar que o uso contraceptivo da pílula do dia seguinte não é considerada prática abortiva, uma vez que ela produz efeitos antes mesmo da fecundação, como expõe:

O uso da pílula do dia seguinte é legalmente permitido porque ainda não houve a fecundação. A Resolução Nº 1.811/2006 do Conselho Federal de Medicina dispõe "que a Anticoncepção de Emergência pode ser utilizada em qualquer etapa da vida reprodutiva e fase do ciclo menstrual na prevenção da gravidez e que, em caso de ocorrência de fecundação, não haverá interrupção do processo gestacional". Sendo assim, mesmo havendo células vivas (espermatozoide e óvulo) dentro do aparelho reprodutor feminino, até quando essas células não se fundirem, não se pode falar em nova vida humana (HENKES; CAVAGNOLI, 2015, p. 04).

A propósito, o embrião in vitro não é, até os dias atuais, considerado nascituro, mas sim "embrião de pessoa humana", nos termos decididos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.510/2005⁷:

⁷ CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO

O embrião *in vitro* ou criopreservado não é considerado nascituro, pois falta à implantação *in anima nobile* no útero materno. Assim, ele tem a natureza jurídica de “embrião de pessoa humana”, conforme restou decidido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 que tratou da (in) constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105, conhecida como Lei de

DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. [...] A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). [...] (STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134)

Biossegurança. Neste julgamento, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), 6 votos contra 5, decidiram que os embriões *in vitro* são “embrião de pessoa humana” e não “pessoa humana embrionária” e, portanto, não merecem a mesma tutela destinada ao nascituro ou outra equiparada (HENKES; CAVAGNOLI, 2015, p. 07).

De fato, o nascituro adquire direitos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do nascimento com vida, consoante dispõe o art. 2º do Código Civil de 2002⁸, devendo a lei ainda tutelar tais direitos desde sua concepção. Nesse sentido:

São necessários dois eventos, sem os quais não se adquire personalidade civil, que são exatamente o “nascimento” e “com vida”. Nascimento: saída do nascituro para o mundo exterior, não precisa de ser cortar o cordão umbilical (isso significa a separação da criança do corpo da mãe, não o nascimento em si), pode ser por meio natural ou cirúrgico, tanto faz que o nascimento se dê a termo (nove meses) ou não. Com vida: depreende-se pela respiração, pela entrada de ar nos pulmões. Se entrar ar nos pulmões respirou e, se respirou fora do ventre materno, adquiriu personalidade, tornou-se capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Se houver dúvidas quanto à ocorrência da respiração ou não se lançam mão de exames médicos legais, o mais comum é a docimasia hidrotástica de Galeno, onde um pequeno pedaço do pulmão é retirado e colocado em uma solução hidrotástica, se o pedaço flutuar é porque houve respiração, e a criança nasceu com vida, ao contrário, se afundar, é porque não houve respiração, e a criança nasceu sem vida (NETO; JESUS; MELO, 2015, pp. 103-104).

Com efeito, se houve o nascimento com vida, o nascituro adquire personalidade jurídica. Pontualmente, interessante salientar que são três as teorias existentes que explicam o momento de início da personalidade civil: a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada.

Sobre as citadas teorias, cita-se:

Inicialmente, a doutrina dividiu-se, pois, de um lado, ficaram aqueles que sustentam que o nascituro não seria dotado de personalidade jurídica; apenas adquiriria essa condição caso viesse a nascer com vida. Tal teoria foi denominada de Teoria Natalista. De outro lado, os opositores à aludida teoria natalista, sustentam que nascituro é dotado de personalidade jurídica, devendo, portanto, receber desde logo toda a tutela que é destinada aos seres humanos. Essa teoria recebeu o nome de Teoria Concepcionista. Posteriormente, surgiu uma terceira corrente doutrinária que buscava estabelecer uma visão intermediária entre os dois extremos. Assim, os defensores desta corrente afirmam que o nascituro é dotado de personalidade desde a concepção, no entanto, seu reconhecimento ficaria condicionado ao nascimento com vida. Tal teoria é conhecida como Teoria da Personalidade Condicionada (AMBROSIM; PARRON, 2013, p. 10).

⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2002)

Em síntese, a teoria natalista entende que o nascituro adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, enquanto a teoria concepcionista entende que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção, não havendo, portanto, a condição do nascimento com vida, e a teoria da personalidade condicionada é um misto das teorias natalista e concepcionista, uma vez que ela entende que a personalidade jurídica é adquirida pelo nascituro desde a concepção, contudo, está atrelada ao nascimento com vida para ter plena eficácia.

O ordenamento jurídico cível brasileiro adota expressamente a teoria natalista (art. 2º do CC/2002), consoante exposto em linhas volvidas. Entretanto, existem autores que entendem que a adoção dessa teoria é ultrapassada, como explica:

A teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno (TARTUCE, 2012, p. 88).

Na mesma direção, tem-se que “embora o Código Civil adote a teoria natalista, a doutrina concepcionista ganha um maior número de adeptos e juristas, que tecem novas reflexões e soluções para um tema cada vez mais atual” (ALMEIDA, 2000, p. 206).

Tanto que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Resp 1120676 SC 2009/0017595-0⁹ entendeu que o atropelamento de mulher grávida em que ocorresse a morte do feto em razão do acidente impunha à seguradora o pagamento de indenização aos pais (DPVAT), hipótese em que o citado sodalício

⁹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. (STJ - REsp: 1120676 SC 2009/0017595-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2011)

reconheceu a tutela da vida intrauterina desde a concepção, valorizando, assim, à vida do nascituro e sua dignidade humana.

À vista dessa decisão, outros tribunais de justiça no país caminharam no mesmo sentido¹⁰, entendendo, portanto, que a teoria concepcionista, atualmente, é a mais recomendada para tutelar os direitos do nascituro desde sua concepção, e não apenas após o nascimento com vida.

Ora, se em certas hipóteses ao nascituro é reconhecida a teoria concepcionista, descriminalizar o aborto no primeiro trimestre gestacional seria uma afronta ao direito da dignidade humana e, principalmente à vida do feto. Logo, um impasse nesse sentido deveria, a prima facie, priorizar os direitos fundamentais do nascituro, e não da mulher, sobretudo considerando que a doutrina também entende que a adoção da teoria natalista no direito moderno é prejudicial, como já abordado.

Aliás, não poderia o Supremo Tribunal Federal discutir o mérito do processo em sede de Habeas Corpus, quem dirá “legislar” sobre a temática abortiva, razão pela qual a descriminalização em testilha requer um estudo mais aprofundado,

¹⁰ À guisa de exemplo, cita-se as seguintes ementas: SEGURO OBRIGATÓRIO. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. FETO NATIMORTO. CARACTERIZAÇÃO DE MORTE DA FILHA DA AUTORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Legitimidade da seguradora que integra o consórcio para responder pela indenização devida. Caixa único estabelecido pelo consórcio. 2. Atropelamento de mulher grávida. Estado avançado de gravidez. Criança que tinha plenas condições de nascer viva e com saúde. Interrupção do processo natural de desenvolvimento pelo acidente de veículo do qual a autora foi vítima. 3. O feto, portanto, era uma criança com vida, que provavelmente já tinha nome e que, aos olhos da mãe e da sociedade já existia. A perda da criança nestas circunstâncias, em estágio avançado da gravidez, não difere substancialmente da morte para efeito da indenização decorrente do seguro obrigatório, de natureza social e instituído exatamente para atender à reparação mínima do mal causado em acidente de veículos. 4. Dano moral. Há controvérsia na jurisprudência a respeito da obrigação de pagar o seguro obrigatório aos pais do natimorto em decorrência de acidente de trânsito. Ademais, não se vê ofensa à dignidade da autora diante da negativa de pagamento do seguro pela ré. Dano moral não caracterizado. Sentença mantida. Recursos não providos. (TJ-SP - APL: 9000054662008826 SP 9000054-66.2008.8.26.0506, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 10/08/2011, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/08/2011) e APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT - PRELIMINAR - INEXISTÊNCIA DO CERCEAMENTO DE DEFESA - DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA APRESENTAÇÃO DAS PRETENSÕES EM JUÍZO - ARTIGO 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA - MORTE DO FETO - DIREITO À INDENIZAÇÃO - ENTENDIMENTO EXPOSADO PELO STJ - SENTENÇA MANTIDA - APELO CONHECIDO E IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - O ingresso ao Judiciário não está condicionado ao esgotamento da instância administrativa junto à seguradora, conforme artigo 5º, inciso XXXV. - Colisão de veículo automotor com bicicleta conduzida por mulher grávida que acarretou na morte do feto com trinta e três semanas de gestação. - Reconhecimento do direito da genitora de receber indenização por danos pessoais prevista na legislação do seguro DPVAT. - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, na linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça. (TJ-SE - AC: 2012204573 SE, Relator: DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, Data de Julgamento: 07/05/2012, 1ª. CÂMARA CÍVEL)

