

GABRIELLA OLIVEIRA MACHADO

**OS DIREITOS DO NASCITURO EM FACE DA INTERRUÇÃO DA
GRAVIDEZ PARA FINS TERAPÊUTICOS E DO ABORTO**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

GABRIELLA OLIVEIRA MACHADO

**OS DIREITOS DO NASCITURO EM FACE DA INTERRUÇÃO DA
GRAVIDEZ PARA FINS TERAPÊUTICOS E DO ABORTO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Priscilla Santana Silva.

ANÁPOLIS - 2018

GABRIELLA OLIVEIRA MACHADO

**OS DIREITOS DO NASCITURO EM FACE DA INTERRUÇÃO DA
GRAVIDEZ PARA FINS TERAPÊUTICOS E DO ABORTO**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

Essa monografia tem como objetivo analisar os direitos que amparam o nascituro em face da interrupção da gravidez para fins terapêuticos e do aborto. Justifica-se explanar como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona em relação a alguém que ainda não é nascido mas possui expectativa de vida. Ademais, busca elucidar o tratamento e a tipificação do crime de aborto e a interrupção da gravidez. Diante do tema proposto, tem-se a seguinte problematização: O que é o nascituro e quais seus direitos em relação a interrupção da gravidez para fins terapêuticos e do aborto. A metodologia aplicada é de compilação bibliográfica, análise de dispositivos legais e julgados que abordam o assunto. A pesquisa é dividida em três capítulos. O primeiro busca conceituar o termo nascituro, apresentar sua evolução histórica e caracterizá-lo como sujeito de direitos. O segundo explana a tutela jurídica do nascituro no âmbito constitucional, civil e penal brasileiro. O terceiro diferencia os termos interrupção da gravidez para fins terapêuticos e o aborto, bem como os aspectos normatizados em relação a cada instituto, trazendo julgados que demonstram a forma com que os legisladores brasileiros encaram o direito à vida do nascituro.

Palavras-chave: Nascituro. Direitos. aborto, interrupção da gravidez para fins terapêuticos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O NASCITURO	03
1.1 Evolução histórica..	03
1.2 Conceito	06
1.3.Sujeito de direitos e obrigações	07
1.4 Direitos sob condição suspensiva	09
CAPÍTULO II – TUTELA JURÍDICA	13
2.1 Constitucional.....	13
2.2 Civil	16
2.3 Penal	20
CAPÍTULO III – A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ	23
3.1 Aspectos normatizados	23
3.1.1 Aborto necessário	24
3.1.2.Aborto sentimental ou terapêutico.....	26
3.1.3. Outras modalidades de interrupção da gravidez	27
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema: os direitos do nascituro em face da interrupção da gravidez para fins terapêuticos e do aborto, com o escopo de demonstrar qual o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro em relação aos direitos do nascituro nas hipóteses de aborto ou interrupção da gravidez para fins terapêuticos.

Sobretudo, busca-se expor a relação que há entre os direitos resguardados ao nascituro desde sua concepção, e sua preponderância em detrimento dos direitos da mãe, ora gestante, que da mesma forma tem seus direitos tutelados pela Constituição Federal e leis ordinárias afins.

Desta forma, a pesquisa foi desenvolvida com base na compilação bibliográfica, estudo de leis e julgados que são sustentados pela jurisprudência brasileira em profunda interpretação à Constituição Federal, levando-se em conta os princípios constitucionais nela abordados.

Para tanto, o conteúdo baseia-se em clássicos doutrinadores de renome como Maria Helena Diniz, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávio Tartuce, bem como em votos proferidos por Ministros do Supremo Tribunal Federal em ações constitucionais de grande relevância, entre eles Luis Roberto Barroso, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso.

Entretanto, ressalta-se que a pesquisa foi metodizada de forma didática dividindo-a em três capítulos, sendo que no primeiro busca-se conceituar o termo

nascituro, apresentar sua evolução histórica e caracterizá-lo como sujeito de direitos, apenas de ainda não possuir personalidade jurídica própria.

Já o segundo capítulo aborda os diferentes tratamentos que são dados ao nascituro em relação à Constituição Federal, a qual busca proteger o direito à vida e a dignidade humana do nascituro; o Código Civil Brasileiro, que resguarda seus direitos materiais desde a concepção; e o Código Penal Brasileiro que, sobretudo, busca coibir o aborto tipificando-o como crime em alguns casos.

Por fim, o terceiro capítulo almeja diferenciar os termos “interrupção da gravidez para fins terapêuticos” e “aborto”, conceituando-os mais a fundo, além de abordar detalhadamente a nova hipótese de aborto não punível.

Por todo o exposto, a pesquisa desenvolvida pretende contribuir com o entendimento de outros acadêmicos acerca de um instituto tão complexo e polêmico que são os direitos do nascituro no âmbito jurídico brasileiro e até onde eles preponderam em relação aos direitos da gestante.

CAPÍTULO I - O NASCITURO

Entende-se que o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Em se tratando da temática aborto, é imprescindível que antes entenda-se o conceito do nascituro, direitos e garantias elencadas no ordenamento jurídico nacional. Para isso, desenvolve-se esse primeiro capítulo no intuito de elucidar questões referentes a temática.

1.1 Evolução histórica

As mais remotas civilizações por uma ordem legal divina, até a moderna filosofia do direito natural legaram à humanidade alguns temas que vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis. “Na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão, encontram-se as origens dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens”(SARLET, 2002, p. 44).

Advieram, por sua vez, da doutrina estoíca greco-romana e do cristianismo, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade. Primeiramente, os direitos humanos foram fundamentados no direito natural, segundo o qual a origem da necessidade da proteção da dignidade humana seria o próprio homem, pois esta qualidade lhe seria inerente (BOBBIO, 2004).

Os interesses dos nascituros são tutelados desde o tempo dos romanos. Afirma Washington de Barro Monteiro: “Paulo já afirmava que *nasciturus projam nato habefur quando de eius commodo agitur*”, ou seja, “o nascituro se tem por nascido, quando se trata de seu interesse.” (MONTEIRO, 2007, p. 64.)

No direito pátrio, foi precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade.

Com as transformações advindas das ciências referidas, tornou-se imperioso reavaliar a questão do início da personalidade. Muitos estudiosos relacionam a personalidade com o momento em que se inicia a vida humana; baseiam suas convicções no fato de que, possuindo direitos legalmente assegurados, o nascituro é considerado pessoa, portanto, detentor de personalidade jurídica.

Quanto a esse aspecto, existem três vertentes primordiais, que correspondem às teorias Natalista, da Personalidade Condicional e Concepcionista que tentam explicar quando se dá o início da vida humana. Entre todas as proposições, a mais aceitável é a Teoria Concepcionista que afirma incisivamente que o nascituro é considerado um ser humano desde o momento em que concebido, sendo uma nova e autêntica pessoa, dotada dos direitos inerentes à sua personalidade.

