



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA MARIA DE CARVALHO COSTA**

**O ABORTO PSICOLÓGICO DO ANTEPROJETO DE  
REFORMA DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador  
2013

**JULIANA MARIA DE CARVALHO COSTA**

**O ABORTO PSICOLÓGICO DO ANTEPROJETO DE  
REFORMA DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida B. Gomes

Salvador  
2013

**TERMO DE APROVAÇÃO****JULIANA MARIA DE CARVALHO COSTA****O ABORTO PSICOLÓGICO DO ANTEPROJETO DE  
REFORMA DO CÓDIGO PENAL À LUZ DO ORDENAMENTO  
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013.

À Maria da Glória Laperrière Costa, que jamais deixou de estar comigo em qualquer dificuldade e à Carmem Pereira de Carvalho por toda a dedicação. Aos meus pais (biológicos e adotivos), irmãos (consanguíneos ou não), avós, tios, tias, primos, padrinho e madrinhas por toda a força, confiança e paciência. O mérito é meu, mas o crédito é de todos. Amo vocês.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por me permitir chegar ao final de mais uma etapa de vida, com fé, saúde e uma família unida. Agradeço ainda ao meu orientador, Dr. Roberto de Almeida Borges Gomes, que para mim foi um mestre/pai/amigo de todas as horas e tem sido um grande exemplo.

Agradeço ainda a minha mãe, Dra. Maria Angélica Pereira de Carvalho Costa, grande mulher, exemplo de independência, força, garra e determinação. Acadêmica de mão cheia que me enche de orgulho, em quem eu busco me espelhar diariamente, e ao meu pai, Onildo Magalhães Costa Filho, por ser meu escudo, meu amigo, meu pai, meu amor, meu banco e minha fortaleza. Não posso esquecer também do apoio dado por meu irmão, Onildo João de Carvalho Costa, que “segura as pontas” quando não posso, ouve meus desabafos, me ajuda a administrar nossa casa, e é meu player 1 quando jogamos videogame.

Aos meus avós, Carmem Pereira de Carvalho e Carlos de Carvalho, pelo cuidado, carinho, atenção e mimos dispensados sempre. A eles devo todos os valores que prego, e espero sempre poder corresponder os cuidados e amor dispensados a mim. Agradeço ainda a minha madrinha Marlir Tedgue pelo apoio incondicional que tenho recebido desde o primeiro suspiro ao sair do ventre de minha mãe, e aos meus afilhadinhos, Matheus, Felipe, Gabriel Ryan, Gabriel Molina, Lucas Fracalossi e Pedro Maurício, alegrias e motivações diárias, que exigem de mim uma postura mais responsável diante dos acontecimentos que os envolvem, e não me deixam esquecer o quão bom é ser criança ainda que adulta.

Aos mestres Luciano Lima Figueiredo, Miguel Calmon, Fábio Roque da Silva Araújo, Thiago Borges, grandes educadores de vida, inspirações para atuar na carreira jurídica que me renderam aulas interessantíssimas, de vasto conteúdo, e que conciliavam intenso aprendizado com momentos de divertimento, retirando assim a monotonia da rotina na faculdade.

Aos supervisores de estágio, Dr. Luciano Silva Assis, Mariana Pondé, e todo o pessoal do escritório Nogueira Reis, Dultra & Caminha, em especial a Marcel Mutim que em meio a limitação temporal que diversos prazos lhe impunham, parou por um momento e me auxiliou a concluir o presente trabalho monográfico.

Agradeço, por fim, aos meus amigos e familiares, em especial a Jéssica Molina, Carolina Melo, João Passos, Gabriel Botelho, Murillo Campos, e Kalile Carmo que foram pacientes com minha ausência durante o tempo de estudo dedicado à monografia, e solícitos quando precisei de um ombro amigo.

## RESUMO

O anteprojeto que propõe a reforma do Código Penal elaborada por uma comissão de juristas trouxe uma inovação legislativa: o aborto psicológico. Influenciados pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 que acabou por autorizar a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, os elaboradores da proposta buscaram incluir mais outra excludente de ilicitude do aborto na qual não seria punível o aborto de gestantes que não tivessem condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Diante de tamanha inovação legislativa deve-se indagar se a nova excludente sugerida seria compatível com o ordenamento jurídico pátrio mesmo diante da proteção a vida conferida pela Constituição Federal vigente, e dos direitos ressaltados ao nascituro desde sua concepção.

**Palavras-chave:** aborto; direito à vida; direitos fundamentais; nascituro; anteprojeto de reforma; crime; código penal.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC/2002	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
nº	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 O DIREITO À VIDA</b>	<b>14</b>
2.1 A PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA VIDA	14
<b>2.1.1 A vida como um direito fundamental</b>	<b>14</b>
2.1.1.1 <i>Direitos fundamentais: conceito</i>	15
2.1.1.2 <i>A técnica legislativa da ponderação de bens e interesses: uma Ponderação principiológica de direitos fundamentais</i>	25
<b>2.1.2 O marco inicial da proteção jurídica da vida</b>	<b>27</b>
2.1.2.1 <i>Pressupostos do nascimento com vida segundo o ordenamento jurídico brasileiro</i>	<b>27</b>
2.1.2.2 <i>Teorias do início da vida</i>	28
2.2 O MARCO FINAL DA VIDA: A MORTE	30
<b>3 OS DIREITOS DO NASCITURO</b>	<b>34</b>
3.1 CONCEITO DE NASCITURO	35
3.2 PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO E DELIMITAÇÕES	35
<b>4 O ABORTO</b>	<b>37</b>
4.1 CONCEITO	37
<b>4.1.1 A relação da criminologia com a limitação dos direitos fundamentais</b>	<b>38</b>
<b>4.1.2 O aborto e os direitos ressalvados ao nascituro</b>	<b>40</b>
4.2 TRATAMENTO JURÍDICO	41
<b>4.2.1 O crime de Aborto</b>	<b>41</b>
4.2.1.1 <i>Conceito de crime</i>	41
4.2.1.2 <i>Evolução da legislação abortiva no Brasil</i>	45
4.3 FORMAS	47
4.4 ESPÉCIES	48
4.5 A NÃO INCRIMINAÇÃO DO ABORTO	49
<b>4.5.1 Hipóteses</b>	<b>50</b>
4.5.1.1 <i>Excludente de ilicitude</i>	50
4.5.1.2 <i>Direito à vida versus Dignidade sexual da gestante</i>	52
<b>4.5.2 Limites</b>	<b>54</b>

