

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE DUTRA



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DANO MORAL NO ABORTO

RUBIATABA-GO

2010

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE DUTRA



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DANO MORAL NO ABORTO

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da professora Ms. Roseane Cavalcante de Souza.

S- 32717

Tombo nº	17685
Classif.:	34
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	01.09.11

RUBIATABA-GO

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

PEDRO HENRIQUE DUTRA

DANO MORAL NO ABORTO

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

ROSEANE CAVALCANTE DE SOUZA

Mestre em Direito Agrário

1º Examinador: _____

VALTECINO EUFRÁSIO LEAL

Mestrando em Direito e Relações Internacionais

2º Examinador: _____

GERUZA SILVA DE OLIVEIRA

Doutoranda em Sociologia

Rubiataba, 2010.

Dedico este trabalho a minha querida avó a Senhora Carmelita Dutra do Carmo (in memoriam) pela expectativa do seu sonho que agora se torna realidade. Saudades do jeito simples, sorriso doce, abraço forte, carinho incomparável. "O tempo não pode apagar todo nosso amor"

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é Pai bondoso e compassivo, que me criou e me oportunizou essa conquista.

À Senhora Maria de Lourdes Dutra, a mulher mais importante da minha vida que me trouxe ao mundo e fez de mim alguém, estando sempre ao meu lado nas horas que chorei e nas horas que sorri, nos momentos que lamentei e nas horas demonstrei total alegria.

À toda minha família pelo carinho e apoio, pois não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida, especialmente a Senhora Ana Dutra do Carmo e, ao meu padrinho Pedro Rodrigues de Meneses Filho e Senhora Anésia Dutra de Meneses.

À professora Roseane Cavalcante de Souza, por sua competência, companheirismo e pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Aos professores André Vasconcelos e Jivaldo e Geruza pelo convívio, apoio e compreensão.

Aos amigos e colegas de sala, pelo incentivo e apoio constantes, especialmente à Édipo Vilela, Josianne Cristina, Maria Inês Brito e Vanderleia de Paula.

Às amigas Marielle e Núbia Socorro pela disponibilidade em colaborar com a pesquisa.

Aos colegas do Setor Juventude da Igreja Católica e do Colégio Estadual Gilvan Sampaio pelas alegrias e expectativas a mim depositadas.

Aos meus irmãos da Escola Agrotécnica Federal de Ceres, Turma professor José Carlos de Souza do ano de 2005.

RESUMO: A sociedade tem evoluído, e essa evolução é necessária diante de inúmeras realidades que vem surgindo a cada dia. Tendo em vista que o direito relaciona-se diretamente com a mesma, sendo suas relações e conflitos o principal objeto do direito, é preciso que este também evolua diante das novas perspectivas sociais. O presente trabalho trata sobre a questão da evolução da responsabilidade civil no direito pátrio, sendo proposto o estudo específico da aplicabilidade do dano moral para o aborto cometido pela mãe sem consentimento do pai. Este estudo não visa o enfoque à matéria penal, mas sim civil, haja vista que esta matéria não pode se abster diante da discussão sobre a vida e de todas relações que a cerca, inclusive o aborto que é um dos meios de sua interrupção.

Palavras Chave: Vida, Aborto, Responsabilidade Civil, Dano Moral.

ABSTRACT: Society has evolved, and this evolution is needed before many realities that is emerging every day. Given that the law relates directly to the same, and their relationships and conflicts the main object of the law, it must also evolve on this new social perspectives. This paper deals with the question of the evolution of tort law in the homeland, and proposed the study of specific applicability of the moral damage done by abortion to the mother without father's consent. This study is not intended to focus on the criminal, but civil, considering that this matter can not abstain before the discussion about life and relationships all around them, including abortion which is one of the means of its discontinuation.

Keywords: Life, Abortion, Civil liability, moral damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 VIDA.....	11
1.1 Definição de vida.....	11
1.2 Teorias a cerca da origem da vida.....	12
1.3 Como surge a vida humana?.....	15
1.4 Direito a vida.....	17
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
2.1 Conceito de Responsabilidade Civil.....	20
2.2 Noções históricas da Responsabilidade Civil.....	22
2.3 Responsabilidade Civil no Brasil.....	25
3 ABORTO.....	30
3.1 Relações e Conceito do Aborto.....	30
3.2 Contexto histórico do Aborto.....	31
3.3 O aborto e a Sociedade Atual.....	36
3.4 O aborto e sua relação com a Bioética.....	37
3.5 Aborto como questão de saúde pública.....	38
3.6 Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	38
3.7 Inexistência de Aborto Legal no Brasil.....	40
4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DANO MORAL NO ABORTO	
COMETIDO SEM CONSENTIMENTO PATERNO.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

INTRODUÇÃO

Ao analisarmos a expressão do ser humano é visível que há uma relação entre razão e emoção, permitindo-nos dizer em contexto amplo que aliado à razão o homem traz consigo os sentimentos. Em tese, um caminha ao lado do outro, mas não podemos abster de ressaltar que por vezes um predomina sobre outro.

É peculiar do homem zelar por aquilo que é seu e também por aquilo ou aqueles que lhe são queridos. Dessa forma, seja utilizando o juízo, seja agindo emotivamente, ao perceber que seu patrimônio genético está sendo ou de alguma forma foi agredido por outrem reage, defende-o, buscando preservá-lo e impedindo a ocorrência de qualquer tipo de prejuízo, ou, se este já se verificou, visa então, o retorno ao estado anterior ou compensação pelo mal sofrido.

Se pensarmos bem, esta busca sempre existiu, em todos os tempos e gerações onde o dano é combatido pelo lesado. Porém, é fato que a forma de se combater foi se alterando, sofrendo modificações de acordo com o pensamento de cada época.

Tanta transformação culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano, a qual, no entanto, não permanece estática, mas em continua evolução exigida pelo dinamismo da própria sociedade, que busca um direito mais justo e eficiente.

No direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada e repará-lo.

Diante do dano é possível a reparação do mesmo por meio da indenização, que quase sempre é pecuniária. Este dano pode ser à integridade física, aos sentimentos, bens ou patrimônio de uma pessoa.

Este é um assunto de grande importância para toda a ciência jurídica, seu estudo tende a ocupar um grande espaço senão o próprio centro do direito civil.

O fato é que ao longo dos tempos a vida humana tem sido ameaçada de diversas formas e um dos principais meios de morte tem sido o aborto que se provocado é a morte deliberada e direta de um ser humano inocente na fase inicial de sua existência.

O presente trabalho é importante para repensarmos as relações da responsabilidade civil no direito moderno, haja vista que a própria ciência genética demonstra que, a partir do momento em que óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida, que não é do pai nem a da mãe, mas sim a de um novo ser humano que deve ser amado e amparado por ambos genitores.

Atualmente com a instituição dos alimentos gravídicos vislumbramos a responsabilidade compartilhada entre pai e mãe diante da concepção e não somente do nascituro.

O que na verdade verificamos nas relações modernas sociais, são justamente fatos que poderíamos considerar estranhos aos padrões, mais que merecem e desafiam nosso entendimento. Um desses fatos é a situação de uma mãe que comete o crime de aborto, ressalta-se que este crime encontra tipificado em nosso código penal brasileiro, o que chamamos a atenção nesse instante é a prática do ato sem consentimento do pai.

Diante da discussão, o principal foco desse trabalho é analisar a responsabilidade civil no crime de aborto, identificando a possibilidade de dano moral em desfavor da mãe caso pratique o ato ilegal sem o consentimento do pai.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho é a pesquisa bibliográfica compilativa abrangendo a leitura de livros e documentos de forma atenta e sistemática, ligando diretamente com fatos reais, possibilitando uma discussão e argumentação com bases na vivência concreta do direito, com bases do método dedutivo partindo da premissa geral que é a vida a uma questão particular da responsabilização do aborto cometido sem consentimento do pai, sendo este meio de interrupção da mesma.

O primeiro capítulo trata da vida e seu conceito, que de forma ampla admite diversas definições. Além dessas questões é apresentado as teorias acerca da sua origem, além

das diferentes posições e indagações sobre o assunto, voltando-se ao final para sua evolução e tutela no direito brasileiro.

No segundo capítulo, é possível verificar uma abordagem acerca da responsabilidade civil e seus contextos de definição, historicidade e tipificação na legislação vigente em nosso país. Neste capítulo, enfoca-se principalmente o instituto do dano moral e sua aplicação prática nas relações jurídicos-sociais.

No terceiro capítulo, encontra-se além do conceito de aborto e seu contexto histórico, está também sua relação com a sociedade moderna e as diferentes correntes de discussão sobre o tema, haja vista que este hoje é um dos grandes interruptores do direito de viver.

No quarto capítulo, apresenta-se uma relação da aplicação do dano moral no aborto praticado pela mãe sem o consentimento do pai, afinal diante da evolução do direito brasileiro já torna-se possível dizer, que ambos são responsáveis pelos cuidados com o ser que está sendo gerado no ventre materno e tais ações geram para ambos não só deveres como direitos.

E por fim as considerações acerca da discussão, seguidas posteriormente pelas referências bibliográficas utilizadas para a realização do presente trabalho.

1 VIDA

1.1 Definição de vida

Quando nos referimos ao termo vida, este vocábulo possui inúmeros significados, o que permite diversas interpretações e conceituações não delineando um sentido único pronto e acabado. Logo para inúmeros estudiosos essa conceituação ainda é discutível.

A tarefa de definir o sentido exato de vida revela-se por demais complicada não só pelas divergências doutrinárias, também em virtude das dificuldades que rondam o tema, haja vista que a mesma está em constante movimento, acontecendo a todo instante diante de nós em nós, porém inúmeras teorias em seu momento e contexto histórico-social tendem a explicar o surgimento da vida.

Holanda (1994, p. 212), em seu dicionário define vida (do latim vita):

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

De maneira ampla, considera-se tradicionalmente vivo um ser que: “exibe fenômenos como crescimento, produção de novas células, armazenamento de energia e massa, movimento, reprodução, além de respostas a estímulos pelo menos uma vez durante a sua existência” (Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vida>. Acesso em maio de 2010).

Vários, pode-se dizer que são os estudos referente a definição do termo, se nos remetermos ao estudo de cunho biológico, nortearmos na ideia de que esta não seja mais do que um simples fenômeno que anima a matéria, e sendo tradicionalmente matéria definida por

Valle (1997, p 12) como “tudo aquilo que possui massa e ocupa lugar no espaço”, nos confrontaremos com um sentido ainda muito vago para a grandeza que delinea a vida como definição.

Diante dessa discussão há na atualidade uma tendência por exclusão de definir vida como tudo aquilo que não está morto, porém é possível dizer, que esta é uma explicação por demais incompleta para qualquer discussão que rodeie não só a definição como o próprio sentido da vida.