A legislação brasileira garante os direitos do nascituro desde a concepção, a princípio pela Constituição Federal, em seu artigo 5º estabelece a inviolabilidade do direito à vida. Nesse contexto, a não observância dos direitos de personalidade do nascituro feriria esse princípio e, por via reflexa, todo mundo jurídico. De extrema importância também nesse contexto, ainda na Lei Maior, o inciso XXXVIII do mesmo artigo 5º, reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto.

Assegura, ainda, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro.

No âmbito do Direito Penal, os artigos Código Penal, arts. 124 a 128, I e II, tutelam o direito à vida, que incriminam o aborto. Nos termos da legislação civil percebe-se que esta abraça a noção dos direitos da personalidade como sendo inatos, absolutos, vitalícios e oponíveis erga omnes.

Conforme supracitado, o Código Civil Brasileiro no art. 2º está um preceito fundamental, destinado à proteção da vida do nascituro, quando dispõe sobre o começo da personalidade civil, ao definir que: A personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Este preceito costumava ser interpretado de forma parcial, como apenas uma proteção de direitos patrimoniais ou econômicos, em sentido estrito, e dos relacionados à honra e à liberdade. Entretanto, o texto da norma é amplo, pois põe a salvo, desde a concepção, todos os direitos do nascituro.

Saliente-se, que a lei preconiza esses direitos sem especificação e sem limitação. Assim, ela está protegendo todos os direitos, entre os quais o direito à vida e desde a concepção; direito à filiação; direito à integridade física; direito a alimentos; direito a uma adequada assistência pré-natal; direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança; direito de ser contemplado por doação; direito de ser reconhecido como filho, entre outros (COIMBRA, 2004).

Há de incluir, ainda, as legislações que garantem os direitos do nascituro: A Declaração dos direitos da criança (ONU) que proclama que toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento. O Código Internacional de ética médica define assim a atuação do médico: O médico deverá sempre ter em mente a obrigação de preservar a vida humana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, é considerado como

pessoa todo ser humano, sem qualquer distinção entre sua vida intra e extra-uterina, podendo-se concluir que a palavra pessoa se aplica também ao nascituro. Nesse contexto, não há qualquer dúvida de que: o feto concebido é sujeito de direitos e não se pode negar ao nascituro essa condição. O ordenamento jurídico assegura a sua titularidade adquirida antes do nascimento, pois desde a concepção há pessoa com personalidade e capacidade de contrair direitos. Verifica-se, portanto, que os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que desde a concepção há vida.

1.2 Conceito

Cabe entender o que representa o nascituro para o Direito Civil brasileiro. Segue abaixo o conceito de nascituro, perante o doutrinador Silvio de Salvo Venosa.

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação. (VENOSA, 2005, p. 153.)

Nascituro é o indivíduo já concebido, porém não nascido. Há alguns direitos inerentes ao nascituro. É o nascituro uma expectativa de vida, do qual se preocupou o legislador em resguardar seus direitos, que ficam sob condição suspensiva.

Portanto, o nascituro é um ser humano que já foi concebido, seu estado ainda é de gestação. Não se sabe se nascerá vivo ou morto. Nos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa: “Entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito.” (VENOSA, 2005, p. 153.)

Como afirma Silvio de Salvo Venosa na citação acima, o direito do nascituro é concreto, ele ultrapassa a expectativa de direito, seus direitos provenientes de lei são legítimos. Dispõe o artigo 2º do Código Civil Brasileiro: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Nascer com vida significa respirar, ou seja, o tempo de vida não seria relevante a tutela dos seus direitos, com isso constitui-se legítimo sucessor de direitos hereditários, direitos então pessoalíssimos.

1.3 Sujeito de direitos e obrigações

Sabe-se que personalidade começa com o nascimento com vida, “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (artigo 2º do CCB). Apesar da clareza do texto normativo, falar em direitos do nascituro é tantocomplexo, uma vez que o mesmo, por não ter nascido ainda, não é dotado de personalidade, portanto, apesar de ser titular de alguns direitos, não possui capacidade de usufruí-los, ficando estes resguardados, conforme prevê o texto legal.

O artigo 1º do Código Civil Brasileiro prevê que toda pessoa tem capacidade para adquirir direitos e deveres, daí se faz necessário entender do que se trata o termo pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro, e quando, efetivamente, o sujeito pode ser considerado pessoa para fins de personalidade jurídica, quanto a personalidade dispõe o doutrinador Flávio Tartuce:

Quanto à personalidade, essa pode ser conceituada como sendo a soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa natural ou jurídica, ou seja, a soma de aptidões da pessoa. Assim, a personalidade pode ser entendida como aquilo que a pessoa é, tanto no plano corpóreo quanto no social. No Brasil, a personalidade jurídica plena inicia-se com o nascimento com vida, ainda que por poucos instantes; segundo os adeptos da teoria natalista. (TARTUCE, 2017, p. 113)

No entanto, há grande controvérsia quanto ao momento que se nasce a pessoa natural, afinal no âmbito da ciência, não foi pacificado o momento exato em que se inicia a vida. Contudo, para o Direito Civil, o sujeito é considerado pessoa capaz de adquirir personalidade civil no momento em que nasce com vida, ou seja, no momento em que se encerra a vida intrauterina e passa a ter vida extrauterina, fora do ventre materno, ainda que por segundos. Assim, ensina Farias Rosenvald:

Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de

procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *dicimasia pulmonar*.” (ROSENVALD, 2012, p. 300)

Daí resulta que os “direitos do nascituro”, de que trata o aludido dispositivo, não são direitos atuais, presentes, mas direitos eventuais, em formação, que teriam o seu aperfeiçoamento condicionado ao nascimento com vida. Ora, como provavelmente esse nascimento acontecerá, os direitos futuros, que em breve serão adquiridos pelo nascituro, são tutelados desde a concepção.

O Estado tem a obrigação de prover um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro. A mãe tem o direito de atendimento pré e perinatal para que o nascimento seja digno e harmonioso, com condições dignas de existência, conforme dita o artigo 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Estes artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente estão relacionados ao artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” (MORAES, 2004, p. 65.)

O direito à vida é um pré-requisito a existência, para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos. Ao nascituro também se engloba este direito, pois sendo uma vida de fato, tem seus direitos resguardados pela lei. Se nascer com vida todos os direitos inerentes aos já nascidos lhe serão atribuídos.

Os direitos da personalidade são comuns da existência humana, são permissões dadas pela norma jurídica a cada pessoa, para defender um bem que a natureza lhe deu.