<b>5 O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL</b>	<b>56</b>
5.1 HISTÓRICO DE SUA ELABORAÇÃO	57
5.2 INOVAÇÕES NO TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO	60
<b>6 O ABORTO PSICOLÓGICO</b>	<b>61</b>
6.1 CONCEITO	61
6.2 LIMITES ESTIPULADOS PELO LEGISLADOR	62
6.3 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE	63
<b>6.3.1 O julgamento da ADPF nº 54: a possibilidade de interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia</b>	<b>63</b>
<b>6.3.2 Uma possível ponderação principiológica justificadora de sua inserção no ordenamento</b>	<b>67</b>
<b>7 CONCLUSÃO</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>73</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O aborto é, provavelmente, uma das infrações penais mais debatidas da atualidade. São travados a todo instante debates que ora giram em torno ora da sua revogação, ora da sua manutenção no Código Penal pátrio<sup>1</sup>, ora em torno de sua manutenção no código com o acréscimo de algumas hipóteses de permissividade de sua prática. Abortar nada mais e do que dar à luz antes do termo e em condições que não permitem a sobrevivência do feto, ceifando portanto seu direito de viver.

O direito à vida, por sua vez, está previsto no art. 5<sup>a</sup>, *caput*, da nossa Magna Carta no título que trata dos direitos e garantias fundamentais. Por muitos anos este direito foi tratado como o mais fundamental de todos os direitos, merecendo a proteção Estatal integral tanto no aspecto relacionado ao direito de nascer e continuar vivo, quanto no aspecto de se ter uma vida digna que garanta a subsistência da pessoa humana.

Nos dias atuais tem-se convivido com um avanço tecnológico e jurisprudencial relacionados com proteção da vida. Muitas são as teses que procuram justificar o direito à vida, e tem crescido o numero de defensores de uma proteção menos rigorosa a esse direito no que diz respeito à possibilidade de se pôr fim à vida do nascituro no ventre materno por vontade da própria gestante.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 e permitiu a interrupção da gestação em casos de gravidez de fetos portadores de anencefalia. Esse precedente do STF abriu um leque de interpretações acerca da possibilidade de interrupção da gestação em outros casos que não só os permitidos pelo art. 128 do atual Código Penal e nos casos de gravidez de fetos anencéfalos. Diante disso, a comissão de juristas que apresentou a Proposta de Reforma do Código Penal ao presidente do Senado Federal em doze de junho de dois mil e doze acrescentou mais dois incisos ao referido artigo, tratando de duas novas modalidades em que o aborto não seria punido, e ainda acrescentou ao inciso II do art. 128, que trata do aborto no caso de gestação resultante de estupro, a possibilidade de interrupção da

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial. V. II.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 238.

gravidez quando a mesma resultar do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida.

O novo artigo 128 do diploma penal passaria a contemplar então em sua redação, mais precisamente no inciso IV do referido artigo, a possibilidade de exclusão do crime de aborto quando o médico ou psicólogo atestarem que gestante não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade e mesma quiser pôr fim a gravidez. Isso seria possível, porém, respeitando-se um limite temporal, sendo tal interrupção possível somente até a décima segunda semana de gestação, quando os riscos de um aborto não são tão significativos para a saúde da gestante.

Essa nova modalidade permissiva é chamada de aborto psicológico e traz como fundamento os danos físicos e psíquicos que uma gravidez indesejada podem gerar à mãe do feto, bem como à criança indesejada que foi gerada, além de colocar em destaque princípios constitucionais como o da autonomia da vontade, da inviolabilidade física da gestante, da legalidade, da liberdade, e da dignidade sexual da gestante. Ademais, de nada adiantaria levar uma gestação adiante se posteriormente aquele bebê pode vir a ser morto ou abandonado pela própria genitora.

Ocorre que, diante da vasta proteção da vida conferida pela Constituição Federal vigente, dos direitos ressaltados ao nascituro desde sua concepção, e sabendo que o aborto não é uma questão meramente legislativa, como também é matéria de saúde pública, a análise acerca da compatibilidade da nova excludente de ilicitude do aborto com o ordenamento jurídico pátrio se faz extremamente necessária e deve ser feita de maneira criteriosa, estipulando o legislador inclusive limites para que a sociedade não utilize da oportunidade concedida pelo ordenamento de maneira banal ou fraudulenta. Questiona-se então se seria possível, diante da vasta proteção legal concedida, a inserção do aborto psicológico no ordenamento jurídico vigente.

Para tratar do referido questionamento o presente estudo monográfico foi então dividido em sete capítulos. O primeiro deles é introdutório, enquanto que o segundo trata do direito à vida resguardado constitucionalmente no *caput* do art. 5º, abordando sua proteção jurídico-constitucional e sua fundamentalidade, a técnica de ponderação de direitos fundamentais denominada ponderação de bens e interesses, os marcos inicial e final da vida para a medicina, bem como o início de sua tutela

jurídica, os pressupostos de nascimento com vida segundo o ordenamento jurídico pátrio e as teorias utilizadas para determinar o momento em que a vida se inicia.

O terceiro tópico ou capítulo trata do nascituro, trazendo consigo o conceito de nascituro, bem como trata da personalidade jurídica que confere aos sujeitos a capacidade para titularizar direitos e contrair obrigações, estabelecendo os parâmetros de sua configuração e questionando se o nascituro é ou não portador de tal capacidade.

Após as considerações feitas acerca da proteção da vida e de versar sobre a controversa existência de personalidade do nascituro é que se inicia o tratamento, no quarto capítulo, do crime de aborto. Este capítulo apresenta o conceito de aborto, tratando da relação da criminologia com a limitação de direitos fundamentais e relacionando o crime com os direitos ressalvados ao nascituro, bem como demonstra como o aborto é abordado no ordenamento jurídico pátrio, as formas e espécies de aborto elencadas pela doutrina, a evolução da legislação abortiva no Brasil e as hipóteses em que não restará configurado o referido delito.