O que juridicamente é possível afirmar está no fato de que “a vida é o centro gravitacional sobre o qual orbitam todos os outros direitos do gênero humano”, (Disponível em <http://www.pgj.ce.gov.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=21>. Acesso em maio de 2010). Logo por seguinte temos como consequência assegurada em nossa legislação o direito à vida, no qual se delinea todas as outras situações, quer sejam jurídicas, políticas, econômicas, morais ou religiosas do ser humano.

1.2 Teorias acerca da origem da vida

A questão sobre a origem da vida nos remete a um amplo debate, no qual filosofia, religião e ciência entram em cena para construir diferentes concepções sobre esta, principalmente a vida humana, haja vista que o homem é um ser dotado de características que o diferencia do restante dos animais.

É fato que as primeiras manifestações sociais e religiosas do homem já buscavam respostas para essa questão. Neste âmbito de acordo com o Professor Marcos Mello, a teoria criacionista é a que tem maior aceitação a cerca da origem (Disponível em <http://marcosmelohistoria.blogspot.com/2009/03/origem-do-homem.html>. Acesso em maio de 2010).

De forma direta o criacionismo é a “teoria que explica a origem dos seres vivos por criação” (Disponível em http://www.renascebrasil.com.br/f_criador3.htm. Acesso em

maio de 2010), sendo esta altamente contrária a chamada evolução espontânea, sendo de suma importância ressaltar que a criação busca o sentido dado à formação do universo e dos seres vivos.

O cristianismo que lidera essa teoria adota a Bíblia como fonte explicativa sobre a criação do homem, e segundo esta narrativa bíblica, o homem foi concebido depois que Deus criou céus e terra, que não deixa de forma ampla de ser sinônimo de vida nas conceituações atuais. Este é o homem que também foi feito a partir do barro, e teria ganhado vida quando Deus assoprou o fôlego da vida em suas narinas.

No decorrer dos séculos, várias hipóteses surgiram sobre a origem da vida na Terra. É importante lembrarmos de Aristóteles no século IV a.C. que acreditava na existência de certos princípios ativos ou forças vitais no surgimento da vida a partir de substâncias inanimadas. Fundamentando-se nessa idéia surgiu assim a teoria da abiogênese ou geração espontânea que trata como crença de que a vida poderia surgir a partir de água, lixo, sujeira e outros restos. A doutrina de Aristóteles dominou os meios científicos por aproximadamente dois mil anos, e só em 1864 que Pasteur propõe que a vida surge sempre a partir de outra forma de vida semelhante e não de uma matéria inorgânica. (Disponível em <http://www.ufmt.br/bionet/conteudos/15.07.04/abiogenese.htm>, acesso em junho de 2010)

Assim em 1864, o químico e biólogo francês Louis Pasteur realizou algumas experiências em frascos com caldo de carne, e demonstrou que não existe “ no ar ou nos alimentos qualquer que seja princípio ativo capaz de gerar vida espontaneamente”. (Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/origem-da-vida/abiogenese-x-biogenese.php>. Acesso em junho de 2010.) Assim surgiu a teoria da biogênese, que defendia a ideia de que a vida só poderia surgir a partir de uma vida pré-existente.

Como essas teorias foram posteriormente derrubadas, novas teorias foram surgindo é o caso da Cosmozóica, que não são mais que “várias hipóteses que nunca se transformaram em uma teoria propriamente dita.” (Disponível em <http://www.sofi.com.br/node/108>, acesso em junho de 2010.) Diante dessas hipóteses a vida teria aparecido na Terra pela proliferação de microrganismos que viajaram no espaço e teriam caído então no solo terrestre.

No que se refere à Teoria Cosmozóica, as hipóteses que sustentavam essa teoria foram descartadas, pois de forma alguma um microrganismo poderia sobreviver no espaço sideral, sujeito à radiação ultravioleta, raios cósmicos e baixíssimas temperaturas, além disso, mesmo que chegando seria impossível chegar à Terra dentro de meteoritos, pois estes quando entram na atmosfera terrestre, quase sempre se pulverizam.

Dentro do âmbito da bioética já é possível falar na teoria auto-organizacionista, patrocinadora do entendimento de que o surgimento da vida decorre da auto-organização de compostos orgânicos simples em macromoléculas, formadoras das protocélulas primordiais. (Disponível em artigos. netsaber.com.br/ resumo_ artigo_3906/ artigo sobre bioetica: quando começa a vida humana. Acesso em maio de 2010)

É preciso destacar uma teoria que ganhou o mundo com seus conceitos que é a Teoria Evolucionista, liderada por Dawrvin, entre 1809 e 1882 com contribuições de Lamarck, Wallace e diversos outros pesquisadores, segundo estes evolucionistas, por obra do acaso, a bilhões e bilhões de anos atrás aconteceu uma explosão (Big Bang) que deu origem ao universo. E nós seres humanos, somos produto do tempo impessoal.(Disponível em <http://www.consciencia.org/charles-darwin-resumo-biografia-selecao-natural-e-evolucionism>. Acesso em junho de 2010)

Essa teoria basicamente consiste em admitir que, de forma espontânea e gradual com condições ambientais diferentes das que existem hoje entidades moleculares tenham se combinado sucessivamente dando origem a principio a novas moléculas classificadas como orgânicas, e logo depois, a moléculas mais complexas por justaposição das primeiras que cientificamente chamamos de polímeros que assim finalmente, geraram estruturas moleculares complexas, constituindo entidades isoladas do meio, com capacidades metabólicas e de reprodução, sujeitas às leis da evolução.

Não podemos nos abster em elucidar que existem inúmeras outras teorias, porém que não ganharam tamanha repercussão como as supra citadas. O fato é que não há consenso entre as mesmas, gerando ainda hoje inúmeras discussões sobre a origem da vida.

No aspecto de surgimento da vida, compete-nos analisar o início da vida humana, sendo ela objeto primordial de nosso estudo, haja vista que a mesma como o conceito ampliado de vida também tem sido palco de contradições e discussões.

1.3 Como surge a vida humana?

Se nos perguntarmos hoje quando começa a vida humana, podemos cair em uma equivocada interpretação, pois como vimos diante de tantas teorias, abrimos a indagação da possibilidade de afirmar que a vida humana não começa, apenas continua, tornando mais coerente nos perguntarmos quando é possível dizer que há um novo indivíduo. Esta resposta em nosso entendimento é simples: na fecundação.

A vida humana é “o bem mais precioso entre todos os demais” (Disponível em http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_15952/artigo_sobre_a_pessoa_humana_confiada_a_si_propria_para_os_outros, acesso em junho de 2010), sendo que esta para nós, começa com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino, isto é, com a fecundação do óvulo.

O ciclo de vida do ser humano é semelhante ao de outros mamíferos placentários. De uma forma simplificada, o zigoto divide-se dentro do útero da mulher e se torna um embrião que, ao longo de um período de trinta e oito semanas (9 meses) de formação do feto, vai crescendo até que ao fim desse intervalo, vem ao mundo um novo bebê, já sujeito de direitos e deveres. (Disponível em <http://pt-br.paperblog.com/ciclo-vital-i-meiose-26786>. Acesso em junho de 2010)

Tanto na espécie humana como em outras espécies animais, a formação de novos indivíduos se dá habitualmente pela união de um espermatozóide com um ovócito, conhecido mais comumente como óvulo, sendo essa união conhecida popularmente como fecundação.

O espermatozóide como o óvulo são células, e ambas estão vivas no momento de unirem-se e sempre o estiveram, já que se formaram a partir de outras células vivas, ao unirem-se dão origem a uma célula única chamada zigoto, que também está viva. Se os

gametas (espermatozóide e óvulo) que se uniram eram humanos, o zigoto resultante também é um novo ser humano, uma nova vida humana.

A fecundação ocorre habitualmente na trompa de Fallópio, que é um tubo que conecta o ovário com o útero. O zigoto resultante da fecundação é uma célula que tem a potencialidade de desenvolver-se e chegar a ser um humano constituído por milhões de células, do mesmo modo que uma semente pode chegar a ser uma árvore através de um processo de crescimento e desenvolvimento.

Para que o zigoto possa chegar a ser um embrião, um feto, um recém-nascido ou uma pessoa adulta, é necessário desenvolver-se, aproximadamente 3 a 4 dias depois da fecundação, se o zigoto desenvolveu-se normalmente, estará constituído por 8 a 10 células e passa ao útero, onde continua desenvolvendo-se, imerso no escasso fluido que chega a cavidade do útero. (Disponível em www.ipas.org.br/rhamas/arquivos/nocoes.doc. Acesso em julho de 2010)

Nesta cavidade alcança o estágio de desenvolvimento que conhecemos por mórula e posteriormente o estágio de blastocisto.

Antes de implantar-se o blastocisto tem aproximadamente 200 células. As maiorias destas células estão destinadas a formar a placenta e outros órgãos que mais tarde se eliminam. Em torno de 7 a 10% das células do blastocisto estão destinadas a formar o embrião. (Disponível em www.ipas.org.br/rhamas/arquivos/nocoes.doc. Acesso em julho de 2010)

Até aqui, a mulher não tem nenhuma maneira de reconhecer que tem um novo indivíduo em seu útero, porém ele já existe.

Por volta do 7º dia de desenvolvimento, o blastocisto humano se aninha ou implanta na parede interna do útero, chamada endométrio. Para que isto ocorra, é preciso que o endométrio se tenha tornado receptivo pela ação que exercem sobre ele os hormônios do ovário, que basicamente são o estradiol e a progesterona. A implantação consiste na submersão do blastocisto neste tecido materno. (Disponível em www.ipas.org.br/rhamas/arquivos/nocoes.doc. Acesso em julho de 2010)

A partir da implantação, o corpo materno reconhece de um modo evidente que há um novo indivíduo em desenvolvimento e começa a reagir à sua presença.

O óvulo após fecundado carrega consigo já toda a carga genética e cromossômica necessária, isto é, toda a capacidade para alcançar o seu pleno desenvolvimento. Pode dizer-se que no exato momento que o óvulo é fecundado não é uma possibilidade de vida humana, mas uma vida humana cheia de possibilidades. Ele mesmo dirigirá o seu próprio desenvolvimento se protegido e respeitado.

No que se refere a tal questão é permitido indagarmos como evolui o direito diante dos meios de interrupção, tendo em vista que a vida é direito de todos.

1.4 Direito à vida

A palavra VIDA é conceituada no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, sob diferentes aspectos, nos quais os que mais nos interessam, no que pertine ao Direito à Vida, são os seguintes: o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência, motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito, o conjunto dos acontecimentos mais relevantes na existência de alguém, meio de subsistência ou sustento necessário para manter a vida (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2001, p. 2858).