Todos que nascem com vida adquirem a sua personalidade civil, ou seja, ele torna-se sujeito de direito e também de obrigações, desta forma, estará sujeito às normas estabelecidas em lei. Podendo pleitear seus direitos, ou cumprir sanções por desrespeitar às normas jurídicas. Para Maria Helena Diniz: “Os direitos a personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.” (DINIZ, 2008, p. 119.)

Nasce e se extingue a personalidade com o seu titular. Ninguém pode

usufruir em nome de outra pessoa, bens como a vida, a liberdade, a honra. Mesmo não sendo atribuída a condição de pessoa ao nascituro, portanto não havendo aquisição de personalidade, ao mesmo é atribuído como sujeito de direito nas situações previstas em lei.

A teoria adotada pelo Código Civil brasileiro é a teoria natalista, conforme prescreve seu artigo 2º. Tal teoria afirma que certos direitos assegurados ao nascituro, não lhe concede a personalidade já que esta última só surge com o nascimento com vida. Entendeu o legislador, que alguns direitos são inerentes àqueles que já existem fisicamente.

O nascituro tem seus direitos devidamente resguardados pela lei, porém não tem amplos direitos no ordenamento jurídico brasileiro, por ser apenas uma expectativa de vida. Para Silvio de Salvo Venosa:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade (VENOSA, 2005, p. 153.)

O Código Civil brasileiro não seguiu a orientação do Código Civil francês, que determina a personalidade desde a concepção. Predominou a teoria natalista, para o início da personalidade. Mesmo tendo o nascituro direitos resguardados, não significa ter ele personalidade. O caráter protecionista impera diante dos direitos que o legislador atribuiu ao nascituro, pois, o nascituro tem o direito de nascer dignamente.

O nascituro é considerado sujeito de direitos nas situações previstas em lei. A principal observação, é que o nascituro, mesmo não sendo considerado pessoa no Direito Civil, é sujeito de direitos. O Estado preocupou-se no desenvolvimento digno do feto e que ele não fosse prejudicado em sua vida civil, se nascer vivo.

1.3 Direitos sob Condição Suspensiva

Elinara de Paula (2017) afirma que, segundo a Teoria da personalidade

condicional, a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, portanto, sujeitos à condição, termo ou encargo. Ao ser concebido o nascituro poderia titularizar alguns direitos extrapatrimoniais, como, por exemplo, à vida, mas só adquire completa personalidade quando implementada a condição de seu nascimento com vida.

Seguindo uma síntese da hermenêutica, entende-se que se a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, não sendo ele pessoa, resguarda-lhe o direito de vir a ser, de viver, pois o pressuposto para ter direitos segundo o artigo é: 1 – ser nascituro; 2 – direitos sob condição de nascer com vida. Ora, se admitir-se a interrupção da gravidez, constando-se tratar-se de nascituro, não havendo tipificação no código penal a permitir a retirada do mesmo do útero materno, seria como retirar-lhe dar-lhe direitos ao mesmo tempo em que os retira, mesmo que descrito em condição suspensiva, de nascer com vida.

Paulo Nader (2011), no entanto, afirma que seria ousadia da parte dos doutrinadores seguidores deste entendimento colocar direitos da personalidade em condição suspensiva, pois estes não podem ser objetos de termo, encargo ou condição. Dentro desse contexto, esta teoria não foi capaz de dizer com veemência que o nascituro tinha ou não direitos.

Maria Helena Diniz (2014) nos acrescenta mais um estudo acerca da personalidade, dividindo-a em formal e material. A primeira seria aquela que resguarda o nascituro até o nascimento com vida, após esse momento se tornaria personalidade material que encerra com a morte. Dessa forma, os direitos personalíssimos não estariam em condição suspensiva, mas seriam dados ao nascituro por conta da sua personalidade formal, já os direitos patrimoniais estariam resguardados pois estes podem sofrer condição suspensiva e só serão adquiridos após o nascimento com vida.

Superada a conceituação da personalidade jurídica, abordar-se-á sobre a capacidade de exercício da personalidade jurídica. Para Maria Helena Diniz (2002), a capacidade é um pressuposto da personalidade. Tal capacidade por ser classificada, genericamente, como capacidade de direito ou de fato. Para Flávio

Tartuce a capacidade de direito é inerente a qualquer pessoa, extinguindo-se apenas com a morte. Já a capacidade de fato é aquela própria do exercício do direito (TARTUCE, 2017).

Notadamente, falta ao nascituro a capacidade de fato de exercício do direito e da personalidade jurídica. Ao nascituro é garantido a capacidade de direito, da mesma forma que é garantido a qualquer pessoa. Não se pode restringir a capacidade civil de direito de nenhuma pessoa, a não ser nos casos específicos previstos em lei, como em casos de incapacidade.

Porém, por não possuir vida extrauterina, e, conseqüentemente, personalidade jurídica, o nascituro não consegue usufruir dos direitos a eles resguardados pelas leis do ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, não possui capacidade plena (a soma das duas capacidades).

Neste sentido, seus direitos estão em estado potencial, garantido e resguardados pela legislação civil brasileira para que o nascituro possa usufruí-los quando adquirir a capacidade de fato. Assim preceitua Caio Mario da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. (DA SILVA PEREIRA, 2017, p. 185)

Assim, resta evidenciada a ausência de personalidade civil em se tratando de nascituro. Os direitos que são a ele resguardados, desde a concepção, só se concretizam caso ele nasça, ou seja, caso exista vida separada do ventre materno. Caso o nascituro, por qualquer motivo, não chegue a ter vida extrauterina, nenhum de seus direitos são transferidos a alguém.

O doutrinador Caio Mario da Silva Pereira, citado anteriormente, possui o cuidado de especificar, conforme seu entendimento, os requisitos primordiais para que o nascituro deixe de ter direitos em condição suspensiva e passe a ser dotado de personalidade civil, o nascimento e a vida. Para ele, o nascimento se dá no

momento em que o feto é separado do ventre materno, naturalmente ou com ajuda de objetos obstétricos, de forma que mãe e filho estejam em dois corpos com autonomia orgânica própria. Já a vida se dá no momento em que há a primeira respiração da criança fora do ventre materno, por meio de suas próprias vias respiratórias (PEREIRA, 2017). Ocorrendo estes dois fenômenos, no direito brasileiro, há personalidade jurídica.

CAPÍTULO II – TUTELA JURÍDICA

O presente capítulo aborda a tutela do ordenamento jurídico brasileiro em relação aos nascituros. Trazendo à baila a forma com que é tratado o nascituro no âmbito constitucional, cível e penal.