O quinto capítulo, por sua vez, trata da proposta de reforma do Código Penal elaborada por uma Comissão de Juristas, que aborda todo o histórico de sua elaboração bem como as inovações no tratamento jurídico do aborto alocadas no bojo do projeto modificador.

O sexto capítulo discute acerca da novidade legislativa, a nova excludente positivada no art. 128, IV, do anteprojeto de reforma do código criminal, chamada de aborto psicológico. Versa o referido tópico sobre o que vem a ser essa nova modalidade permissiva, bem como os limites estipulados pelo legislador para que haja sua incidência no caso concreto. Ademais, analisa a compatibilidade desse tipo permissivo com o ordenamento jurídico vigente, fazendo um adendo à permissividade concedida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que culminou por autorizar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos caso seja de vontade da gestante.

Por fim o sétimo capítulo apresenta a conclusão de todo o trabalho de pesquisa, bem como uma possível alternativa interpretativa para que a permissividade do aborto baseado em questões tão íntimas, como é o caso do aborto psicológico, não gere uma banalização da prática abortiva que como já dito

anteriormente não é só um tema jurídico como perpassa por questões sociológicas, educacionais e de saúde pública.

## 2 O DIREITO À VIDA

A Constituição Federal assegura o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção: uma relacionada ao direito de continuar vivo; e a outra ligada ao direito de ter uma vida digna, que guarda relação não apenas com a mera subsistência<sup>2</sup>.

### 2.1 A PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA VIDA

O direito à vida está positivado na Constituição Federal, mais especificamente no *caput* de seu art. 5º<sup>3</sup>, artigo este inserido no Título II, Capítulo I, que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos e das garantias constitucionais fundamentais. Esse direito à vida abarca não só o direito de permanecer existente, como também assegura o direito a um adequado nível de vida.

#### 2.1.1 A vida como um direito fundamental

A vida, como se sabe, é o mais fundamental de todos os direitos, uma espécie de pré-requisito da existência dos demais direitos humanos fundamentais uma vez que estes não se aplicam em caso de inexistência de vida<sup>4</sup>, não fazendo sentido declarar qualquer outro direito se antes não fosse garantido o direito de estar

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 176.

<sup>3</sup> 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: [...].

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

vivo para poder usufruí-lo<sup>5</sup>. É o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição<sup>6</sup>, o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no art. 5º da CF/88.<sup>7</sup>

#### *2.1.1.1 Direitos humanos fundamentais: evolução histórica e conceito*

Antes de tratar dos direitos fundamentais e sua conceituação, porém, necessária se faz a compreensão de sua afirmação histórica. Esses direitos surgiram de um processo evolutivo; decorreram da necessidade de uma limitação normativa ao poder estatal.

Eles não foram reconhecidos ou construídos todos de uma única vez, sendo que seu processo de existência se deu conforme a experiência da vida humana em sociedade, e por isso mesmo é de extrema importância para o presente estudo compreender como eles surgiram. Nesse sentido, assevera Norberto Bobbio<sup>8</sup>:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

A afirmação desses direitos fundamentais ao longo do tempo foi gradual e turbulenta. A luta por sua concretização até os dias atuais perpassa por diversos questionamentos, tais como a necessidade ou não de sua positivação, a limitação de um direito fundamental quando no caso concreto há a sua colisão com outro da mesma categoria, ou até sua utilização como baliza para a interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Um conjunto de valores, direitos e liberdades mostraram a necessidade de ser consubstanciados em direitos denominados fundamentais ante a sua essencialidade, ante a sua necessidade de afirmação nas relações sociais. Por isso mesmo, existe uma dificuldade em sua conceituação e alcance, uma vez que o rol

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 289.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05.

de garantias se modificou e ainda se modifica ao longo dos anos; é o momento histórico que determina as necessidades e interesses da sociedade. Outro impasse existente na sua delimitação é aquele ligado à definição de um fundamento absoluto para esses direitos, uma vez que devido a sua heterogeneidade convivemos com a existência de diversos direitos fundamentais que, muitas vezes, entram em conflito, podendo gerar incerteza, e as razões que valem para sustentar algum deles podem valer para afastar a aplicação do outro em um caso concreto<sup>9</sup>.

A primeira tentativa de positivação da proteção a um direito que deveria se sobrepor aos demais, sendo respeitado por todos, inclusive pelos próprios aplicadores das normas coletivas a serem seguidas pela comunidade, iniciou-se na era mesopotâmica, quando por volta do século XVIII a.C. o rei Hamurabi da primeira dinastia da Babilônia apresentou um conjunto de leis escritas que deveriam ser seguidas por seus súditos<sup>10</sup>, unificando o reino através de um código de leis comuns. Essa foi a primeira codificação de que se tem notícia, na qual eram previstas regras e punições que deveriam ser aplicadas a todos os homens sem qualquer distinção.

Já no século V a.C. a Grécia veio colocar a pessoa humana como centro do pensamento filosófico, através das ideias antropocentristas difundidas por Sócrates e Platão. A Grécia Antiga lançou ainda as bases da atual Democracia, mostrando-se ainda limitada, onde apenas alguns sujeitos poderiam participar da tomada das decisões políticas, estando mulheres, estrangeiros e escravos excluídos desse grupo limitado.

Ainda no período da antiguidade clássica, a civilização romana ganha destaque no processo de criação dos direitos fundamentais com a Lei das XII Tábuas, instituída pela plebe para conter os abusos cometidos pelos patrícios e sacerdotes, assegurando aos plebeus que eles receberiam tratamento jurídico similar àquele dispensado às classes mais abastadas. Essa permissividade do povo participarem nos assuntos da cidade acabava limitando o exercício do poder político.

---

<sup>9</sup> PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília**, v. 9, n. 85. Jun./jul, 2007. p. 92-107. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller\\_Rev85.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf)>. Acesso em 04 de set. de 2013. p. 93.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 94.



Também é de relevante importância para a chegada dos direitos fundamentais ao *status* em que hoje se encontram o surgimento do cristianismo. Ele trouxe consigo a separação entre os poderes ditos “de Deus” e dos monarcas, que não mais seriam vistos como divindades limitando assim o poder político. Firmou ainda a ideia de que todas as pessoas pertencentes a quaisquer dos povos poderiam ser “salvas” através da crença em Jesus Cristo, como bem asseverou Jorge Miranda<sup>11</sup>:

“É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.”