principalmente das consequências de sua implementação, porquanto o Estado não goza de infraestrutura médica-hospitalar pública para atender a população carente caso seja autorizada a prática abortiva até o terceiro mês gestacional, como justificado pelo referido sodalício em sua nova posição.

Destarte, denota-se que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à prática do aborto formulada no HC 124.306/2016 afronta sim a dignidade da pessoa humana em relação ao nascituro, bem como à vida do feto, pois menospreza, à luz da teoria natalista, a expectativa de vida e, à luz da teoria concepcionista, vista modernamente como a mais adequada, o direito à vida do nascituro, que já é considerado ser humano desde sua concepção, além de que viola a premissa de uma República Democrática que, como descreve o preâmbulo da Carta Magna vigente, “deve assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste estudo, no intuito de tutelar os direitos fundamentais da gestante que o Supremo Tribunal Federal recentemente posicionou-se favorável ao aborto durante o primeiro trimestre gestacional (HC 124.306/2016), sob a justificativa de que o feto, nesse ínterim, é totalmente dependente da mulher, havendo, desse modo, mera expectativa de direitos que não podem sobressair às premissas constitucionalmente asseguradas à mulher acerca da independência de seu corpo.

De fato, o nascituro adquire direitos no ordenamento jurídico brasileiro a partir do nascimento com vida, consoante dispõe o art. 2º do Código Civil de 2002, devendo a lei ainda tutelar tais direitos desde sua concepção. Logo, se houve o nascimento com vida, o nascituro adquire personalidade jurídica.

Viu-se, ainda, que são três as teorias existentes que explicam o momento de início da personalidade civil: a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicionada. Em resumo, a teoria natalista entende que o nascituro adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, enquanto a teoria concepcionista entende que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção, não havendo, portanto, a condição do nascimento com vida, e a teoria da personalidade condicionada é um misto das teorias natalista e concepcionista, uma vez que ela entende que a personalidade jurídica é adquirida pelo nascituro desde a concepção, contudo, está atrelada ao nascimento com vida para ter plena eficácia.

Estudou-se, também, que embora o ordenamento jurídico cível brasileiro adote expressamente a teoria natalista, existem autores que entendem que a adoção dessa teoria é ultrapassada, principalmente diante do surgimento de novas técnicas de reprodução assistida e fertilização *in vitro*, sendo exemplo disso o posicionamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Resp 1120676 SC 2009/0017595-0, que entendeu que o atropelamento de mulher grávida em que ocorresse a morte do feto em razão do acidente impunha à seguradora o pagamento de indenização aos pais (DPVAT), hipótese em que o

citado sodalício reconheceu a tutela da vida intrauterina desde a concepção, valorizando, assim, à vida do nascituro e sua dignidade humana.