Impossível falar em vida e na sua tutela, sem relacionarmos a luz da psicologia nas palavras de Chaves (1994, p. 16):

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?

O autor acima citado aduz ainda que o conceito de vida, proveniente da Psicologia, é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma “alma” e um “corpo”.

O direito à vida deve ser associado ao direito à conservação da vida, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, mas não pode dela dispor, apenas justificando ação lesiva contra a vida em casos de legítima defesa e estado de necessidade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, reza que: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.” (Parte III, art. 6, disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm/, acesso em maio de 2010 às 17:30h).

O Art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988, assegura a todos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida: “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”.

Diante desse referido artigo acentua Moraes (2000, p. 61), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos”.

Segundo Diniz (2001 p. 22-24): “O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade”. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

A vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um

dever absoluto “*erga omnes*”, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Este é cláusula pétrea, o que o torna intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar.

A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes. Segundo Miranda (1971, p. 14): “O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela”, e esse direito também é estendido ao feto que está sendo gerado e protegido.

Em relação às leis e outros atos, normativos, dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos.

A Constituição Federal proclama, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Um fato inovador é como tem sido a visão do Direito Civil principalmente no que trata a Responsabilidade Civil sobre o conceito amplo de vida e das relações que cerceiam o ato de viver.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A palavra “responsabilidade”, segundo o vocabulário jurídico origina-se do vocábulo responsável, do verbo responder, do latim *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou. (Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/662/responsabilidade-civil-do-advogado>. Acesso em julho de 2010)

O termo “civil” basicamente refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Inúmeros doutrinadores tentam apresentar definição para o tema. Para Diniz (1993, p. 442):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ele mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Portanto, verifica-se a existência de requisitos essenciais para a apuração da responsabilidade civil, como a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente causador do dano e o nexo de causalidade existente entre ato praticado e o prejuízo dele decorrente.

A Responsabilidade Civil como categoria jurídica que é, tem por escopo a análise da obrigação de alguém reparar o dano que causou à outrem, com fundamento em normas de Direito Civil. Assim, a responsabilidade civil pode ser conceituada pela obrigação de fazer ou não fazer ou ainda pelo pagamento de condenação em dinheiro.

Os alicerces jurídicos em que se sustenta a responsabilidade civil, para efeito de determinar a reparação do dano injustamente causado, são oriundos da velha máxima romana *neminem laedere*.¹

O uso da expressão responsabilidade civil ganhou o mundo, não só porque a diferencia da responsabilidade criminal, mas também em razão de ser apurada no juízo cível. É, portanto, na esfera do Direito Civil, o ramo que se indaga, tramita, litiga e decide para que se exija a reparação civil, que vem a ser a sanção imposta ao agente ou responsável causador de um dano.

É fundamental a exposição de que só a pessoa capaz, ou seja, dotada de capacidade plena tem responsabilidade própria, e quando este não possuir capacidade plena para o exercício de seus direitos, quem responde por seus atos civis é o seu responsável legal.

No caso das pessoas jurídicas, essas são plenamente responsáveis pelos atos de emissão volitiva da coletividade representada.

Quanto às sociedades, pessoas jurídicas de direito privado, estas podem ser sociedades de fato, ou irregulares caso em que não possuem registro de seu contrato social na junta comercial que seja competente. “Estas não possuem personalidade jurídica, portanto não há autonomia patrimonial em relação aos sócios, e a responsabilidade da sociedade é solidária a desses.”(Disponível em <http://www.angelfire.com/ar/rosa01/direito119.html>, acesso em junho de 2010)

O importante é relevarmos que, tanto a responsabilidade civil como a penal, advém do ato ilícito, portanto, ambas possuem o mesmo fato gerador, ou seja, o comportamento humano. Enquanto o Direito Penal dá atenção ao agente criminoso e sua repercussão no contexto social, o Direito Civil prioriza a vítima, a fim de restaurar-lhe de forma prática o prejuízo causado pela violação de seu direito.

Em uma análise sociológica, é possível enfocarmos a responsabilidade penal visando exclusivamente à paz social, e a responsabilidade civil buscando impor a determinada

¹ O termo *neminem laedere*, é uma expressão do antigo império romano relacionada ao sentido de não lesar a ninguém.(Disponível em <http://www.tudodireito.com.br/aula.php?disc=4&cod>. Acesso em junho de 2010)

pessoa à obrigação de indenizar o dano causado a outrem, tendo como finalidade precípua o restabelecimento da situação anterior.

Outro fato comum é o desencadeamento das duas responsabilidades pela mesma conduta do agente, simultaneamente onde Estado aplica sanção penal e autoriza à vítima a postular a reparação dos danos sofridos.

2.2 Noções históricas da Responsabilidade Civil

Se analisarmos toda a estrutura histórica, vamos perceber que antes da Responsabilidade Civil, estivesse presente nos corpos legislativos das nações ocidentais, e da doutrina, sua noção no que se refere em decorrência do dano já permeava as mais primitivas relações humanas.

Se formos objetivos perceberemos que a evolução da necessidade demonstrada e exigida pela sociedade em ver satisfeita sua pretensão de obter compensação pelo prejuízo causado por outrem, foi lenta. Podendo assim afirmar que esta só passa existir de forma objetiva com a solidificação da responsabilidade civil, da atribuição de culpa e seus conseqüentes ônus.

Neste sentido, Barros (1993, p. 392), cita com muita precisão o raciocínio dos Mazeaud: “a ação de ressarcimento nasceu no dia em que a repressão se transferiu das mãos do ofendido para o Estado”.

Logo a princípio, a história da responsabilidade civil abrange as questões envolvendo o surgimento dos primeiros conflitos de interesses e sua conseqüente solução encontrada para estes na primitiva e até mesmo parcial justiça privada, que como resultado quando muito punia de forma geral um grupo social pelo crime que um de seus integrantes praticava.

Podemos conceituar a segunda etapa desta evolução com o Estado assumindo a atribuição de apaziguar os ânimos e solucionar as pretensões insatisfeitas, institucionalizando o então caráter punitivo, cotidiano às primeiras civilizações, em detrimento ao instituto do ressarcimento.

O Código de Hamurabi, imposto pelo célebre imperador babilônico, dois milênios antes da era cristã, consagrava um dos princípios mais conhecidos no âmbito do direito; o do *olho por olho, dente por dente*, mais tarde sacramentado pelos romanos como a Lei de Talião².

O Código de Hamurabi punia o causador do dano com sofrimento igual. Assim, a civilização helênica instituiu o conceito de reparação do dano causado, com sentido objetivo, e independente da violação das normas predeterminadas.

No que se refere ao conteúdo de seus dispositivos podemos analisa-los hoje como rígidos e inflexíveis por vezes cruéis. “Essa legislação apresenta um caráter forte de recepcionar primeiramente uma noção de vingança delimitada pelo Estado, para só depois apresentar, lacunosamente, ideias pertinentes às modernas indenizações, como hoje são conhecidas por toda a nossa sociedade.” (Disponível em <http://fefeticacidadania.blogspot.com/o-direitode-nao-ter-direito.html>. Acesso em julho de 2010).

O fato é que não havia, no momento de efetivar a responsabilização, uma distinção formal entre ilícito civil e criminal, na forma em que os regramentos atuais procuram classificar; não obstante sendo aplicada oficialmente pelo Estado, a sanção invariavelmente passava da pessoa do responsável pelo crime ou dano, atingindo mesmo o patrimônio e a própria vida de terceiros desvinculados das relações entre as partes envolvidas, não considerando-se natureza jurídica alguma, nem o agente individual, o que atualmente configura-se uma prática abominada integralmente pelos modernos ordenamentos jurídicos, com sua constitucional concepção, no caso do Brasil, de que a pena não deve passar da pessoa do condenado.

² A lei de talião (do *latim* *lex talionis*: *lex*: lei e *talis*: tal, aparelho que reflete tudo), também dita pena de talião, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena - apropriadamente chamada *retaliação* (Disponível em http://wapedia.mobi/pt/Lei_de_tali%C3%A3o, acesso em julho de 2010)

O conceito prático de indenização, ressarcimento ou compensação ainda encontrava-se bastante confuso. Logo se por acaso um filho de determinada pessoa falecesse em decorrência, por exemplo, do desabamento do prédio que era moradia para uma família, o engenheiro que foi responsável pela obra era/ deveria ser punido na pessoa de seu filho, que por consequência seria morto, como uma espécie de imolação como compensação pelo sinistro. Sendo esse mesmo critério utilizado em situações de fraturas, mutilações e outras espécies de danos, causados por culpa ou dolo. Assim estávamos diante de nada mais que a estatização da justiça privada, com suas lacunas e imperfeições óbvias.

Após esse amplo período histórico surge a ideia de que a composição, na qual a vítima não podia mais fazer justiça com as próprias mãos, levando-se a aceitar o acordo fixado pela autoridade. Ao caminhar do tempo, com o uso da composição foram sendo fixadas as penas indenizatórias, de acordo com o dano causado.

A partir dessa concreta noção surge então a necessidade de separar os delitos em dois grandes ramos; os públicos e privados. Os públicos eram ofensas mais graves, que de certa forma perturbava a ordem, e eram reprimidos pela autoridade, já os privados a autoridade apenas intervinha para fixar a composição, afim de evitar maiores conflitos.

Nesse instante surge a distinção da responsabilidade penal da civil. Nesse instante é importante ressaltar que apesar da sobremaneira importância da Lei das XII Tábuas³ em relação à definição da responsabilização, foi na Lei de Aquília⁴ foi que surgiu um princípio geral de reparação de dano, originando-se a expressão “culpa aquiliana”⁵, designando a então responsabilidade extracontratual em oposição à contratual.

Algo que merece destaque foi a substituição das penas fixas para indenizações proporcionais aos danos causados, logo, “dano que não causava prejuízo, não dava lugar à indenização”.

³ Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae*, em *latim*) constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano. Formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum*, que eram as antigas leis não escritas e regras de conduta. (Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_das_Doze_T%C3%A1buas. Acesso junho de 2010)

⁴ Também conhecida como *lex Aquilia* que era a Roman lei qual forneceu a compensação aos proprietários da propriedade feridos por alguém falha (disponível em <https://www.saudedireta.com.br>. Acesso maio de 2010)

⁵ A culpa aquiliana decorre de uma relação jurídica que se estabelece em razão de ato ilícito - negligência, imprudência ou imperícia (<https://www.saudedireta.com.br/.../1286546784Responsabilidade%20médica.pdf>. Acesso em maio de 2010)

No Direito Romano, a responsabilidade tinha um caráter genuinamente objetivo. A indenização não consistia no elemento representativo da soma paga, e sim na pena. Somente se considerava a causalidade pura e simples. Com os Códigos justinianeus a noção de culpa passou a subjetivar a responsabilidade. Originou-se a necessidade de diferenciar-se os termos: injúria e culpa. Sendo a primeira expressão representação dos casos de um dano produzido sem direito, ou seja, quem quer que produzisse um dano sem nenhum direito permanecia obrigado, ainda que, para evitar o fato, houvesse se procedido com a mais escrupulosa diligência e cuidado.