A era cristã, por sua vez, foi sucedida por um período de retrocesso, o período medieval, marcado pela descentralização política e econômica. Com o surgimento do feudalismo passou-se a ter a existência de vários centros de poder, afastando-se do pensamento social o ideário democrático e de controle dos órgãos políticos originados em Roma no período republicano e em Atenas, reafirmados com o surgimento do cristianismo.

Já no fim deste período medieval, mais especificamente no ano de 1215, o rei João Sem-terra, rei este que não possuía terras por não ser o primogênito de sua família, assinou a Magna Carta. Este documento reconheceu diversos direitos, tais como a liberdade religiosa, a proteção à propriedade privada, a liberdade de ir e vir, bem como lançou as bases da anterioridade tributária<sup>12</sup>. Tal carta significou ainda o “primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca”<sup>13</sup>, achando-se o rei limitado pelas leis que ele próprio editara, assegurando assim a continuidade do processo de positivação de direitos essenciais aos homens iniciado na antiguidade.

Ainda na Inglaterra, durante o século XVII, houveram diversas rebeliões sociais encabeçadas por todas as camadas da comunidade, o que culminou em

---

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p.17.

<sup>12</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindadade\\_ Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade_ Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 04 de out. de 2013. p. 02.

<sup>13</sup> PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, v. 9, n. 85**. Jun./jul, 2007. p. 92-107. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller\\_Rev85.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf)>. Acesso em 04 de set. de 2013. p. 96.

diversas declarações de direitos, dentre elas o Bill of Rights de 1689<sup>14</sup>. Tal declaração foi promulgada pelo parlamento inglês e extinguiu o regime da monarquia absolutista, retomando a ideia de um governo representativo, conferindo poderes ao Parlamento de modo a preservar a liberdade do chefe de estado, o que seria um embrião da separação dos poderes que atualmente é direito fundamental e cláusula pétrea em diversas constituições republicanas. Conforme entender de Fabio Konder Comparato<sup>15</sup>:

O Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Outra declaração de transcendental importância que marca a positivação dos direitos humanos ao longo da história é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ela é fruto da Revolução Francesa, revolução esta que “instaurou a ordem burguesa na França”<sup>16</sup>. De inspiração jusnaturalista, reconheceu a existência de direitos naturais, imprescritíveis, inalienáveis e invioláveis a todos os seres humanos, e não apenas a determinada camada social. A Revolução Francesa foi o *boom* para diversas outras revoluções “que culminaram em processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”<sup>17</sup>.

O Brasil, por sua vez, foi colônia de independência relativamente tardia quando comparada às demais, e isso acabou gerando certo retardo na positivação constitucional de direitos e garantias fundamentais no país. A primeira Constituição Brasileira a trazer em seu bojo um capítulo dedicado exclusivamente a tratar de direitos fundamentais foi a do ano de 1934<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto alegre: livraria do advogado, 2012. p. 42.

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88-89.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto alegre: livraria do advogado, 2012. p. 43-44.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

<sup>18</sup> Constituições Anteriores. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em 29 de set. de 2013.

Assegurava o Capítulo II da referida *magna carta* os direitos e garantias individuais, através da expressa proteção no art. 113<sup>19</sup> da liberdade, propriedade e

---

<sup>19</sup> Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

II - Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

III - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

IV - Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra *b*.

V - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

VI - Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

VII - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

VIII - É inviolável o sigilo da correspondência.

IX - Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

X - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

XI - A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

XII - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

XIII - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

XIV - Em tempo de paz, salvas as exigências de passaporte quanto à entrada de estrangeiros, e as restrições da lei, qualquer pessoa pode entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair.

XV - A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País.

XVI - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

XVII - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

XVIII - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

XIX - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

XX - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

segurança, determinando ainda seu art. 114 que a “especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”<sup>20</sup>, sendo possível que um sujeito seja titular de outros direitos fundamentais que não se encontram positivados, mas são protegidos constitucionalmente ante a sua ligação umbilical com a condição humana. Desde então o Brasil vem ampliando o rol de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, inserida no contexto histórico de afirmação e positivação de direitos fundamentais, declarando-se democrática e elegendo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o respeito à

---

XXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

XXII - Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.

XXIII - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*.

XXIV - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

XXV - Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.

XXVI - Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

XXVII - A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

XXVIII - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

XXIX - Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

XXX - Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.

XXXI - Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro.

XXXII - A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

XXXIII - Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

XXXIV - A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.

XXXV - A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

XXXVI - Nenhum imposto gravará diretamente a profissão de escritor, jornalista ou professor.

XXXVII - Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.

XXXVIII - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

<sup>20</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 29 de set. de 2013.

Dignidade da Pessoa Humana, não poderia ser indiferente a tais direitos, e, por isso mesmo, trouxe em seu bojo, mais especificamente no Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, a saber: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos fundamentais portanto, conforme demonstrado em breve aparato histórico, apesar de terem sua inserção lenta e gradual nos ordenamentos jurídicos, sempre estiveram presentes no seio social através de seu reconhecimento universal. Isso acaba trazendo uma enorme dificuldade quanto a sua conceituação e delimitação.

Eles são intrínsecos ao convívio humano em comunidade e mostraram-se primeiramente como fundamentos morais das relações humanas, não resumindo-se atualmente àqueles positivados em normas jurídicas, como bem observou Fábio Konder Comparato<sup>21</sup> em uma de suas obras:

O Direito vive, em última análise, na consciência humana. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. [...] a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como Direitos Fundamentais.

Nesse sentido também pode-se trazer à baila a conclusão presente na Revista Jurídica da Presidência da República<sup>22</sup>, que trata da dificuldade de reduzir a um conceito o que seria um direito fundamental, *in verbis*:

A definição do que sejam os Direitos Fundamentais mostra-se ainda mais complexa quando os mesmos são colocados sob uma perspectiva histórica e social. Uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo a garantir seu correto cumprimento ou até mesmo como meio de coação para sua observância de maneira universal.