Em razão disso, outros tribunais de justiça no país caminharam no mesmo sentido, entendendo que a teoria concepcionista, atualmente, é a mais recomendada para tutelar os direitos do nascituro desde sua concepção, e não apenas após o nascimento com vida.

Por óbvio, se em certos casos ao nascituro é reconhecida a teoria concepcionista, descriminalizar o aborto no primeiro trimestre gestacional seria uma afronta ao direito da dignidade humana e, principalmente à vida do feto, motivo pelo qual uma divergência neste sentido deve, num primeiro momento, priorizar os direitos fundamentais do nascituro, e não da mulher/gestante.

Ademais, não cabe ao Supremo Tribunal Federal discutir o mérito do processo em sede de Habeas Corpus, muito menos “legislar” sobre a temática abortiva. À vista disso, a descriminalização do aborto é matéria que merece um estudo mais aprofundado, principalmente das consequências de sua implementação, mormente considerando que o Estado não goza de infraestrutura médica-hospitalar pública para atender a população carente caso seja autorizada a prática abortiva até o terceiro mês gestacional, como justificado pelo referido sodalício no julgamento do HC 124.306/2016.

Finalmente, denota-se que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à prática do aborto formulada no referido julgado afronta sim a dignidade da pessoa humana em relação ao nascituro, bem como à vida do feto, pois menospreza, à luz da teoria natalista, a expectativa de vida e, à luz da teoria concepcionista, vista modernamente como a mais adequada, o direito à vida do nascituro, que já é considerado ser humano desde sua concepção, além de que viola a premissa de uma República Democrática que, como descreve o preâmbulo da Carta Magna vigente, cujo dever é assegurar inúmeros direitos aos cidadãos e, principalmente, resolver as lides de forma pacífica, igualitária, fraterna e justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

AMBROSIM, Maicon Venício de Souza; PARRON, Stênio Ferreira. O Nascituro como Sujeito de Direitos. Revista Pitágoras: Nova Andradina, 2013.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e Descriminalização do Aborto no Brasil. ECOS – Estudos e Comunicação em Sexualidade e Reprodução Humana. Apoio: Fundação MERK. São Paulo: 1991.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília/DF. Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 2.848/1940. Institui Código Penal. Brasília/DF. Senado Federal, 1940.

_____. HC 124.306/2016, STF - HC: 124306 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/12/2014, Data de Publicação: DJe-244 DIVULG 11/12/2014 PUBLIC 12/12/2014.

CORREIA DE SÁ, Luís Manuel Bulhões. A condição jurídica do nascituro e o aborto. Ciências Jurídico-Políticas: UPT, 2012.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. In. Ciência & Saúde Coletiva 15, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>> Acesso em dez. 2017.

GALEOTTI, Giulia. História do Aborto. Lisboa: Edições 70, 2007.

GOLDIM, José Roberto. Início da Vida de uma Pessoa Humana. Porto Alegre, 29 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>> Acesso em abr. 2018.

HENKES, Silviana Lúcia; CAVAGNOLI, Carine. A tutela jurídica do nascituro: reflexões para a efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Revista de direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 17, 2015.

LEITE, António. Legislações Recentes sobre o Aborto. In “Aborto é crime?”, A.A.V.V, Porto: Editorial Promoção, 1976.

MATOS, Priscila Batista de. Direito à vida do nascituro na fase intrauterina. Boletim Científico ESMPU, Brasília, n. 47, 2016.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. Embriologia clínica. Tradução da 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil – Volume Único. 3ª ed. JusPodivm: Salvador, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. O STF, novamente, diante dos desafios da proteção jurídica nos limites da vida. In: Conjur, abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-07/stf-diante-desafios-protecao-juridica-limites-vida>> Acesso em abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro: 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHOR, N.; ALVARENGA, A. T. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum., São Paulo, IV(2), 1994.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, Direito de Personalidade, Almedina, Coimbra, 2006.