Diante da apresentação da noção de culpa, a jurisprudência clássica isentou o agente de toda e qualquer responsabilidade quando houvesse procedido sem culpa. Dessa forma, a culpa foi considerada elemento básico da responsabilidade.

No período final da República, para Caio Mario da Silva Pereira a expressão injúria, ou ato contrário ao direito, tornou-se sinônima de culpa, o dano é resultado de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa (disponível em <http://www.ebah.com.br/caio-mario-da-silva-pereira-responsabilidade-civil-doc-a83054.html>).

Assim o Direito Romano evoluiu da vingança privada ao princípio básico de que não é lícito fazer justiça com as próprias mãos, com a imposição da autoridade do Estado; evoluiu da pena como reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por instituição do elemento subjetivo de culpa é importante ressaltar que nos últimos estágios de desenvolvimento do Direito Romano, não se cogitava apenas os danos materiais, mas também os danos morais, que é objeto direto de nosso estudo.

2.3 Responsabilidade Civil no Brasil

Com o Código de 1916 surge então a codificação das leis como pressuposto fundamental que findou-se como positivismo, o qual se estabelecia como instrumento de regulação da conduta humana socialmente considerada, no qual o Estado, por meio de suas

instituições Legislativa, Executiva e Judiciária e agentes políticos representava as próprias vontades subjetivas na criação, execução e aplicação das leis.

Um marco foi a então lei 3.071/1916 (Código Civil de 1916, que, regulava os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações), que compilou num único documento todas as normas de regulação dos direitos e obrigações civis, que conhecemos como Código Civil cujos princípios basilares são herança significativa do Direito Romano.

A necessidade de desenvolvimento de uma economia de mercado como resultado do fortalecimento da propriedade privada, do surgimento da indústria, do desaparecimento da mão-de-obra escrava para dar lugar ao salário, do desenvolvimento da atividade bancária, do acúmulo de capital como fonte propiciadora de negócios voltados ao investimento e consumo de bens e serviços, entre outros fatores mais, deu origem à outras necessidades, como a de se criar um sistema jurídico que fosse compatível e viável a satisfazer esses novos anseios através de uma segurança jurídica que deveria necessariamente, nortear as relações sociais e comerciais que vinham se estabelecendo.

A evolução do direito das obrigações e da teoria contratual revelou sua importância para a sociedade do século XX, uma vez que, permitiu que as relações que se formavam continuamente a partir deste período fossem abrangidas basicamente pela liberdade, legalidade e exequibilidade, tendo o patrimônio como seu lastro e a responsabilidade civil como instituto imprescindível à proteção jurídica que deveria ser conferida às relações civis de direitos e deveres gerais sejam aquilianas ou extracontratuais e às relações civis específicas constituídas por meio de instrumentos contratuais.

A responsabilidade civil era prevista na Lei 3.071/16 em sua parte geral e especial da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art. 1.518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

O instituto da responsabilidade civil como parte integrante dos direitos obrigacionais previstos na lei privada era definido necessariamente pela conduta do agente, seja por ação ou omissão, pela culpa tanto por negligência, imprudência ou imperícia, e pelo prejuízo efetivamente causado e pela relação de causalidade entre a conduta e o dano.

Com o decorrer dos anos e com advento das relações internacionais, na vigência do Código de 1916, o Brasil passou por significativas transformações políticas e econômicas, influenciadas pelas maiores potências capitalistas, que impuseram ao sistema jurídico a necessidade de criar normas que as legitimassem.

Diante dessas novas relações surge uma concepção mais aprimorada de caráter patrimonial, a qual passou de uma definição limitada aos bens materiais e fungíveis para uma noção mais abrangente que incluiria as ideias, os direitos, a honra e a reputação social do sujeito como bens susceptíveis de proteção jurídica independente.

Assim danos morais passam a existir como instituto jurídico autônomo e eficaz, sofrendo forte influência do sistema jurídico norte-americano, impondo adaptação interpretativa ao Código Civil de 1916 com vistas a sua integração, o qual apesar de não o definir expressamente, passou a ser aplicado analogicamente através do dispositivo da presente lei em seu art. 1.553, *in verbis*: “Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização” (Artigo 1.553 presente no Código Civil de 1916).

Um marco em nosso estudo é a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual prevê no seu art. 5º, inciso X, o direito à indenização por danos morais de forma expressa e inquestionável. Assim a Lei 3.071/16 deixou de ser aplicada apenas analogicamente com o fito de integrar a proteção dos danos extra patrimoniais à Ordem Jurídica, para ser adaptada ao que se passou a denominar de interpretação conforme a Constituição. Vislumbremos o art.6º da Constituição Federal, *in verbis*:

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Os Danos Morais no final do século XX ganharam maior relevância, chegando ao patamar Constitucional de proteção jurídica, tornando forçosa uma adaptação do art. 159 da Lei 3.071/16 às novas necessidades sociais que retratavam a evolução jurídica em favor da nova complexidade que se estabelecia na sociedade brasileira. Logo o art. 159, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”(Artigo 159 presente no Código Civil de 1916).

Diante da nova estruturação foi possível visualizar uma amplitude constitucional de forma a estender a aplicação das expressões violar direito e/ou causar prejuízo a outrem, aos direitos sobre a propriedade intelectual, sobre a honra, a dignidade, os sentimentos e aos prejuízos de ordem imaterial, cujo objeto de proteção também passou a serem os direitos inerentes da personalidade humana.

É de suma importância lembrar que ao lado da evolução do direito obrigacional no caminhar do século XX, a noção de patrimonialidade também foi aperfeiçoada, superando-se a barreira do físico, material para abranger a dos bens incorpóreos, tornando superada e obsoleta a diferença que se fazia entre direito patrimonial e direito extra patrimonial.

Cada vez estava-se diante de uma sociedade intensivamente moderna como convivemos nos dias de hoje, passível de compreensão e novas alternativas para a solução de novos conflitos que não paravam e não param de surgir, o que exigiriam do sistema jurídico a criação de novas hipóteses para atender às necessidades da evolução política, social e econômica, como, por exemplo, a questão do subjetivismo do dano moral que, a princípio, impediria sua quantificação para fins de indenização, tendo em vista a sua impossibilidade de aferição econômica, sendo que, o arbitramento judicial previsto no já supramencionado art. 1.553 da Lei 3.071/16 era a única hipótese tipificada a ser considerada.

Com essa necessidade e evoluir no modo da justiça atuar foi então aprovada a Lei 10.406/2002, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Novo Código Civil.

No novo Código, a legislação que regula a responsabilidade civil está dimensionada no título direito das obrigações- Parte Específica, o que configura hoje o maior livro do Código Civil, mais especificamente nos art.927 a 954.

Se fizermos um breve comparativo entre os dispositivos contidos no Código Civil de 1916 e no atual, vislumbraremos a demonstração da preocupação do legislador em tornar mais abrangente e clara o instituto dos atos ilícitos e da responsabilidade civil. Observemos o texto do art. 927 do atual código:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Outro fato interessante está na propositura do atual Código Civil que, satisfazer antigos anseio de estudiosos do direito no que se refere ao dano moral, visto que o dano moral é matéria de ampla discussão em todas as relações interpessoais.

Enfim, as modificações introduzidas pelo Novo Código Civil acerca da Responsabilidade civil são bastante oportunas, haja vista que as disposições anteriores eram por demais limitadas, considerando os avanços experimentados pela sociedade, desde o início do século passado, quando a vigorava o antigo Código Civil.

Uma das grandes responsáveis por essa nova perspectiva no direito foi a Constituição Federal, que traz no seu título II os direitos de personalidade e sobre estes quando lesados reparação, garantindo a indenização por dano material ou moral.

O fato é que na atualidade, com o avanço da tecnologia de que a humanidade dispõe, aliada à velocidade de informações com as suas várias versões, e ao estreitamento das relações sociais já faz-se necessário, também, um avanço na legislação concernente à responsabilidade civil, principalmente na sua relação com a vida e os meios que a interrompem como o aborto.

3 ABORTO

3.1 Relações e Conceito do Aborto

O direito à vida é o fundamento de todos os demais direitos. Tendo esse início na concepção, assim todo patrimônio genético do novo ser já se encontra determinado no óvulo fecundado.

Desde o primeiro instante já está programado aquilo que será o novo ser vivo, uma pessoa individual, com características já bem determinadas, assim desde a fecundação, se tem início a uma aventura de uma vida humana com as numerosas potencialidades que caracterizam a pessoa humana.

Para a ciência genética moderna, a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida, que não é a do pai nem a da mãe, mas sim a de ambos que se desenvolve e nunca poderia tornar-se humana, se não o fosse já desde então fonte de cuidados dos mesmos.

Abortar de forma simples é o ato de interromper a gravidez antes do bebê atingir a capacidade de viver fora do organismo da mãe. Sua origem provém do latim “*aboriri*”, que significa “separar do lugar adequado” (Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5026. Acesso em agosto de 2010).

Tardieu, Zancarol e Garraud (apud DINIZ, 2001, p. 31) entendem ser o aborto: (...) a expulsão prematura, violenta e intencionalmente provocada do feto, independentemente das circunstâncias de viabilidade, idade e formação regular, não considerando aquelas hipóteses em que se tem aborto sem que seja expelido o produto da concepção, que poderá ser absorvido pelo organismo da gestante ou, então, sofrer o processo de mumificação (...)

Já para Magalhães de Noronha, Aníbal Bruno, Néelson Hungria (apud DINIZ, 2001, p. 31), entre outros, o aborto é tido como: “a interrupção da gestação, seguida ou não de expulsão do produto da concepção, antes da sua maturidade, abrangendo, assim, para sua configuração, o período que vai desde a concepção até o início do parto”

O dicionário é explícito ao dizer que abortar é “dar à luz antes da viabilidade no nascituro; ter mau sucesso (...)”, e por conseguinte, aborto é “Ação ou efeito de abortar, o mesmo que abortamento (...)” (BUENO, 1992, p. 08).

Inúmeros são os pontos de vista a respeito do tema, tanto no âmbito legal onde a lei que coíbe na maioria dos casos a prática do aborto, quanto no âmbito religioso, com toda a força das igrejas Cristãs, que vem pregando que o aborto é um crime contra a vida de outra pessoa.