A busca da conceituação e de um fundamento para os direitos fundamentais, portanto, não é tarefa fácil nem mesmo para os especialistas no assunto. Como já afirmado anteriormente, esses direitos não foram construídos ou reconhecidos de uma única vez, mas sim em conformidade com a evolução da

---

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2001. 11ª Ed. p. 134.

<sup>22</sup> PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, v. 9, n. 85. Jun./jul, 2007. p. 92-107. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller\\_Rev85.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf)>. Acesso em 04 de set. de 2013.

convivência humana em sociedade, e por isso mesmo surgem e modificam-se ao longo dos anos, perpassando por questões de ordem não apenas jurídica, como também econômica, filosófica, sociológica e política<sup>23</sup>.

Outro aspecto doutrinário que ainda causa discussão acerca dos direitos fundamentais é a utilização da terminologia correta para designar os direitos essenciais à pessoa humana. Utiliza-se erroneamente a expressão “direitos do homem” quando se aborda o tema dos direitos humanos fundamentais. Neste sentido preleciona José Joaquim Gomes Canotilho<sup>24</sup>:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Para Alexandre de Moraes<sup>25</sup>, direitos humanos fundamentais seria um conjunto institucionalizado de direitos e garantias que o ser humano possui, que tem por escopo o respeito à sua dignidade, materializando-se através da proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de e desenvolvimento da personalidade humana.

Esses direitos humanos fundamentais devem ser analisados em duas perspectivas: uma individualista e outra comunitária. Direitos humanos na visão individualista é a proteção do ser humano perante as arbitrariedades cometidas pelos órgãos estatais, podendo exercer suas faculdades de uma maneira mais libertária. Já a visão comunitarista enxerga os direitos humanos como um conjunto de regras que objetivam estabelecer boas condições sociais para o desenvolvimento da personalidade humana, enxergando o ser humano como um indivíduo inserido numa determinada comunidade e não visto de maneira isolada.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998. P. 259.

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: atlas, 2003. p. 39.

Tal conjunto institucionalizado de direitos e garantias vale lembrar, não necessariamente deve estar expresso no texto constitucional, podendo vir como uma espécie de fundamentos para a atuação Estatal seja editando normas jurídicas, seja aplicando-as, possuindo ainda como características básicas a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universabilidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade.

Os direitos fundamentais são tão importantes e abrangentes que abarcam uma serie de outros direitos (como exemplo tem-se a ligação que existente entre a liberdade de locomoção que é direito humano fundamental e a garantia do *habeas corpus*) e, sendo assim, qualquer tentativa de enumera-los ou reduzi-los a um conceito sintético e preciso pode trazer resultados insatisfatórios quanto ao seu âmbito de incidência e propósito. Eles não devem ser interpretados isoladamente e a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deve ser no sentido de garantir sua efetivação, proibindo ainda a ocorrência de desrespeito ou renúncia a esses direitos.

O direito à vida, objeto de estudo da presente pesquisa, está inserido nos direitos individuais e coletivos, os quais correspondem àqueles direitos diretamente ligados a pessoa humana e sua personalidade. Ele é um direito humano fundamental de primeira geração<sup>26</sup>, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>27</sup>, são direitos:

[...] de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.

A centralidade do direito à vida é enfatizada nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como por exemplo, A Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José, que ocorreu em 1969 e foi ratificada pelo país em setembro de 2002. Essa convenção declara no seu art.

---

<sup>26</sup> LOBATO, Anderson Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176384/000506401.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04 de set. de 2013. p. 89.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto alegre: livraria do advogado, 2012. p. 46-47.

4<sup>o28</sup> que todos têm o direito de que sua vida seja respeitada, afirmando ainda que tal direito deve ser protegido por lei desde o momento da concepção<sup>29</sup>.

O legislador constituinte, ao positivizar tal direito, não buscou conceituá-lo, mas estabeleceu limites que caso sejam ultrapassados acabarão por atingi-lo. Com o escopo de proteger a vida, inicialmente criou um aparato estatal para garantir que as pessoas nasçam e continuem vivas até sua extinção por causas naturais, perseguindo os atentados dolosos contra a vida, estabelecendo procedimento específico para o julgamento dos crimes contra ela atentados por exemplo.

Ademais, assegurou um nível mínimo de vida, para que todos possam viver com dignidade, através de amparo do poder público àqueles que não dispõem de recursos aptos ao seu sustento e da positivação de direitos à alimentação adequada, à moradia (art. 6º CF/88<sup>30</sup>), à saúde (art. 196 CF/88<sup>31</sup>), à integridade física, à educação (art. 215 CF/88<sup>32</sup>), ao lazer (art. 217 CF/88<sup>33</sup>), dentre outros<sup>34</sup>,

---

<sup>28</sup> Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 290.

<sup>30</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>31</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>32</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;



garantindo ainda o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para que as pessoas possam viver com qualidade.

A falta de uma definição conceitual do que vem a ser o direito á vida, porém, com o passar do tempo acabou gerando discussões acerca do seu início, quando começaria a proteção jurídico-constitucional da vida, bem como a problemática de sua “harmonização com outros direitos que lhe disputem incidência num caso concreto”<sup>35</sup> como, por exemplo, nos casos em que a vida se vê mais suscetível de ser agredida e o Estado, para defendê-la, vale-se de meios que atingem a liberdade de outros sujeitos de direitos fundamentais para protegê-la<sup>36</sup>.

#### *2.1.1.2 A técnica da ponderação de bens e interesses: uma ponderação principiológica de direitos fundamentais*

Como já explanado anteriormente, ante a diversidade de direitos fundamentais tutelando uma imensa diversidade de bens jurídicos, é possível que princípios, válidos e aplicáveis ao mesmo tempo, presentes em uma dada situação concreta, entrem em contradição entre si, exigindo do aplicador/intérprete do direito a escolha pela prevalência de um deles.

Essas antinomias principiológicas aparecem constantemente nos casos levados ao Judiciário, necessitando para sua solução que o aplicador das normas enxergue o sistema jurídico como um todo unitário, coerente e consistente, que não

V - valorização da diversidade étnica e regional.

<sup>33</sup> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

<sup>34</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

<sup>36</sup> *Ibidem*. p. 296.

oferece qualquer margem à insegurança. Por isso mesmo, buscando solucionar o problema da contradição entre os princípios norteadores do ordenamento que possam colidir em um caso concreto, a doutrina constitucionalista desenvolveu a técnica da ponderação de bens e interesses.