2.1 Constitucional

O *caput* do art. 5º do texto constitucional preconiza a todos a inviolabilidade do direito à vida. Porém, a Constituição Federativa do Brasil não definiu a partir de que momento se daria essa proteção, atribuição que caberá à legislação ordinária. O inciso XXXVII, do referido artigo, incluiu o aborto como espécie dos crimes dolosos contra a vida, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

São válidas considerações a respeito da origem, significado e extensão do direito à vida. A vida, assim como a integridade física e psíquica, consiste em atributo inerente à espécie do homem: pertence ao campo do Direito Natural, por ser pressuposto para os demais direitos e razão fundamental de qualquer construção ou forma de organização humana, seja de natureza social, política ou jurídica.

A vida é o mais importante dos direitos, consagrada internacionalmente pelas declarações de direitos humanos. A expressão direitos humanos, para Romeo Casabona (2005, p. 38-39), consiste no "conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, especificam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humana, que devem ser positivamente reconhecidas pelos sistemas jurídicos a nível nacional e internacional".

Recepcionado pelas constituições, o direito à vida constitui-se no tronco fundamental, sem o qual todos os demais direitos não teriam existência possível. Implícito no direito à vida, não podemos deixar de mencionar princípio da dignidade da pessoa humana, tido como o mais importante dos princípios, "pórtico dos demais valores e princípios" (SERNA, 2003, p.142) previstos na Constituição, onde estão incluídos os seguintes direitos: direito à igualdade, a integridade física e moral, a proibição à tortura, a liberdade, a honra, a intimidade, a imagem, entre outros, dos quais sem a vida não teriam aplicação.

Para tratar da dignidade, há necessidade de se empreender um breve estudo do significado do termo "pessoa", ao qual o adjetivo, dignidade, encontra-se indissolúvelmente associado. Para Lucien Sève (2006, p.20), "a pessoa nada mais é senão a liberdade de um ser racional", ou seja, só o sujeito livre pode ser o autor a que se imputa uma ação, e, enquanto ser de razão, é capaz de determinações éticas "independentes dos impulsos sensíveis" (SEVE, 2006, p. 20-21).

Compreender o conceito de pessoa trata-se, portanto, de encarar o indivíduo na perspectiva ética e física pertencentes a duas ordens absolutamente distintas, o ser humano e a pessoa humana. O ser humano é humano porque tem na humanidade seu ponto de partida como espécie biológica (a humanidade aí existe a título de fato), enquanto a pessoa humana tem na humanidade seu ideal regulador (a humanidade lhe está representada como um valor).

Miguel Reale (1994) ensina que a ideia de pessoa nasce da noção autoconsciente do homem "como ente que, a um só tempo, é e deve ser", não lhe bastando a existência, sendo-lhe necessário estabelecer seu significado ou sentido (p. 211).

Para Eroulths Cortiano Júnior (2015, p. 42), o termo pessoa não é tão-somente um dado ontológico, mas traz consigo uma série de valores que lhe são imanentes, como a sua dignidade, centro de sua personalidade. Grande parte dos doutrinadores consideram o binômio personalidade-dignidade indissolúvel. E o Direito não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, protegendo, também, seu sentido e sua finalidade.

No que concerne ao conceito do termo "dignidade", afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 33), ser este um adjetivo único e insubstituível da pessoa humana, "no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço pode pôr-se em vez dela qualquer coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não admite equivalente, então tem ela dignidade".

Para o filósofo, a dignidade da pessoa é considerada como fim e não como meio, repudiando toda e qualquer coisificação e instrumentalização do ser humano. E seu pensamento encontrou e encontra ainda hoje amparo na doutrina jurídica mais expressiva, tanto a nível nacional como internacional. O conceito elaborado pelo jurista Ingo Wolfgang Sarlet sobre dignidade da pessoa humana merece ser transcrito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009, p. 51).

A Constituição Federal brasileira adotou a teoria do direito geral de personalidade (ainda que paralelamente com a proteção tipificadora em leis esparsas), pois, no preâmbulo da Lei Maior, afirma-se taxativamente que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos da nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Prevê, ainda, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República em seu art. 1º, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º).

A dignidade da pessoa humana enquanto conceito jurídico-normativo construído pela doutrina e jurisprudência brasileiras assume contornos vagos e abertos que possibilitam sua constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, porém, nunca se afasta do princípio constitucional de proteção à vida,

por estar intimamente ligados e ser, este último, pressuposto para a concretização do outro.

2.2 Civil

O Código Civil Brasileiro tutela dos direitos do nascituro da seguinte forma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (artigo 2º). Este dispositivo é claro ao apontar que só existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Assim, o não nascido não tem personalidade, mas, tão somente, expectativa de direito. Nascer com vida, ou seja, destacando-se do ventre materno com capacidade para respirar, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial.

Porém, mesmo diante da clara afirmativa do dispositivo mencionado, passaram a existir algumas correntes doutrinárias que buscam definir, com mais exatidão, o momento em que a personalidade jurídica da pessoa natural surge efetivamente.

A primeira delas consiste na Teoria natalista, adotada pelo Código Civil Brasileiro, a teoria sustenta que só possui personalidade aquele que nasce com vida, vida extrauterina. Alguns doutrinadores seguem a perspectiva desta teoria, no sentido de não considerarem que o nascituro possui personalidade jurídica.

A presente teoria trata o nascituro apenas como uma expectativa de direito, pois este ainda não possui vida, apenas uma expectativa de obter. A discussão é relevante já que nem todos os seres que estão desenvolvendo no ventre materno irão nascer, respirar e, portanto, adquirir personalidade jurídica própria e direitos patrimoniais. Porém, a maioria deles nascerão com vida, e assim poderão usufruir dos direitos garantidos pelo Código Civil desde sua vida intrauterina. (RODRIGUES,2000). No mesmo entendimento, trata Pontes de Miranda:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de

direito (=nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascituro, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (MIRANDA, 1954, p. 73).

Tida como um “desdobramento” da corrente natalista, não podemos deixar de referenciar a Teoria da Personalidade Condicional. A diferença dessa teoria para a última citada, é que enquanto a natalista nega qualquer direito ao nascituro, até que este obtenha personalidade, a teoria da personalidade condicional resguarda os direitos do mesmo, e o encara como uma pessoa condicional, pois para adquirir a personalidade existe a íntima dependência a um evento futuro e incerto que é o nascimento com vida. Para Flávio Tartuce:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2013, p. 79)

Da mesma teoria compartilha Washington de Barros Monteiro, que diz “que o feto é uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direito. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida.” (MONTEIRO, p.61)

Quanto à Teoria concepcionista, minoritariamente adotada pelos doutrinadores, porém tema de muita repercussão em âmbito Nacional, Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo (2018, *online*) afirmam que essa teoria retrata que a personalidade civil da pessoa natural já existe no nascituro, sem necessidade do preenchimento de nenhum outro requisito (como o nascimento com vida, por exemplo). Desse modo, a personalidade jurídica da pessoa natural é adquirida desde a concepção. Em relação a essa teoria, tem-se o 1º Enunciado da I Jornada de Direito Civil (2003): “1 – Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.”