Por outro âmbito, temos o lado social em questão que são as condições financeiras, o nível de instrução de parte do nosso País, onde a decisão de abortar pode ser tomada em qualquer lugar e a qualquer momento, haja vista que inúmeras são as clínicas clandestinas prontas a realizar a vontade da mulher que pretende praticar tal ato.

Existem aqueles que defendem a legalização do aborto, tendo como tese o fato de que haverá um melhor controle e melhores condições estruturais para a mulher, em todos os sentidos, satisfazer sua vontade, praticando assim, um aborto seguro. Isso na visão de algumas pessoas evitaria a morte de muitas mulheres que, com um pouco de irresponsabilidade, se submetem a práticas abortivas precárias em clínicas não legalizadas.

Quando falamos de aborto é interessante pensarmos que na perspectiva histórica nem sempre ele teve sua prática recriminada. De forma mais clara, a prática ficava impune se não resultasse prejuízo à saúde ou morte a gestante.

3.2 Contexto Histórico do Aborto



Quando se fala em aborto, este sempre esteve presente na história e nas relações do direito. O ato de abortar é milenar, existente desde os primórdios da humanidade, embora apresente como marca inicial registros feitos na China durante o século XXVIII antes de Cristo.

Podemos constatar que a prática do aborto sempre foi utilizada nos quatro diferentes pontos do globo terrestre. Entretanto, os povos primitivos, em sua maioria, não previam o aborto como um ato criminoso mais se limitava a propor considerações de cunho religioso e moral.

Uma referência na história foi o Código de Hamurabi, que contribui no espaço do tempo trazendo em seus dispositivos algumas referências ao termo, que somente era passível de punição quando praticado por terceiros, deixando de ser objeto de tratamento em seus dispositivos o fato de ser praticado pela gestante, como é possível analisarmos, *in verbis*:

209 - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

210 - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

211 - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.

212 - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.

213 - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.

214 - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.

Como é possível analisarmos nas disposições do Código de Hamurabi, é possível desde então uma legislação diferenciada baseada no princípio de “olho por olho dente por dente”. O aborto como crime contra os interesses do pai e do marido, que era prejudicado e ofendido economicamente, e uma lesão à mulher.

Grécia e Roma, na Antiguidade, ainda não previam pena à prática do aborto, sendo o aborto considerado produto da concepção como parte do corpo da gestante, dessa forma a mulher que praticasse tal ato não fazia nada mais que dispor do seu próprio corpo, logo o aborto era permitido, e era um meio de controlar o excesso populacional.

Algo interessante é que diferentemente, Esparta proibia o aborto e, isso acontecia pelo fato que Esparta estava muito ligada à defesa militar, sendo assim o aumento populacional era fundamental para a formação dos exércitos espartanos. Apesar de ser proibido o aborto, nos casos de nascimento de criança com má formação ou deficiência física aparente, o Estado decidia o destino destes, que geralmente eram mortos e posteriormente jogados do monte Taijito.

Por volta do ano 200 d.C., em Roma, Séptimo Severo passou a punir o aborto quando cometido por uma mulher casada era considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo sua prática castigada. No entanto a mulher solteira estava livre de tal acusação, não sendo de nenhuma forma legal impedida de praticar o ato.

Quando falamos em Roma, é importante ressaltar que por aquela região só passou-se a incriminar o aborto quando este era praticado por meio de preparo de veneno utilizado em porções abortivas. Nessa circunstâncias as penas para quem preparava esta porção, era o serviço forçado em minas, o confisco de bens ou até a deportação, mas caso a gestante morresse em decorrência do aborto, a pena era de morte para quem houvesse provocado o aborto.

De fato mesmo, foi na Idade Média com o Cristianismo que a punição referente ao aborto se generalizou, pois agora sim havia uma reprovação social movida pelo movimento, passando o aborto ser encarado como homicídio.

Assim é importante citarmos que Platão, por exemplo, preconizava o aborto em toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos, sendo Platão e Aristóteles grandes precursores das teorias malthusiana.

Santo Agostinho, influenciado pelas ideias aristotélicas pregava que o aborto só seria crime quando o feto já tivesse recebido alma.

Um novo entendimento surgiu então nesse período, onde o feto era dotado de alma; e não era mais considerado como uma parte integrante da mãe, por isso havia punição para o aborto, o complexo para época era a divergência quanto ao momento em que o feto adquiria alma.

Não havia uma certeza quanto ao momento, alguns afirmavam que era no 40º dia de gravidez, outros diziam que era no 60º dia, e outros, ainda, indagavam que seria no 3º mês da gestação. Por causa de tamanha dificuldade em determinar o instante exato que o feto adquiria alma, começou-se a utilizar do critério feto animado e inanimado.

O critério do feto animado ou inanimado era baseado nos movimentos fetais do ventre da mãe. Estes eram que indicavam sua animação, sendo assim um ser vivo, dotado de alma aquele animado e assim a lesão sobre este ser seria punida.

A *Constitutio Bamberguensis* (Código Criminal de Bamberg, cidade situada na Alemanha), de 1507; e a *Constitutio Criminalis Carolina* (Código Criminal de Carlos V) publicado em 1532, foram os primeiros institutos a tratar do aborto como crime. Os mesmos igualavam o aborto ao homicídio, distinguindo o feto com vida (animado) e o feto sem vida (inanimado). (Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/>. Acesso em Agosto de 2010).

Na Alemanha, a sua legislação considerava o aborto como forma de feitiçaria ou crime especial de homicídio. Essa ideia foi integrada à Igreja, o que levou à elaboração da *Constitutio Criminalis Carolina*.

É bom lembrarmos que a *Constitutio Criminalis Carolina* cominava pena de morte por meio de espada para quem fizesse aborto em alguma mulher, e punia com morte por afogamento a mulher que provocasse aborto em si mesma.

Dentro do âmbito da evolução histórico, nesta mesma época, na França, o aborto era punido como crime gravíssimo com pena de morte, porém sem usar da distinção entre o feto animado e inanimado.

Assim diante das ideias e ideais do cristianismo acabou-se reformando o direito antigo, que passou a incriminar o aborto como homicídio. Assim quase todos os povos começaram a incluir o aborto em suas legislações e punindo os infratores com penas que variavam desde a pena de morte a uma simples multa.

No século XVIII, diante das punições exaustivas, começam a surgir movimentos que buscavam o abrandamento das penas e até mesmo a então descriminalização do aborto o que levou, aos poucos em muitos países à substituição da pena de morte pela pena prisional.

Perante as novas ideias de descriminalização do aborto e de abrandamento da pena, o então Código Russo de 1926 e o Código Uruguaio de 1933 tutelaram a liberdade de abortar, porém diante dos inúmeros danos e dos graves efeitos do aborto, pouco tempo depois os dois institutos foram revogado.

Entanto cabe salientar que 1955, a Rússia retomou esse posicionamento e o aborto foi novamente legalizado.

Um marco para a discussão do tema foi a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento ocorrida no Cairo, em 1994. Esta de certa forma é considerada um marco para as legislações e as políticas internacionais e nacionais acerca da prática do aborto.

Podemos considerar que antes da referida conferência do Cairo, o tema do aborto não compunha de certa forma a agenda de saúde pública de inúmeros países.

As conclusões desse fórum reconheceu que as complicações do aborto apresentam ameaças sérias à saúde pública e recomendam que, onde o acesso ao aborto não é contra a lei, ele deve ser efetuado em condições seguras.

Se tratarmos de Brasil, é importante um retrocesso ao período Imperial do Brasil, como evidencia Costa (1999, p. 19) que:

(...) o Código Criminal do Império regulamentava a matéria em seu Título II - "Dos crimes contra a segurança individual" - Capítulo I - "Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida" - Seção III - "aborto" - nos artigos 199 a 200. A sanção penal consignada nessas disposições pressupunha a prática de aborto por terceiro, com ou sem o consentimento da mulher (*in* artigo 199), assim como o fornecimento, com o conhecimento de causa, de drogas ou quaisquer outros meios para fins abortivos ainda que a intenção não se realizasse (artigo 200). (...).

Diante a legislação deste período era lícito em nosso país, o auto-aborto, ficando assim a mulher isenta de punição legal. O ordenamento jurídico visava, exclusivamente, punir ao terceiro responsável pela intervenção.

No decorrer dos anos alterações significativas ocorreram nos anos de 1890, 1940 e 1969. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas modalidades de manobras abortivas: as lícitas e as ilícitas.

É importante salientarmos que o aborto, juntamente à prática do coito interrompido, tem sido durante os séculos XIX e XX o método de controle de natalidade mais utilizado e difundido, talvez diante disso que as taxas mundiais de aborto são bastante elevadas principalmente em alguns países da América Latina e África.

3.3 O aborto e a Sociedade Atual

Falar de aborto é sempre muito complicado, haja vista que tal discussão é global e vem se perpetuando ao longo dos tempos. Entretanto, a sociedade cada vez tem buscado solucionar as questões de forma mais adequada ao meio em que vive. As leis são distintas, porém todas apresentam pontos comuns, partindo sempre da ótica histórica, moral, religiosa e cultural de cada país.

De acordo com Pacheco na atualidade são poucos os países que proíbem terminantemente o aborto. (Disponível em <http://jusvi.com/artigos/36781>. Acesso em agosto de 2010). A questão é complexa e polêmica, o que torna mais difícil comportar um denominador comum.

O número de legislações mais brandas vem crescendo rapidamente, principalmente nas duas últimas décadas. Ocorre que cada vez, vem crescendo a ideia que o número de barreiras legalmente impostas, culmina com um número assustador de abortos clandestinos e até mesmo de mortalidade materna.

Este fato fez com que nos últimos anos, praticamente todas as leis referentes ao aborto passassem a permiti-lo, se não totalmente ou menos em algumas situações específicas.

O Brasil é o maior País cristão do mundo. A quase totalidade de sua população está distribuída entre os segmentos católico, evangélico e espírita, mesmo assim o número da prática do aborto é presente no contexto social, sendo que embora haja mulheres de todas as idades e condições sócio-econômicas variadas, a maioria é de adolescentes, despreparadas para assumir a maternidade ou apavoradas com a reação dos pais e da sociedade.

3.4 O aborto e sua Relação com a Bioética

Quando falamos em bioética, este é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina e filosofia.(Disponível em <http://filosofiasofia.blogspot.com/2010/10/bioetica-lente-de-aumento.html>. Acesso em agosto de 2010).

Principalmente no campo da ética e moral. Seu foco principal é investigar todas as condições necessárias para uma então administração responsável da vida humana no seu contexto geral e da pessoa em âmbito particular.

Vislumbra-se a responsabilidade moral de cientistas e da sociedade em suas pesquisas, bem como de suas aplicações envolvendo temas como Aborto.