Essa técnica consiste na situação em que, diante de um caso concreto, caberá ao aplicador do direito estabelecer uma relação de preferência concreta entre os princípios jurídicos colidentes<sup>37</sup>.

As normas principiológicas consubstanciam valores e fins que não raro apontam perspectivas contraditórias quando utilizados na solução do mesmo problema, e assim sendo primeiramente deve o intérprete do direito escolher o princípio que deve prevalecer da seguinte forma: primeiro identificam-se as normas mais relevantes aplicáveis ao caso em análise, posteriormente analisa-se o fato e suas circunstâncias e a relação de ambos com os elementos normativos e, por fim, deve haver a mensuração dos pesos, averiguando-se a repercussão dos fatos e qual princípio deve ser utilizado como fundamento decisório, a fim de que seja empregado na situação fática de maneira prevalente aquele princípio capaz de balizar a decisão mais justa<sup>38</sup>.

Ao pensar em prevalência de um princípio sobre outro e a utilização da técnica da ponderação de bens e interesses, porém, é de se ter em mente que a proporcionalidade deve sempre estar presente e ser empregada como um *standard*, mostrando-se como garantia conferida aos sujeitos de direitos, uma vez que deverá sempre contrabalancear a tutela conferida por um princípio a determinado bem jurídicos e a restrição a outro direito fundamental.

Essa proporcionalidade exige, ainda, que haja uma adequação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado, devendo ser aplicada de maneira criteriosa, pois deverá o aplicador ter sempre em mente que as normas consubstanciadoras de direitos fundamentais só podem ser limitadas pelo Poder Público ou pelos particulares quando a limitação for imprescindível à proteção de

---

<sup>37</sup> FREIRE, Ricardo M. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: jusPODIVM. p. 67.

<sup>38</sup> SOUZA, Cláudio Pereira Neto; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e Aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 297-300.

interesses e valores relevantes socialmente. Nesse sentido, de importante reprodução são as preciosas palavras de Robert Alexy<sup>39</sup>:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

No caso do aborto, existem situações concretas em que deve haver a prevalência da dignidade e autonomia da gestante, quando colidente com o direito à vida do nascituro, sendo que tal situação não implica na invalidação dos direitos deste quando comparados às garantias conferidas à mulher em estado gravídico. Esse é o caso, por exemplo, da excludente prevista no art. 128, II, do CP, que permite a interrupção da gestação por vontade da gestante se a gravidez for resultante do crime de estupro.

## **2.1.2 O marco inicial da proteção jurídica da vida**

Ao tutelar a vida deveria também o legislador constitucional estabelecer qual o marco inicial de sua proteção. Estabelecendo a concepção, a nidação, o nascimento, a formação do sistema nervoso central, ou qualquer outro aspecto biológico como termo inicial para a tutela da vida humana, estaria o operador do direito apto a afastar questionamentos sociais conflitantes com a proteção da vida como, por exemplo, a possibilidade de legalização do aborto, que poderia se dar em quaisquer situações ou em casos específicos, a depender do marco escolhido.

### *2.1.2.1 Pressupostos do nascimento com vida segundo o ordenamento jurídico brasileiro*

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93-94.

O art. 2º do CC/2002 determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”<sup>40</sup>, exigindo portanto para a titularização de direitos o nascimento e a vida, porém não estabelece quais os requisitos necessários para diferenciar que o recém-nascido tenha vindo ao mundo vivo ou morto.

### 2.1.2.2 Teorias do início da vida

Ao saber que vida é resguardada pelo ordenamento, impetuoso se faz conhecer o momento em que se inicia tal proteção. O legislador positivou o direito à vida e determinou que providências fossem tomadas quando da sua violação, mas questiona-se: a partir que momento ele é violado?

A resposta para tal questionamento, por sua vez, depende da teoria que determinaria o momento inicial de proteção da vida adotada pelo ordenamento jurídico. Apesar da diversidade de posicionamentos, elencaremos aqui as quatro principais teses que estabelecem o momento em que ocorre o início da vida e, conseqüentemente, de sua proteção. São elas: a teoria da concepção, a teoria da nidação, a teoria das primeiras atividades cerebrais, e a teoria natalista.

A primeira teoria apontada, a teoria concepcionista, é aquela defendida pela Igreja Católica e pelos doutrinadores Teixeira de Freitas<sup>41</sup> e Clóvis Beviláqua<sup>42</sup>, percussores do Código Civil de 1916. Segundo ela a vida humana há de ser protegida desde o momento em que é gerada. Dessa forma, no momento em que há a fecundação do óvulo pelo espermatozoide já haveria vida e, conseqüentemente, seria iniciada sua proteção integral<sup>43</sup>. Para esta teoria, a pesquisa com embriões

---

<sup>40</sup> Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 01 de out. de 2013.

<sup>41</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil, volume I**. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983. p. 84.

<sup>42</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo LTDA, 1949. p. 88.

<sup>43</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 426.

ainda que fertilizados *in vitro* não seria possível, uma vez que ao realizar a pesquisa o cientista já estaria destruindo o embrião, a vida já protegida<sup>44</sup>.

A segunda tese defendida é aquela que afirma que o início da vida se dá com a implantação e fixação do óvulo no útero da mulher, fenômeno chamado de nidação<sup>45</sup>. O termo nidação vem da zoologia, e significa formar um ninho. A partir da nidação teria o nascituro direitos da personalidade e expectativa de direitos patrimoniais, os adeptos dessa corrente. Antes disso haveria apenas um blastócito sem qualquer proteção jurídico-constitucional. Assim sendo, não haveria qualquer vida humana no embrião fertilizado em laboratório, pois uma vez não implementado no útero da mulher não seria considerado vida humana<sup>46</sup>.

Já para os defensores da teoria das primeiras atividades cerebrais, o início da vida se daria com o surgimento dos “rudimentos do que será o sistema nervoso central”<sup>47</sup>. Seria necessário para que existisse vida, assim, que o feto apresentasse o esboço desse futuro sistema nervoso, havendo ainda quem defenda que a vida só existiria após esse sistema que está sendo formado demonstrasse alguns sinais de funcionamento, ou seja, seria necessária a verificação de atividade cerebral no feto para a caracterização da vida humana e sua proteção<sup>48</sup>.