Para essa teoria, o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, ou seja, ostenta direitos próprios protegidos pela lei, já com o seu surgimento. Acerca da tese concepcionista, explica-nos, Rubens Limongi França que:

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tenham afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade. (FRANÇA, 1996, p. 50)

Dentro dessa mesma senda, o Supremo Tribunal Federal, através do relator Ministro Ayres Britto, trouxe o julgamento da ADI de n.º 3510, que apresenta-se como objeto para tracejar os limites da tutela da integridade física do embrião:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria 'natalista', em contraposição às teorias 'concepcionista' ou da 'personalidade condicional'). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. **A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ('in vitro' apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de**

proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (STF - ADI: 3510 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134). (Grifo nosso).

Percebe-se, portanto, que o STF mesmo que *incidenter tantum*(de maneira incidente), agasalhou a teoria concepcionista, a se permitir aduzir que o Excelso Tribunal também se filia a essa corrente hodiernamente.

Rodolfo Pamplona Filho e Ana Thereza Meirelles Araújo (2018, *online*) afirmam que a despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Novo Código Civil, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. Isso porque se é certo que os direitos assegurados ao nascituro configuram um sistema de proteção com a natureza de direitos da personalidade, conferir tutela jurídica ao nascituro, resguardando seus direitos como fez a lei, independe da concessão necessária dessa personalidade.

Nos termos do Código Civil em vigor, mesmo não sendo considerado pessoa, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional, ou mediante uma expectativa de direito, segundo a teoria natalista.

O Código Civil traz dispositivos que versam sobre os direitos materiais e “expectativos” do nascituro. Portanto, reforça-se o entendimento de que o Código Civil adere claramente à teoria natalista, pois resguarda os direitos do que há de nascer mas só os garante à ele caso ele nasça. O artigo 542 do Código Civil assegura ao nascituro o direito à doação. Já o artigo 1.779 do mesmo diploma trata da concessão de curatela ao nascituro caso seu pai falecer enquanto estiver no ventre da mãe e está não tiver capacidade psíquica para cuidá-lo. Quanto ao artigo 1.799, este admite que o nascituro possa ser constituído herdeiro ou legatário na sucessão testamentária.

O artigo 1.609 do referido Código, disciplina que o antes mesmo do

nascimento o filho pode ser reconhecido, mesmo que havido fora do casamento. Por fim, a Lei 11.804/2008, institui o direito a alimentos gravídicos, na hipótese de a mãe, embora não tenha certeza quanto a paternidade, permite que esta proponha ação solicitando o direito contra o suposto pai.

2.3 Penal

Quanto ao tratamento do nascituro na esfera do Direito Penal, a conduta de interromper a gravidez está tipificada pelo Código Penal Brasileiro entre os artigos 124 a 128. Segundo o CPB, tratando-se de um crime contra a expectativa de vida do nascituro, quando praticada de forma dolosa, está sujeito ao julgamento em Tribunal de Júri. Sendo assim, vejamos como o Código Penal criminaliza algumas espécies de aborto:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: (Vide ADPF 54)
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

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

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

É importante frisar que o Direito penal criminaliza condutas, dolosas ou culposas, que lesionam ou expõem a risco de lesão bens jurídicos que a sociedade

entendeu como valiosos e que, portanto, mereçam essa proteção pelas vias do Direito penal (ROSA, 2016).

Como dito anteriormente, o direito à vida é reconhecido e resguardado pelo nosso ordenamento jurídico da forma mais ampla possível, havendo proteção à vida desde o momento de sua concepção (teoria concepcionista) já que, na visão do Código Penal Brasileiro, considera-se o início da vida na concepção, assim entendida no processo de nidacão – quando o embrião (óvulo já fecundado e em processo inicial de divisão celular) fixa-se ao útero, iniciando o desenvolvimento embrionário ligado à mãe. A partir deste momento, a interrupção do processo pode ser caracterizada como aborto.

Esmiuçando os artigos supramencionados, a conduta incriminada no tipo penal do artigo 124 é a da gestante que pratica auto aborto, dolosamente agindo para interromper a gestação e provocar o aborto, causando a morte do embrião ou feto em formação, ou que livre e conscientemente coaduna, consente que seja realizado o procedimento para interrupção da gestação, provocando a morte do nascituro.

Já o artigo 125 traz que, para quem provocar aborto, sem o consentimento da gestante, a pena é reclusão, de três a dez anos. Trata-se aqui da hipótese do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, vale dizer, a realização de manobra ou conduta objetivando de forma livre e consciente provocar a morte do embrião ou feto, sem que haja o consentimento da gestante. Conforme aponta Fernando Capez (2005, p. 119) é a forma mais gravosa de aborto, a que merece maior reprovabilidade por parte do ordenamento jurídico. Neste sentido, afirma Rogério Greco: “[...] tem-se entendido que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dessa modalidade de aborto, uma vez que o tipo penal não exige nenhuma qualidade especial “(2005, p. 274).

Para Emmanuel Mota da Rosa (2016) o tipo penal incriminador do artigo 126 ilustra a possibilidade na qual a gestante, em comunhão de esforços e unidade de desígnios se une a terceiro para que, livre e conscientemente, realizem manobras visando provocar o aborto e interromper a gestação, causando a morte do nascituro.

Trata-se de crime plurissubjetivo ou de concurso necessário, contudo, em uma exceção à teoria monista adotada pelo Código Penal brasileiro no que diz respeito ao concurso de agentes, nesta hipótese cada um dos sujeitos ativos responderá por delitos autônomos.

O artigo 128 cuida de duas hipóteses de excludentes de ilicitude aplicáveis somente no contexto do aborto, mas que não diferem, em essência, daquelas previstas no artigo 23 do Código Penal.

Autoriza-se o aborto: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I), que é uma modalidade especial de estado de necessidade; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II), que representa uma forma especial de exercício regular de direito (NUCCI: 2008, p. 619)

“Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe” (NUCCI, 2008, p. 619). Em qualquer dos casos, seja no aborto terapêutico ou no aborto sentimental, somente é aplicável a excludente especial de ilicitude quando o procedimento for realizado por médico. Se outra pessoa que não médico, realizar o procedimento e produzir o aborto incorrerá no delito respectivo (ROSA, 2016).