O aborto é, dentre todas as ramificações de estudo o foco sobre o qual mais se tem debatido. O que não significa, no entanto, que tenham ocorrido avanços substanciais sobre a questão nestes últimos anos ou mesmo que se tenham alcançado alguns consensos morais democráticos, ainda que temporários, para a questão.

A questão do aborto no âmbito da discussão bioética é um nítido exemplo tanto da tamanha dificuldade de se estabelecer fortes e necessários diálogos sociais frente a posições morais distintas.

3.5 Aborto como questão de saúde pública

O aborto pode ser analisado pela ótica de saúde pública se analisarmos perante a ideia que muitas mulheres ainda arriscam suas vidas em clínicas clandestinas de aborto, para fugir do então tido como problema gerado.

Um dos grandes problemas nesse sentido tem sido a ingestão de remédios abortivos, sem o acompanhamento médico, ignorando-se por completo, os efeitos colaterais.

A prática do aborto também não se distancia de ser uma questão política, quando envolve a saúde pública, clínicas clandestinas e o contrabando de remédios abortivos e o dito curvar-se perante às doutrinas religiosas.

Tais perspectivas também são vistas por inúmeras pessoas como base para que o aborto se torne um problema social.

Na ótica de algumas pessoas a grande quantidade de gravidez indesejada também acaba gerando problemas sociais como a sobrecarga de serviços públicos e a escassez de alimentos, além dos grandes índices de desemprego e violência.

3.6 Ordenamento Jurídico Brasileiro

As manobras abortivas estão positivadas nos artigos 124 a 128 do código penal.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro prevê duas modalidades de manobras abortivas: as lícitas e as ilícitas. As quais estão positivadas nos artigos 124 a 128 do código penal, *in verbis*:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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

Podemos notar que o artigo 124 do referido diploma legal trata do auto-aborto, no qual se configura quando a própria gestante, por sua decisão conta e risco, efetua a execução material do ato delituoso por meios químicos ou físicos, independentemente de instigação ou auxílio de outra pessoa.

O referido artigo traz consigo descrito o crime de mera conduta, onde em sua segunda parte baste que a gestante concorde, autorize, ou preste seu consentimento para que terceiro realize em si, a interrupção da gravidez, com a morte do ser ali gerado. É importante frisarmos que a anuência deve persistir durante todo o processo, ou seja, antes e durante a ação abortiva.

Dentro desse rol específico do Código Penal há também como citado a punição para o aborto praticado por terceiro. Basta que analisemos o artigo 125, que dispõe sobre o aborto provocado sem o consentimento da gestante, onde sua configuração se dá indispensavelmente por dois atos: a interrupção do estado gravídico por qualquer pessoa que não a própria gestante; e que a mesma não tenha conhecimento do estado em que se encontra.

É importante expressarmos que o aborto provocado com o consentimento da gestante que está tipificado no artigo 126 do Código, gira em torno do consentimento válido, não precisando necessariamente ser expresso.

O ordenamento jurídico submete o aborto provocado por terceiro à qualificação, conforme aduz o artigo 127. Se em decorrência das manobras abortivas efetuadas restarem à mulher lesões corporais de natureza grave, a sanção será aumentada em até um terço. Se o desfecho da situação for à morte da parturiente, a pena será duplicada.

Tal dispositivo não evidencia uma modalidade criminosa diversa, autônoma, ou de espécie diversa do crime de aborto. Cuida-se apenas de previsão legal, que somente enverga e contém o efeito relativo a exasperação da pena de duas das modalidades de crime. Não se criou um tipo novo e diferente.

Ao final o artigo 128 do Código Penal apresenta duas formas legais de aborto no Brasil, que são: o aborto necessário ou terapêutico e o aborto sentimental ou em decorrência de estupro.

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.

O aborto necessário se dá quando a gestante, orientada por profissional médico devidamente qualificado.

Além de a situação fática adequar-se a pelo menos uma das hipóteses relacionadas acima, é necessário que o ato seja praticado por um médico, ficando a paciente a seus cuidados e em condições sanitárias adequadas.

Hoje temos a certeza que a questão do aborto é centro de inúmeros posicionamentos e discussões em nosso país, o que nos leva a pensarmos sobre todas as relações que o cerca.

3.7 Inexistência de Aborto Legal no Brasil

Quando entra na sala de aula, o estudante de direito se depara com inúmeros conflitos existentes na sociedade e com suas com as legislações vigentes nos países. A questão é

que por inúmeras vezes lhe é permitido questionar. Um exemplo está na legislação aplicável ao aborto.

Sempre é possível ouvir falar por um penalista que no Brasil existem dois casos de aborto “legal”, correspondentes aos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal.

Porém não são todas as pessoas que concordam com tais distinções legais, por identificá-la como incoerente diante dos fatos que a tipificam. Esse grupo defende que uma rápida leitura nos dispositivos do artigo 128 do código penal brasileiro, deve levar-nos a concluir que no texto de lei, não está contido um direito de abortar, mas tão-somente uma não aplicação da pena após o fato já consumado. A expressão “não se pune”, que inicia o referido caput do artigo, não nos permite ir além do que tal ideia.

Segundo Ricardo Dip (1999, p. 531.):

A leitura do caput do mencionado art. 128 (“Não se pune etc.”) está, para logo, a sugerir que aí se acham causas isentas de apenamento ou, quando muito, excludentes da punibilidade, como resulta de avultado critério hermenêutico, assim referido pelo grande penalista que foi Basileu Garcia: ‘... o nosso estatuto penal usou do seguinte sistema, segundo esclarecimentos prestados por um dos autores do projeto - Nelson Hungria: a expressão ‘não há crime’ indica a presença de causas justificativas; e as expressões ‘não é punível’, ‘não é passível de pena’, ‘está isento de pena’ e outras semelhantes compreendem as dirimentes’ (I - n. 95). Está a cuidar-se das chamadas escusas absolutórias, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que ela se relaciona. Sua essência, é lição de Jiménez de Asúa, “reside em que não suprimem a ação, nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, tampouco a imputabilidade e culpabilidade, mas, utilitatis causa e por motivos atinentes à relação pessoal ou à peculiaridade da conduta concreta de um sujeito, a lei perdoa a pena” (VII - n.1963). Trata-se de causas que impedem a imposição da pena (assim se expressa Creus, 378). Consagrando uma impunidade, nada obstante a existência de uma conduta típica, antijurídica e culpável (como se define o crime); pode dizer-se, com Maurach, que aí se encontra um delito impune (§ 32 - II - 2). Assim, no CP brasileiro, acham-se, por exemplo, escusas absolutórias previstas no art. 181 (crimes contra o patrimônio praticados pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou por ascendente da vítima) e no art. 348, § 2º (no crime de favorecimento pessoal, ser o prestador do auxílio ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso). Numa frase expressiva - muito embora seu autor a considere um tanto exagerada -, Jiménez de Asúa diz graficamente: “... nas causas de justificação não há delito; nas de inimputabilidade (e, pode acrescentar-se, também nas de inculpabilidade) não há delinqüente; nas escusas absolutórias não há pena” (VII - n. 1959).

Diante do acima exposto frente a essa teoria pode-se analogicamente analisar o artigo 181, do código penal e vislumbrar-se com a hipótese vigente em nossa legislação onde não aplica pena a crimes contra o patrimônio praticado por familiares entre si, o que não leva a dizermos que os filhos têm o direito de furtar de seus pais.

No âmbito judiciário não é possível usar tal dispositivo para conceder a um filho autorização para furtar do próprio pai. De forma mais incisiva não seria assim possível um Ministro da Educação propor uma “Norma Técnica” instruindo os educadores das instituições de ensino a incluir em sua grade curricular a disciplina de “furto legal”, na qual os alunos aprendessem as maneiras mais eficientes de furtar os objetos do pai e da mãe.

Diante de tais indagações de acordo com tal corrente, todos esses abusos ocorreriam se começássemos a confundir a não punição do furto com o direito prévio de furtar, e mesmo assim o furto é um delito leve, se comparado ao aborto, pois se trata de um crime contra o patrimônio ao passo que o aborto é um crime contra um direito fundamental que é a vida.

Nessa perspectiva o artigo 128 apresenta a não punição do aborto praticado por médico, ao invés de apresentar que não se pune o médico que pratica o aborto, assim pode-se concluir que nesta situação o aborto é “legal”. Diante do exposto será que há diferença semântica entre o ato de punir o aborto praticado pelo médico e punir o médico que pratica o aborto? A corrente apresenta que não há absolutamente nenhuma, haja vista que se pode imaginar um médico cumprindo pena na cadeia por ter cometido aborto, porém não é possível e analisar a possibilidade do aborto “atrás das grades”, sofrendo algum tipo de punição, logo aplicar punição ao crime e ao seu agente são condutas iguais.

Assim é dever do médico salvar mãe e filho. Não se pode salvar um deles por meio da morte do outro. Assim de certa forma o fim, por mais nobre que seja não justifica um meio mal utilizado para alcançá-lo. Nesse âmbito o uso da palavra meio no inciso I do artigo 128 do Código Penal se torna infeliz, pois o aborto como meio jamais pode ser admitido.

Segundo Da Cruz (pág. 81), uma intervenção cirúrgica cardiovascular em uma mulher grávida pode ter como consequência a morte do nascituro. Em tal caso, a morte do

inocente não é um fim visado pela cirurgia (o fim é a cura da cardiopatia). Também não é um meio (pois não é a morte da criança que “causa” a cura da mãe). É simplesmente um segundo efeito. Para que se possa, porém, tolerar um efeito secundário mau, é preciso que o bem a ser alcançado seja proporcionalmente superior ou ao menos equivalente a ele. No caso relatado, a cirurgia não seria lícita se fosse possível esperar até o nascimento do bebê ou se houvesse outro meio terapêutico que fosse inofensivo para a criança.

No âmbito do direito natural, matar diretamente um ente humano inocente é um ato intrinsecamente mau. Ato este, que não pode ser justificado nem sequer pela boa intenção, nem pelas possíveis boas consequências, ou sequer pelo estado de extrema necessidade, ou para salvar outro inocente.

Se durante uma gestação o aborto fosse um meio para salvar a vida da gestante - e ainda que fosse o único meio - tal ato seria gravemente imoral. É dever fundamental de o médico salvar mãe e filho, e não apenas salvar um deles por meio da morte do outro. O fim, por mais nobre que seja não justifica um meio mal utilizado para alcançá-lo.