A última das teorias elencadas é a natalista. Segundo seus defensores, dentre eles Silvio Venosa<sup>49</sup>, a aquisição da personalidade jurídica dar-se-ia após o nascimento com vida e, somente após isso é que se poderia “avaliar a incidência do direito à vida”<sup>50</sup>. O nascituro, nesse caso, seria um ser humano em potencial, e essa condição, segundo ele, extrapolaria a simples situação de expectativa de direito, ficando os direitos do nascituro, em verdade, sob condição suspensiva.

Para essa parte da doutrina civilista o recém-nascido passa a ter garantido o seu direito à vida no instante em que principia o funcionamento do seu

---

<sup>44</sup> SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias Do Início Da Vida E Lei De Biossegurança**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em 30 de set. de 2013. p. 04.

<sup>45</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 427.

<sup>46</sup> SOUZA, Priscila Boim de. *Idem*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em 30 de set. de 2013. p. 04-05.

<sup>47</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 427.

<sup>48</sup> SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias Do Início Da Vida E Lei De Biossegurança**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>>. Acesso em 30 de set. de 2013. p. 04.

<sup>49</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 3-4.

<sup>50</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 427.

aparelho cárdio-respiratório, clinicamente aferível pelo exame de Docimásia Hidrostática de Galeno<sup>51</sup>, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois. Assim sendo, caso o recém-nascido, cujo pai já tenha morrido, falece logo após o parto, terá adquirido, por exemplo, todos os direitos sucessórios do seu genitor, transferindo-os de imediato para sua mãe.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que nos termos da legislação em vigor o nascituro, embora não seja considerado sujeito dotado de personalidade jurídica, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção (no momento da nidação), demonstrando que o Código Civil adotou a teoria natalista quando trata do assunto<sup>52</sup>. Nesse sentido, é possível afirmar que o nascituro é titular de direitos personalíssimos como o direito à vida e à proteção pré-natal (art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>53</sup>), como também pode ser beneficiado como donatário ou por legado e herança, e ser-lhe nomeado curador para defender seus interesses (arts. 877<sup>54</sup> e 878<sup>55</sup> do CPC). O nascituro é possuidor ainda de direitos patrimoniais que estão condicionados ao seu nascimento com vida, mas que têm efeitos retroativos<sup>56</sup>.

## 2.2 O MARCO FINAL DA VIDA: A MORTE

---

<sup>51</sup> Verifica-se o nascimento com vida por meio da respiração. Para tanto, utiliza-se atualmente a técnica da medicina legal chamada Docimásia Hidrostática de Galeno que consiste na retirada do pulmão do recém-nascido precedida do mergulho do órgão em um recipiente com água e caso o mesmo venha a afundar significa que a criança não chegou a respirar e, portanto, nasceu morta.

<sup>52</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 128.

<sup>53</sup> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

<sup>54</sup> Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

<sup>55</sup> Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

<sup>56</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 129-130.

Segundo a definição do Mini Dicionário Luft<sup>57</sup> a morte é o “1. Ato de morrer; o fim da vida. 2. Fim; termo. 3. Destruição; ruína. 4. (fig.) Pesar profundo”. O artigo 6º do Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, é bastante claro quando dispõe: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”<sup>58</sup>.

Inicialmente, cumpre informar que, para o Direito, se faz necessária a determinação exata do momento em que a morte ocorre ao indivíduo, haja vista que a partir desse momento também se coloca um fim na personalidade jurídica do mesmo.

A morte legal é considerada no momento em que ocorre a morte encefálica (ou morte cerebral) da pessoa. Nesta ocasião, há uma parada de todas as funções do cérebro, em decorrência de dor, falta de oxigênio e de glicose, tornando-se o cérebro incapaz de manter todas as funções vitais do corpo. Esta morte é irreversível e permanente, sendo impossível a alteração no quadro clínico do falecido.

Tal entendimento é utilizado pela Lei nº 9.434 de 1997, comumente conhecida por “Lei dos Transplantes”. O art. 3º da supracitada Lei, assegurando o conteúdo exposto na Resolução 1.480/97, determina que:

Art.3º: A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Rita Maria Paulina dos Santos<sup>59</sup> assevera que:

Inicialmente morre a célula, depois o tecido e a seguir o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Dessa forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro.

A Resolução 1.480 de 1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM) assegura, em seu art. 1º, que “A morte encefálica será caracterizada através da

---

<sup>57</sup> LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. São Paulo. Ed. Ática. 2000. p.467.

<sup>58</sup> Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 07 de out. de 2013.

<sup>59</sup> SANTOS, Rita Maria Paulina dos. **Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 34.

realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.” A Resolução considera a “necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte”.

Uma vez identificada a morte do ser, é necessário que o médico emita um documento solene denominado Atestado de Óbito, onde deve constar a confirmação do falecimento, a definição da *causa mortis*, e a comprovação dos dados médicos-sanitários, havendo a possibilidade deste último testemunho ser feito por duas testemunhas idôneas, que tenham presenciado ou verificado a morte.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>60</sup> (2013, p. 369) lecionam que:

[...] o acolhimento do critério de *morte encefálica* impõe a participação direta do médico para a comprovação do óbito, o que não está, a toda evidência, ao alcance da ciência do Direito, dizendo respeito aos domínios da Medicina. Assim, somente após a declaração médica é que será possível lavrar a certidão de óbito, no cartório de registro civil competente.

No âmbito do Direito, além de se adotar o entendimento de que a morte legal se dá com a morte encefálica, o indivíduo também pode ser considerado morto quando há o que chamamos de morte presumida (com ou sem decretação de ausência).

Esta última é extremamente provável quando a pessoa desaparece em situações em que estava correndo risco iminente de vida, fora prisioneiro de guerra, entre outros casos constantes no art. 7<sup>o</sup><sup>61</sup> do CC/02.

Cumprido informar que em ambos os casos, sendo constatada a morte, deve-se emitir uma Certidão de Óbito junto a um Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais. Para que seja válido, este documento deve conter todas as informações que requer o art. 80 e seguintes da Lei de Registro Público (Lei nº 6.015/73).