CAPÍTULO III – A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

No último capítulo dessa pesquisa faz-se mister compreender os aspectos relevantes que envolvem a interrupção da gravidez dentro do ordenamento jurídico nacional. Interessante trazer aqui os aspectos normatizados de um aborto quando necessário, um aborto com fins terapêuticos, e elencar outras modalidades em que o aborto é deferido na lei. Ademais, será abordada a relação do aborto com a interrupção da gravidez para fins terapêuticos segundo os votos dos Ministros que julgaram a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que teve como pressuposto a inviabilidade da vida do feto anencéfalo, e por esta razão, no entendimento do STF não haveria de se confundir o aborto com a interrupção terapêutica da gravidez, criando assim, um novo instituto jurídico.

3.1 Aspectos normatizados

Antes de se adentrar ao tema principal, objeto deste capítulo, mister se faz apresentar a concepção jurídica do termo aborto. Sobre o direito à vida e o aborto e seus dilemas intrínsecos, Maria Helena Diniz (2006, p. 41) discorre sobre o tema com a seguinte reflexão:

A vida é igual para todos os seres humanos. Como então se poderia falar em aborto? Se a vida humana é um bem indisponível, se dela não pode dispor livremente nem mesmo seu titular pra consentir validamente que outrem o mate, pois esse consenso não terá o poder de afastar a punição, como admitir o aborto, em que a vítima é incapaz de defender-se, não podendo clamar por seus direitos? Como acatar o aborto, que acoberta em si, seu verdadeiro conceito jurídico: assassinato de um ser humano inocente e indefeso? Se a vida ocupa o mais alto lugar na hierarquia de valores, se toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, como seria possível a edição de uma lei contra ela? A descriminalização do

aborto não seria uma incoerência do sistema jurídico? Quem admitir o direito ao aborto deveria indicar o princípio jurídico de qual ele derivaria, ou seja, demonstrar científica e juridicamente qual princípio seria superior ao da vida humana, que permitiria sua retirada do primeiro lugar da escala de valores? A vida extra-uterina teria um valor maior que a intra-uterina? Se não se levantasse a voz para defesa da vida de um ser humano inocente, não soaria falso tudo que se dissesse sobre os direitos humanos desrespeitados? Se não houver respeito a vida de um ser humano indefeso e inocente, por que iria alguém respeitar o direito a um lar, a um trabalho, a alimentos, à honra, à imagem etc. Como se poderá falar em direitos humanos se não houver a preocupação com a coerência lógica, espezinhando o direito de nascer?

A temática envolta na questão da legalização do aborto é muito mais ampla que parece, vai além de um novo método contraceptivo e envolve problemáticas como saúde sexual da gestante, liberdade sobre o próprio corpo e por vezes questões psíquicas. Além disso, está direta ou indiretamente atrelada a questões morais e sociais de tratamento a mulher.

Como visto nos capítulos anteriores, o nascituro inegavelmente recebe proteção do nosso ordenamento jurídico da mesma forma que é concedida às pessoas, com o mesmo prezar pela vida, bem-estar e integridade, mas sua personalidade jurídica é negada pela redação do Artigo 2º do nosso Código Civil, e outras controvérsias se encontram no que diz respeito ao início da vida (BOTELHO, 2017).

Apesar das controvérsias, o ordenamento jurídico nacional ainda prevê algumas condições em que o aborto é permitido por lei, onde se verá a seguir.

3.1.1 Aborto necessário

O Código Penal Brasileiro vigente permite a prática do aborto quando este for necessário para salvar a vida da gestante de morte inevitável. Segundo Julio Fabrini Mirabete:

O aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza caso de estado de necessidade (que não existiria no caso de perigo futuro). Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o

aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. (MIRABETE, 2007, p. 194)

Enfatiza-se que o legislador não descriminalizou o abortamento necessário, ele apenas o despenalizou, pois assim afirma no *caput* do artigo 128, I do Código Penal: “Não se pune o aborto realizado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Portanto, vê-se impossível juridicamente a ocorrência de pena sem crime, entretanto é plenamente admitida pelo ordenamento jurídico autóctone a isenção da pena em determinadas situações criminosas. Isto pode ser verificado nos artigos 12, 121 § 5.º e 181 todos do Código Penal.

A doutrina classifica o disposto no art. 128, inciso I do CPB (aborto necessário ou terapêutico), como sendo uma exclusão de antijuridicidade ou ilicitude levando-se em consideração o estado de necessidade em que se apresenta a gestante, ou seja, onde não houver outro meio de afastar o risco de morte da gestante, pois a conduta do médico visa afastar perigo atual ou iminente de bem jurídico alheio (paciente). Alberto da Silva Franco e Rui Stocco ensinam que:

O inciso I do art. 128 do CP cuida do chamado 'aborto terapêutico'. É lícita a sua prática, quando não há nenhum outro meio de salvar a vida da gestante, a não ser pelo aborto. Exige-se, pois, a comprovação da constatação do perigo de vida concreto da gestante, bem como a inexistência de outro meio para salvá-la. Nem se requisita o prévio consentimento da gestante ou de seus representantes legais. Basta a confirmação médica daqueles dois pressupostos. (FRANCO; STOCOCO, 2007, p. 669)

Entende-se, portanto, que o nosso Código Penal adotou o sistema das indicações, ou seja, apesar da vida do feto ser digna da proteção penal, o que justifica a criminalização do aborto (auto aborto, aborto consentido e aborto provocado), em certas circunstâncias, há um conflito entre a vida do embrião ou feto e de sua genitora, a vida da mãe deve prevalecer e aí se encontra caracterizado o aborto necessário ou terapêutico.

No caso deste tipo de aborto, é irrelevante a concordância da gestante ou de seu representante legal, até porque, para o aborto necessário o texto legal não faz esta exigência. Portanto, tal aborto pode ser executado mesmo contra a vontade

da mãe, que, segundo o citado autor, o médico estaria amparado pelo disposto nos artigos 128, inciso I, 24 e 146, § 3º, todos do Código Penal Brasileiro.

3.1.2 *Aborto sentimental ou terapêutico*

O Código Penal Brasileiro só permite duas formas de aborto legal: o necessário e o aborto sentimental ou terapêutico. O primeiro já foi abordado no item anterior, portanto, abordar-se-á neste momento sobre o aborto sentimental ou terapêutico. Nessa senda, Nelson Hungria afirma que:

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Trata-se do aborto também denominado aborto sentimental. Sua permissão originou-se nas guerras de conquista, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados, e deveriam, caso não interrompida a gravidez decorrente da cópula forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada. (HUNGRIA, 1955, p. 304)

O artigo 213 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015 de 2009, traz uma definição para o crime de estupro: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, assim para que seja descriminalizado o aborto resultante de estupro, mister se faz que o ato que resultou a gravidez preencha todos os requisitos caracterizadores do tipo penal.