O ilustre constitucionalista Ives Gandra Martins nas suas concepções ao referente ao aborto legal, apresentadas diante dos deputados federais em audiência pública sobre a PEC 25A/95,135, apresenta ao comentar o artigo 226, § 7º, que trata do “planejamento familiar”, uma transcrição ao pé da página de um artigo seu publicado em O Estado de S. Paulo:

Todos os seres humanos são seres humanos desde a concepção. Neste momento, todos os seus componentes biológicos e psicológicos estão formados, tendo os defensores do aborto, desde a concepção, seu perfil atual delineado. A tese conveniente de que o ser humano só o seria após três meses não se sustenta, visto que ninguém foi animal irracional entre a concepção e os primeiros três meses, para depois se tornar um ser humano. É ser humano desde a concepção. Desta forma, o denominado aborto legal - que desde 1988 não é mais legal - nada mais é do que uma pena de morte imposta ao ser humano ainda no ventre materno. (...) O que pretendo deixar claro é que não há mais aborto legal no país. A lei penal, que permitia (sic) o aborto em duas hipóteses (estupro e perigo de vida para a mãe), não foi recepcionada pela Constituição de 1988. (...) Está o art. 5º, ‘caput’ da Constituição Federal, assim redigido: ‘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:...’, não havendo nenhuma dúvida de que o próprio direito à vida é garantido,

mas, mais que isso, é considerado princípio fundamental do direito constitucional pátrio. (destacou-se) Que dizer dessa posição? Sem dúvida o ente humano é humano desde a concepção. Sem dúvida é partir da concepção que começa a proteção constitucional do direito à vida. Sem dúvida, obviamente, qualquer legislação anterior que permitisse o aborto não seria recepcionada pela Constituição de 1988. (Tal audiência ocorreu em 28 de novembro de 1995, 9ª reunião ordinária da Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC 25-A/95 (direito à vida “desde a concepção”).¹³⁶ Ives Gandra MARTINS, Pena de morte para o nascituro. O Estado de S. Paulo, 19 set. 1997, p. A-2. Apud Celso Ribeiro BASTOS; Ives Gandra MARTINS, Comentários à Constituição do Brasil:(promulgada em 5 de outubro de 1988), 2000, v. 8, p. 1035).

Assim para essa corrente, fica claro que a figura é típica, porém deve ser analisada quanto a sua legalidade e alcance, haja vista que o bem maior que é a vida tutelado na Constituição Federal deve sobrepor os demais, sendo este uma garantia fundamental do direito.

Diante de tantos questionamentos e discussões, o que é importante buscarmos é como fica a figura paterna com relação aos cuidados e perspectivas do novo ser que viria ao mundo? Será possível responsabilizar a mãe civilmente, no que concerne a danos morais pelo aborto?

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DANO MORAL NO ABORTO COMETIDO SEM CONSENTIMENTO PATERNO

A responsabilidade civil tem evoluído de forma significativa nas últimas décadas. Tal fato pode ser visto até mesmo nos tribunais que paulatinamente, passaram a ampliar as hipóteses de presunção de culpa com a difusão da teoria do risco.

Com relação à legislação ordinária e a Constituição, estas passaram a prever novas hipóteses de responsabilidade objetiva, sendo possível identificar que até mesmo a doutrina e jurisprudência relativizaram os papéis da “culpa” e do “nexo causal”.

De forma certa as consequências são positivas destas mudanças, pois resultam em maior proteção à chamada vítima, permitindo-se a proteção de outros danos, capazes de causar severa angústia, dor e humilhação à vítima, caracterizados como dano moral.

É perceptível, portanto, que no âmbito da responsabilidade civil houve uma expansão qualitativa e quantitativa do dano ressarcível, o que provocou um número crescente de pretensões judiciais para ressarcimentos de toda ordem, inclusive na esfera familiar.

Quando falamos da família podemos estabelecer sua relação com vida e assim, sempre fica claro que a vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais, pois a integram também os valores imateriais, como os morais.

A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial, ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental, tornando-a mesmo um bem indenizável.

A Constituição preocupa-se de forma tão direta com a moral como um valor ético-social da pessoa e da família, que a impõe ao respeito até mesmo dos meios de comunicação social no que se refere a sua exposição.

No espaço de tempo é fato que as mudanças estruturais nas relações conjugais ou entre companheiros colaboraram para que as insatisfações ocorridas dentro destas relações passassem a ser objeto de conflitos e de possíveis ações judiciais.

É notório no ordenamento jurídico brasileiro que antes da proteção constitucional ao companheirismo, houve pleitos judiciais que permitiram o desenvolvimento jurisprudencial de que em tais hipóteses existia uma sociedade de fato e, se houvesse patrimônio adquirido pelo esforço em comum, cabia partilha.

Nessa linha cronológica, passaram a aparecer também os pedidos de indenização por danos materiais e morais para noivos desistentes.

Se nas relações conjugais a igualdade e liberdade são seus fundamentos de constituição e manutenção, nas relações parentais a vulnerabilidade do menor e a responsabilidade dos pais conferem teor diferenciado. Ademais os vínculos de proteção são distintos, pois enquanto naquelas, eles são dissolúveis, nestas eles são, em regra, indissolúveis.

O papel instrumental do núcleo familiar ganha um contexto especial com relação ao menor, cuja personalidade está em formação e sua vulnerabilidade e completa dependência impõe maiores cuidados por parte dos pais que, em conformidade com os princípios da proteção integral, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, devem contribuir para a constituição de ambiente e condições propícias para o desenvolvimento da personalidade do menor.

Toda a configuração das normas-regras e normas-princípios do ordenamento brasileiro, relacionadas ao menor, lhe assegura não apenas subsídios patrimoniais como, principalmente, existenciais a serem oferecidos por ambos os pais, através do exercício da parentalidade responsável, que exige que relações familiares que o cercam, sejam permeadas pela responsabilidade, dever de cuidado e proteção recíprocos, na dinâmica de vida em comum de membros que se tornam comprometidos com os sólidos laços afetivos, em prol da proteção integral da vida em desenvolvimento intra e extra uterino, em obediência à dignidade da pessoa humana, que no caso ganha um contorno especial, tendo em vista a personalidade em desenvolvimento que é dependente dos mesmos.

As recentes transformações da sociedade exigem amadurecimento, responsabilidade e compromisso dos adultos que livremente exerceram sua sexualidade e geraram um filho. que se dá na perspectiva da afetividade, baseada em amor, carinho, atenção, respeito e cuidado que passa a inspirar toda a dinâmica das relações familiares imposto a ambos genitores ou responsáveis.

Um fato são os alimentos gravídicos, tipificados pela lei 11.804 /08, que enuncia de forma direta o direito das gestantes pedirem pensão no período de gestação, sendo fundamentada tal ação no entendimento do dever do suposto pai de participar nas despesas médicas e alimentares do bebê até o nascimento.

De acordo com seu texto legal a nova lei permite que mesmo sem vínculos conjugais, o pedido se fundamente apenas nos indícios de paternidade, os quais deverão ser apreciados pelo juiz.

Tal princípio atende a declaração dos direitos da criança promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, onde esta recomenda que a criança tem a necessidade de uma proteção legal, tanto antes como depois do nascimento.

Alimento gravídico é a nomenclatura utilizada pela a lei, que foca o direito da mulher em ter uma gravidez digna e a busca da preservação do feto, perante o nosso Código Civil que respalda o direito do nascituro.

Por certo que não existe vida se não houver o mínimo necessário à sobrevivência. Portanto, é importante a análise da obrigação de alimentos, tendo em vista principalmente que o ser humano não tem, desde o nascimento, capacidade para se auto-sustentar e carece do auxílio e refúgio dos parentes, a tal ponto que Rubens Limongi França considera que: *os alimentos têm também natureza de direitos da personalidade* (apud FRANÇA, 2004, p. 437).

Torna-se evidente que esta obrigação seja atribuída aos parentes próximos, pois estes tem em relação aquele ser, a primeira responsabilidade, que ultrapassa a esfera de sua autonomia privada, dada a indisponibilidade da vida humana.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a aspiração para procriar, [...] ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho. O tipo de responsabilidade que se mostra vitalícia – ou quem sabe perpétua nas pessoas dos descendentes atuais e futuros – vincula a pessoa a situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas ao seu filho, a sua descendência. Desse modo, a consciência a respeito da paternidade e da maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das conseqüências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta – como os alimentos entre parentes (GAMA, 2008, p. 31).

Nesta esteira, antes do ato de vontade representado pelo desejo da perpetuidade da espécie, deve existir a responsabilidade imposta aos pais em relação a essa nova vida gerada, carente de recursos indispensáveis à sobrevivência inicial, que devem ser sanados primeiramente pelos seus genitores, com o respeito a sua dignidade como pessoa humana.

Mediante tamanha evolução de conceitos e legislação, o que não pode ocorrer é desconsiderar que começa existir uma tendência a tutelar nos dias atuais o feto e não apenas o nascituro.

Apartir de tal dispositivo legal independente da discussão de fecundação, e no momento exato da geração de novo ser, vislumbra-se no direito uma preocupação direta com o novo ser.

O fato é que diante de tamanha discussão fica claro a compreensão que a responsabilidade sobre o novo ser é de ambos os pais, e não somente da genitora. Tal aspecto é levantado diante da perspectiva de que por inúmeros anos tal assunto na mentalidade das pessoas baseava-se na ideia que responsável seria propriamente a mãe sobre os cuidados do feto, colocando inúmeras vezes a figura paterna como simples agente reprodutor o que não é mais possível mediante o surgimento dos alimentos gravídicos.

A respeito do assunto sabe-se que tal circunstância não é verídica, pois o papel do pai apresenta uma importância extrema no acompanhamento não só da mãe durante a

gravidez como também depois do nascimento do bebê que também é do pai, o que acontece é que a sua importância é muitas vezes descurada, no sentido de ser exigida atenção, paciência, responsabilidade e dedicação, esquecendo-se de que ele também se encontra em adaptação e necessita de todo o apoio possível. Este fato é tão verídico que, “a depressão pós-parto, perturbação descrita apenas no sexo feminino, é cada vez mais frequente no sexo masculino, dadas as dificuldades existentes de adaptação à mudança inerentes ao nascimento” (disponível em <http://www.bebevirtual.com/Gravidez-30.htm> acesso em outubro de 2010).

A paternidade é vista por muitos como a possibilidade que se tem de driblar a finitude da vida, de fincar raízes, provar o gosto do amor incondicional. Fatores mentais, psicossociais e até físicos estão mais envolvidos do que podemos imaginar, por isso é fundamental que o pai participe do pré-natal e compartilhe as responsabilidades de cuidar do bebê, assim ele se sentirá incluído no processo, e não rejeitado, como muitas vezes se sente por não acreditarem em seus sentimentos e perspectivas diante do novo ser.

Podemos identificar-se assim que a gravidez de um pai não se dá nas entranhas, mas fora delas, esta se dá primeiro no coração, onde o sentimento de paternidade é gerado, num desejo de ser, e de se ver prolongado em outra vida o que seja parte de si mesmo, mas com vida própria.

Às vezes todo esse sonho pode ser interrompido pela morte. Essa provoca um luto profundo porque os pais se identificam muito com os filhos e veem-nos como a sua continuação e o seu futuro.

Como os pais são os primeiros e principais responsáveis pelo crescimento e proteção do seu filho, quando ele por alguma causa morre, estes sentem que falharam na sua tarefa e obrigação e isto fá-los experimentar uma grande culpa.

O Aborto como citado é um dos grandes meios de interrupção da vida, e este quando praticado, causa inúmeras consequências, não só fisiológicas como psicológicas de ambos os genitores.

O que uma mãe sente por ser mãe, e o que ela sente por ter abortado não é comparado ao sentimento de um pai que sente por ser pai ou sente pela perda da condição de ser sem seu consentimento.

Quando uma mãe comete a prática da interrupção da gravidez, está ferindo não somente o direito daquele feto de nascer, como também as expectativas e anseios de todos aqueles que esperavam que essa nova vida viesse ao mundo, principalmente os sentimentos e todo o planejamento e perspectivas do pai da criança que estava sendo gerada.

Ter um filho representa um momento importante na vida do homem e da mulher, quando o aborto é cometido as sanções penais são aplicadas no Sistema Jurídico Brasileiro, porém a aplicação da legislação penal nem sempre satisfaz a pretensão da pessoa que tem um direito lesado, neste caso nos reportamos sobre o direito de ser pai.

“O aborto então pode acarretar também além das sanções penais, as civis.” (Disponível em <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=463773>. Acesso setembro de 2010). Assim uma mulher que aborta sem o consentimento do marido ou companheiro ferindo suas expectativas e sentimentos diante da ideia de ver no mundo sua descendência e da sua conquista de ser pai, o mesmo torna-se parte legítima para pleitear em indenizatória requerendo perdas e danos e até mesmo dano moral.

Quando falamos em dano moral seu traço diferencial com reparação do dano de cunho econômico reside no fato de que a sanção afeta ao segundo não se resolve em indenização, porque não há o retorno ao *status quo ante*, por isso é fundamental ressaltar que a reparação pecuniária do dano moral não indeniza de maneira satisfatória, e nem assim poderia, haja vista que a agressão é íntima sofrida pelo ofendido, desta forma reparte-se a função da reparação por dano moral em três aspectos básicos: compensatório, sancionador e pedagógico.

A dor e o sofrimento se refletem consideravelmente quando impedem que o homem exerça de forma plena o suas relações sejam de caráter social, familiar e no trabalho. O direito positivo, enquanto instrumento de justiça, não deve se distanciar de analisar as ofensas e ações capazes de ocasionar a ruptura dessa plenitude, seja na esfera material, seja principalmente na esfera moral.

A dignidade da pessoa, os seus sentimentos de estima e a sua luta pela realização existencial devem merecer o devido respaldo por parte dos instrumentadores do direito, dessa forma, os danos que a ela afetem podem e devem ser minimizados com a reparação autônoma.

Assim é, torna-se possível o legislador retribuir ao pai indenização pecuniária que possa corresponder ao dano sofrido em não ver perpetuado sua carga genética e laços familiares.

É fato que para temas como este ou de igual complexidade, a tarefa mais árdua, é a fixação do *quantum* reparatório, para o dano moral pelo judiciário, porém é possível sua fixação. A nossa legislação impõe a indenização, a exemplo do direito comparado, de maneira a possibilitar ao lesado a compensação econômica pelo dano sofrido.

O nosso sistema judiciário contempla inúmeras ações de dano moral no sentido de dor, angústia e sofrimento, porque não abordar a responsabilidade civil diante da prática da mãe, tendo em vista a clareza da responsabilidade compartilhada entre os pais, sendo o pai uma figura humana sujeito de sonhos expectativas e medos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da atual realidade do direito é papel do legislador a produção das leis, que rege a nação, resolve conflitos e pacifica contendas, sendo assim fundamental uma mentalidade crítica para a escolha destes para que tenham a sensibilidade para análise da evolução das questões sociais e por consequência do direito e sua legislação vigente.

Fica claro para nós que o direito tem profunda, e íntima ligação com a sociedade, tendo em vista que este só existe por consequência desta, sendo que no que tange as leis que formam o mundo jurídico, estas devem estar em consonância com a evolução da sociedade, suas discussões e anseios

Um dos campos fortes de discussão, gira em torno ao direito inerente à vida e as relações que a cercam, relacionando-se até mesmo com os meios que a interrompem e sua consequência no mundo jurídico.

É transparente na legislação e na mentalidade social que o bem mais precioso do universo é a vida, e nessa perspectiva ela deve ser protegida, analisada e estudada com bastante calma diante de inúmeras situações de morte que a afrontam.

De forma tipificada na legislação brasileira apenas quando ocorre o nascimento com vida tem início a personalidade civil do ser humano, porém é fato que desde a concepção o ser humano já é detentor de personalidade moral a ser protegida e o direito tem-se evoluído para isso.

Tanto que na perspectiva de evolução, temos presente à questão dos alimentos gravídicos, regulamentados pela lei 11.804/08, que demonstra que o direito pátrio já indica a tutela do “feto”, ou seja, de um novo ser que há de nascer; e tutela gerando obrigações para ambos genitores. Na verdade, o que busca tal lei é que realmente se efetive meios para que a criança nasça, e para isso compartilha a responsabilidade com a figura paterna até então esquecida nesse processo no que se refere ao contexto histórico pela legislação legal.

O que é possível afirmar é que o papel do pai apresenta uma importância extrema no acompanhamento da mãe durante a gravidez e depois do nascimento do bebê, afinal a medicina e a psicologia já comprova que o mesmo sente assim como a mãe os reflexos e anseios de uma gravidez, compartilhando medos e expectativas.

Hoje, já se fala que todas as emoções vividas pela mãe na gestação influem diretamente no desenvolvimento da criança. Quando a mãe está feliz, ou triste, nervosa ou tranqüila, a criança também recebe esses estímulos, portanto, o pai deve participar ativamente deste período e quando participa transfere todas as expectativas também não só à mãe como também à criança, pois o mesmo é um ser cheio de emoções e sentimentos para com o novo ser. (Disponível em http://guiadobebe.uol.com.br/recemnasc/a_importancia_do_pai.htm. Acesso em novembro de 2010)

A figura do pai, no decorrer da história é vista como de simples procriador, não se considerando por vezes seus sentimentos com relação ao filho gerado, e apenas suas responsabilidades enquanto homem.

Diante de tamanhas evoluções legislativas, e da possibilidade de cobrar do mesmo apoio e subsídios para que a mãe de seu filho possa de forma efetiva garantir a sobrevivência da criança, nos permite questionar sobre seus direitos.

A questão é que não se garante os direitos do pai com relação ao ser gerado, e o direito tem apontado apenas obrigações no que se refere a indenização de danos. Isso permite ser possível bater às portas do judiciário para satisfazer uma lacuna referente ao dano moral, não o pretendido pela mãe quando o pai é causa ou atribui causa ao aborto, mas o pretendido pelo pai, quando a mãe aborta sem seu consentimento e sem sequer levar em consideração sua vontade de cuidar daquele novo ser, suas expectativas, seus sentimentos e suas conquistas diante da alegria de ser pai.

É importante ficar claro que um especialista em direito penal deve sempre ter em mente que o código penal não pode contrariar a carta magna, e que nem aquele nem esta podem contrariar a lei natural, sendo claro no âmbito do direito que o que vale para o direito constitucional relativo à honra, deve valer com maior razão, para o direito constitucional relacionado à vida.

Não nos reportamos especificamente a esfera penal, mas a civil e os direitos a ela concernentes, ainda mais diante da realidade de ser o dano moral em verdade, um conceito em construção, sendo que sua dimensão a dos denominados direitos da personalidade, são inúmeras vezes multifacetados, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais.

Conclui-se que com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas como a do aborto.

Ao final se torna fato que a ampliação, a respeito da relação de dano é inevitável diante das inúmeras situações que surgem e que hão de surgir no âmbito do direito moderno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Monteiro. **Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações - 2a. p., 5º Vol., 26ª ed.**, São Paulo: Saraiva, 1993.

Bíblia Sagrada, Edição Pastoral. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1990.

CHAVES, Antônio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família**. v. 18, coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004.

Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988), 2000, v. 8, p. 1035)

Constituição da República Federativa do Brasil – Promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Maria da Penha Meirelles Almeida. **Aborto**. Revista da Faculdade de Direito da UNG. Vol. 1 – 1999;

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7ª ed., São Paulo, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DIP, Ricardo Henry Marques. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. Revista dos Tribunais, v. 734, p.531, dez. 1996.

Dicionário Silveira Bueno, 1992, p. 08).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A parentalidade responsável e o cuidado**: novas perspectivas. Revista do Advogado, n. 101, p. 29-36, dez. 2008

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª edição revista e ampliada. Editora Nova Fronteira. São Paulo: 1994

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

O Estado de S. Paulo, 19 set. 1997, p. A-2. Apud Celso Ribeiro BASTOS; Ives Gandra MARTINS,

PENTEADO, Jaques de Camargo. **O devido processo legal e o abortamento**. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da norma versus busca progressiva do direito. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 355-402

Leis

Lei 3.071 de 1º Janeiro de 1916- Código Civil

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - DOU DE 11/01/2002 - CÓDIGO CIVIL

DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

Internet

http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm/ Acesso em maio de 2010.

http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_15952/artigo_sobre_a_pessoa_humana_confiada_a_si_propria_para_os_outros, acesso em junho de 2010.

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/30895/30213>.
Acesso em 18 de junho de 2010.

www.consciencia.org/charles-darwin-resumo-biografia-selecao-natural-e-evolucionismo.
Acesso em junho de 2010.

<http://filosdasofia.blogspot.com/2010/10/bioetica-lente-de-aumento.html>. Acesso em agosto de 2010

http://guiadobebe.uol.com.br/recemnasc/a_importancia_do_pai.htm

<http://intertemas.unitoledo.br/>. Acesso em Agosto de 2010.

<http://marcosmelohistoria.blogspot.com/2009/03/origem-do-homem.html>. Acesso em maio de 2010.

<http://www.pgj.ce.gov.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=21>. Acesso em maio de 2010.

www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm

<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/origem-da-vida/abiogenese-x-biogenese.php>.
Acesso em junho de 2010.

<https://www.saudedireta.com.br/.../1286546784responsabilidade%20médica.pdf>
Acesso em maio de 2010.

pt.wikipedia.org/wiki/código_de_hamurabi/

<http://www.ufmt.br/bionet/conteudos/15.07.04/abiogenese.htm>. Acesso em junho de 2010.