Assim, o artigo 128, inciso II do Código Penal, trata o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, definindo-o como uma hipótese legal, e ainda impõe que para esta hipótese é necessário o consentimento prévio da gestante, e, se esta for incapaz, de seu representante legal.

Segundo os autores supracitados, o único árbitro da prática do aborto é o médico. Este deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.), se existirem. Inexistindo tais meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual. Não é exigida prévia autorização judicial. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente. Como o tipo penal não faz nenhuma exigência, as condições da prática abortiva não podem ser alargadas. Não

há necessidade, assim, de audiência do Ministério Público ou de autorização da autoridade policial.

Porém, o médico responsável pelo aborto não pode ser punido se, em momento posterior, restar comprovado que aquela gravidez não se resultou de estupro e, portanto, não se tratava de uma hipótese legal de aborto. Conforme dispõe o artigo 20, § 1º do Código Penal, o médico não pode ser responsabilizado criminalmente pois o erro pode ser plenamente justificado pelas circunstâncias, já que o mesmo foi enganado pela gestante.

3.1.3. Outras modalidades de interrupção da gravidez

No ano de 2012 o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental 54 do ano de 2004 (ADPF 54) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Área da Saúde (CNTS), por maioria dos votos, declarou inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, conforme delineado nos tópicos anteriores.

Esta ADPF é fruto do ativismo judiciário, ou também chamado politização da justiça. Dada a repartição dos poderes, conforme expressa a Constituição Federal de 1988, foi utilizada a Arguição como forma de fazer com que o judiciário se manifestasse sobre o tema que por diversas vezes foi projeto de lei no Congresso Nacional, mas sempre derrubada por maioria que, investidos pelo voto democrático, temiam enfrentar a questão, que se refere à minoria feminina, e serem prejudicados em eleição posterior, assim considerou o Ministro Joaquim Barbosa:

A ADPF há de ser utilizada pelo STF como instrumento especial por meio do qual esta Corte chamará a si uma incumbência de natureza toda especial: a de conferir especial proteção a grupos minoritários, isto é, aqueles grupos sociais, políticos, econômicos que, por força de sua baixa representatividade ou da situação de quase impotência com que se apresentam no processo político-institucional regular, não dispõem de meios para fazer valer de forma eficaz os seus direitos. (BARBOSA, 2012, p. 08)

Portanto, utilizando-se da competência atribuída aos Tribunais Constitucionais, visando proteger preceitos fundamentais, unificar a jurisprudência e garantir aos médicos e às gestantes segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, decidiu sobre a constitucionalidade da possibilidade de interromper a gravidez de fetos anencéfalos, mediante interpretação constitucional, conforme alude o Ministro Luis Roberto Barroso:

A grande questão teórica em discussão na ADPF nº 54 era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – o que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador. Como se sabe, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo tratar-se de uma questão de interpretação constitucional e não de criação de Direito novo. (BARROSO, 2005, p. 117)

A controvérsia maior discutida na ADPF 54, contudo, gira em torno da viabilidade da vida extrauterina de um feto anencéfalo e a dignidade humana da mulher gestante e o direito à vida do nascituro. Inicialmente, cabe explicitar as características peculiares desta anomalia denominada anencefalia, que decorre do defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, que constitui uma doença congênita letal.

O médico Dr. Heverton Neves Pettersen durante uma das audiências públicas da ADPF 54, esclareceu que para ser caracterizado como anencéfalo, através da ultrassonografia “precisamos ter a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio.”

O diagnóstico 100% (cem por cento) correto da anomalia, de acordo com o médico Dr. Thomaz Rafael Gallop, pode ser constatado na 12^o (décima segunda) semana de gestação, utilizando-se de um exame simples, a ultrassonografia, que pode ser feita até mesmo pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Dados oferecidos por ele, informam que o Brasil é o quarto país do mundo no ranking de casos de anencefalia, onde um em cada mil nascidos vivos são afetados pela má formação.

Em decorrência dessas más formações, o feto anencéfalo não possui desenvolvimento cerebral e atividade cortical, o que compromete completamente seu sistema nervoso central e o enquadra como um “morto cerebral, que possui batimentos cardíacos e respiração”, conforme exemplifica Dr. Thomaz Gallop.

Daí provém a diferença entre os termos aborto e interrupção terapêutica da gravidez. Enquanto no primeiro, tipificado pelo Código Penal Brasileiro, a sua prática causa o resultado morte do nascituro; o último trata-se de um tratamento mais eficaz que busca minimizar os sofrimentos e o risco de vida para a gestante, já que a morte do feto não é consequência da antecipação da gravidez, e sim da má formação congênita que inviabiliza a vida extrauterina do feto. Sobre esta questão, manifestou-se o Ministro Luis Roberto Barroso:

a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como 'a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)'. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extrauterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. (BARROSO, 2005, p. 101)

Contudo, diferentemente do aborto, a interrupção da gravidez para fins terapêuticos, não fere o direito constitucional à vida previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, pois se trata de uma conduta atípica, já que o anencéfalo não possui qualquer possibilidade de sobrevivência, tendo em vista não conter a parte vital do cérebro, conforme dispõe a Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina. Desta forma, não havendo expectativa de vida, o feto anencéfalo não possui proteção jurídica, nem mesmo na esfera Penal. Diante da menção equivocada de direito à vida do anencéfalo, o Ministro Marco Aurélio Mello aduz em seu voto:

Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na

expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa de vida nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. (MELLO, 2012, p. 23)

Alguns ministros fazem a seguinte interpretação acerca do pensamento do Legislador sobre o Código Penal em relação à antecipação terapêutica da gravidez, para eles ainda que este ato fosse considerado como aborto, não seria punível pois em 1940 quando editada a Parte Especial do Código Penal não existia tecnologia que possibilitasse diagnosticar precisamente as anomalias fetais incompatíveis com a vida, portanto não foi abrangida pelo artigo 128 como excludente de punibilidade. Neste sentido, verbera o Ministro Luis Roberto Barroso:

Na sua valoração de fatores como a potencialidade de vida do feto e o sofrimento da mãe, vítima de uma violência, o legislador fez uma ponderação moral e permitiu a cessação da gestação. No caso aqui estudado, a ponderação é mais simples e envolve escolha moral menos drástica: o imenso sofrimento da mãe, de um lado, e a ausência de potencialidade de vida, do outro. Parece claro que o Código Penal, havendo autorizado o mais, somente não fez referência ao menos porque não era possível vislumbrar esta possibilidade no momento em que foi elaborado. (BARROSO, 2005, p. 102)

Assim, o que se pretendia com a ADPF 54 era proporcionar às gestantes de fetos anencéfalos a livre escolha em proceder na gestação, ou interrompê-la sem necessidade de autorização judicial prévia, pois impor à gestante a continuidade deste período, significa ferir seus preceitos fundamentais de dignidade, podendo lhe acarretar profundos problemas psíquicos e emocionais, além dos riscos de vida que existem em qualquer gestação, sobretudo em casos de fetos anencéfalos que os riscos são maiores do que nas comuns.

Neste sentido, trava-se uma questão duvidosa entre dois princípios constitucionais. De um lado o direito à vida do nascituro, no caso, do feto anencefálico, de outro a dignidade física e psíquica da mãe em face da inviabilidade da vida do feto, como sustenta o Ministro Celso de Mello em seu voto favorável à ADPF 54:

Inexistente, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e /ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte, consoante esclarecido na Audiência Pública que se realizou em função deste processo. (MELLO, 2012, p. 46)

Já para o Ministro Cezar Peluso, que votou pela improcedência da ADPF 54, deve-se preponderar o direito do nascituro, mesmo que recaia sobre ele a “incompatibilidade com a vida extrauterina”, pois o anencéfalo goza da mesma proteção que qualquer outro ser humano e, para ele, a vida extrauterina não pode ser mais valorizada que a intrauterina:

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. A ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. (PELUSO, 2012, p. 17)

Resta evidenciado a discrepância de posicionamento dos Ministros em relação à Arguição, porém, em todo momento tentou-se balancear, relativizar ou ponderar cada aspecto principiológico e normativo, além de dar ênfase a inviabilidade da vida extrauterina do feto anencéfalo. Desta forma, o Ministro Relator Marco Aurélio na conclusão de seu voto exauriu o seguinte entendimento, o qual foi seguido por maioria:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso de anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção da gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. (MELLO, 2012, p. 37)

Assim, resta evidenciado a prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana à gestante que, em face da inviabilidade de vida extrauterina de um feto anencéfalo, após o julgamento da ADPF 54, tem o direito a interromper a gravidez sem que isso configure crime de aborto.

CONCLUSÃO

O trabalho monográfico buscou, inicialmente, abordar com profundidade o que se entende pelo termo “nascituro” e qual sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Não obstante, através de compilação bibliográfica restou demonstrado a forma com que a constituição brasileira garante ao nascituro o direito à vida. Da mesma forma, o Estado garante à gestante além do direito à vida, a dignidade da pessoa humana, resguardando sua integridade física e psíquica em casos específicos.

Ademais, elucidou-se que o Código Civil Brasileiro também tutela os direitos do nascituro desde sua concepção. Conforme a teoria natalista, a lei ordinária dispõe sobre o direito do nascituro à subsistência, a adquirir herança, a possuir curador, ao recebimento de doação, dentre outros. Porém, todos os direitos garantidos ao nascituro ficam em condição suspensiva por ainda não possuir personalidade jurídica e ser apenas uma expectativa de vida.

Da mesma forma, foi relatado o tratamento das condutas de interrupção da gravidez para fins terapêuticos e de aborto pelo Código Penal Brasileiro. No qual é considerado crime provocar o aborto ou consentir que alguém lhe provoque.

Porém, há casos em que os próprios dispositivos penais permitem que haja a prática abortiva, os quais são considerados excludentes de antijuricidade, de forma que, mesmo que haja a mesma conduta, esta não será tipificada como crime.

Como nos casos de aborto necessário ou sentimental em que, sobretudo, se preza pela vida da gestante e sua integridade psicofísica.

Buscou-se explicar também outra excludente de antijuricidade, nominada como interrupção da gravidez para fins terapêuticos, que por ocasião da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 julgada pelo STF, foi incluída outra hipótese no rol taxativo de práticas abortivas não puníveis do artigo 128 do Código Penal. Tal hipótese de interrupção da gravidez para fins terapêuticos se dá quando a gestação é de feto anencéfalo.

Considerando que, conforme estudos médicos, o nascituro anencéfalo não possui expectativa de vida devido à má formação fetal que lhe aflige, seu direito à vida foi relativizado em detrimento da integridade física e psíquica da gestante. Pois conforme é sustentado pelos Ministros julgadores, a morte do nascituro não decorre da interrupção da gravidez e sim da má formação fetal.

Desta forma, foi analisada, através de julgados, a preponderância do direito à dignidade humana assistido à gestante e o direito à vida de um nascituro com má formação congênita que não tem chance de sobrevivência extrauterina ou até mesmo intrauterina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto, **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. Jul./Set. 2005 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329> Acesso em: 20 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTELHO, Carla Mariana Café; CORREIA, Daniel Camurça. **O aborto e a personalidade jurídica do nascituro**: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro. Caderno Espaço Feminino.v. 30, n. 1, Jan./Jun. 2017

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1 – 8º Edição**, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, Direito e Bioética**. PUC Minas, Del Rey: Belo Horizonte, 2002.

CHINELATO, Silmara Juny. **Novo Curso de Direito Civil– Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Celso Galli. **Anencefalia, Morte Encefálica e o Conselho Federal de Medicina**. São Paulo: Editora de Biodireito Medicina, 2004

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11/2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS – UNICEF. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 11/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do direito civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal – Parte especial, Vol. IV, 4º Ed.** 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** RJ, ed. Forense, 1955.

JESUS, Damásio Evangelista de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico; OLIVEIRA, Flávio Cardoso de; LIMA, André Estefam Araújo. **O aborto sentimental e a interrupção da gravidez da autora do crime de estupro.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011.

MAGALHÃES, George Geraldo Gomes. Aborto necessário: **Direito nacional e alienígena.** Jus.com, 09/2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39602/aborto-necessario-direito-nacional-e-alienigena/1>. Acesso em: 04/2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** parte geral. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo, **Curso de Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal:** 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAULA, E. **Aborto**: Uma visão geral. Jus.com. Nov, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62446/aborto>. Acesso em: 04/2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de direito civil** – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. ver. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. São Paulo: Saraiva, 5a ed., 1994.

ROCHA, Bruno Alexandre Andrade Brito. **Implicações jurídicas do aborto anencefálico**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 128, set 2014.

ROSA, Emanuel Motta da. **O crime de aborto e o tratamento penal**. Jus Brasil, 2016. Disponível em: <https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>. Acesso em> 03/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

SERNA, Pedro. **De la argumentación jurídica a la hermenéutica**. Granada: Editorial Comares, 2003.

SÈVE, L. **Qu'est-ce que la personne humaine?** Bioéthique et démocratie. Paris : La Dispute, 2006.

SILVA FRANCO, Alberto da; Et STOCCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007.

STF - Supremo Tribunal Federal, **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal, Inteiro teor do Acórdão**, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em 03/2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, 2014, p. 79.

_____. **Manual de Direito Civil**: volume único / Flávio Tartuce. 7. ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.