---

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Vol.1.** Salvador: JusPodivm, 2013.p. 369.

<sup>61</sup> Art. 7<sup>o</sup> Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.



No que tange o ordenamento jurídico pátrio, o maior efeito que a morte causa, como mencionado anteriormente, é o da extinção da personalidade jurídica do falecido. A personalidade jurídica acompanha o indivíduo por toda a sua vida, assim, com a cessação da vida perde-se esta personalidade.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal<sup>62</sup>:

Até a ocorrência deste evento inexorável, no entanto, a pessoa conserva a personalidade adquirida, sem qualquer limitação. Somente com o óbito, haverá cessação da aptidão para titularizar relações jurídicas, ocorrendo, de pleno direito, uma *mutação subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais* mantidas pelo falecido (*de cuius*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores, *ex vi* do disposto no art. 1.784 da Codificação.

Diante disso questiona-se de que maneira é possível permitir o prenúncio da morte do nascituro baseado unicamente na vontade inequívoca da gestante em pôr fim à gestação. Questiona-se ainda a relação da morte com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o que seria o direito à morte digna.

A apreciação do tema remete à análise dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Autodeterminação (autonomia da vontade). Numa visão autônoma, a dignidade humana seria o corolário da autonomia de vontade do indivíduo. Seria destacar a liberdade do sujeito em dispor de sua vontade livremente, em busca de sua dignidade.

Já acerca de uma visão heterônoma, impende destacar que a dignidade da pessoa humana atuando externamente à vontade do indivíduo. Como leciona Luis Roberto Barroso e Letícia Campos Martel<sup>63</sup>, seria:

[...] como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados [...] é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou da comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano [...].

A conjugação entre os Princípios da Dignidade e da Autodeterminação com o Direito à vida dá ensejo ao entendimento sob o qual seria permitido ao indivíduo também dispor de maneira livre e digna sobre a morte de alguém que ainda não possui personalidade jurídica. Assim, a mulher em estado gravídico passaria a ser primeiramente “dona do seu destino”, de modo a poder conduzir da maneira que quisesse a vida do ser que carrega em seu ventre, podendo, assim,

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.* p. 367.

<sup>63</sup> BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida.* In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 199.

optar por uma gestação sem prolongamentos ou sofrimentos tanto para ela quanto para aquele que está por nascer.

O que ocorre, porém, é que atualmente no Brasil, principalmente quando está se tratando do tema eutanásia, não é concedido ao indivíduo o direito de morrer de forma digna, posto que a CF/88 traz em seu bojo uma proteção incondicional da vida. Isso acaba gerando, de certa forma, uma “obrigação de viver”, ainda que a o nascituro venha a viver uma vida reduzida devido ao seu estado biológico e sem qualquer qualidade.

Como a medicina nos tempos hodiernos está muito avançada e as intervenções médicas estão cada vez mais incisivas, pôr fim a uma gestação torna-se muito mais fácil e menos doloroso tanto para a paciente gestante quanto para o seu feto. Tal situação evitaria sofrimento da gestante e também uma tentativa de aborto clandestino que muitas vezes acaba por ceifar a vida da mãe e do bebê.

O que não se pretende, aqui, é banalizar e facilitar o aborto. Busca-se propor com o presente trabalho é que haja uma tutela por parte do ordenamento jurídico, para que a gestante possa dispor plenamente de sua autonomia e, de acordo com suas convicções e vontades, poder decidir entre ser ou não mãe; optar por levar adiante um processo gravídico que possa resultar em uma vida traumática para a criança que está por vir ao mundo.

Não basta, porém, simplesmente que a gestante requeira a prática do aborto, mas também que a mesma seja submetida a análise de uma equipe multidisciplinar que ateste sua falta de condições – sejam físicas, psicológicas ou financeiras – de continuar com a gravidez e posteriormente arcar com a responsabilidade de criar uma criança em conformidade com, conforme determina o ECA:

*“os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”<sup>64</sup>.*

### 3 OS DIREITOS DO NASCITURO

---

<sup>64</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 2 de out de 2013.

O nascituro, apesar de não elencado no ordenamento jurídico pátrio como possuidor de personalidade jurídica, como se viu anteriormente figura como sujeito possuidor de alguns direitos, sendo-lhe possível inclusive titularizar direitos sucessórios.

### 3.1 CONCEITO DE NASCITURO

Limongi França, citado por Francisco Amaral, conceitua o nascituro como sendo “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”<sup>65</sup>. Trata-se, portanto, de ente já concebido dotado de vida intra-uterina, embora ainda não nascido<sup>66</sup>.

A Lei Civil, por sua vez, não estabeleceu elementos passíveis de atribuir uma definição ao que venha a ser o nascituro, posto que não o considere sujeito dotado de personalidade jurídica, colocando a salvo, porém, os seus direitos desde a concepção (art. 2º CC/2002).

### 3.2 PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO E DELIMITAÇÕES

Conforme preleciona ilustríssimo Clóvis Beviláqua<sup>67</sup>, “personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações”. A Teoria Geral do Direito Civil, por sua vez, adotou esse conceito que atualmente é unânime, consolidando a ideia de que personalidade jurídica seria a aptidão genérica para se titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, o atributo necessário para ser sujeito de direitos. “A questão do início da personalidade tem relevância porque, com ela, o homem se torna sujeito de direitos, adquire capacidade jurídica”<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217.

<sup>66</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126.

<sup>67</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo LTDA, 1953. 6ª Ed. p. 80.

<sup>68</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 03.

Como já dito anteriormente, o código civil determina em seu art. 2º que a personalidade jurídica se inicia após o nascimento com vida. Assim sendo, qualquer um que nascer e demonstrar sinais vitais ainda que venha a óbito logo depois já é passível de titularizar direitos e contrair obrigações.

O referido artigo, porém, afirma que alguns direitos são ressalvados ao nascituro quando da sua concepção, deixando o texto legal a entender que o nascituro não seria dotado de personalidade jurídica, mas é pessoa sujeito passível de titularizar direitos, trazendo assim dúvidas ao aplicador do direito acerca de quais direitos devem ser garantidos ao nascituro.

A melhor solução para tal dissídio seria apontada de acordo com a tese adotada para delimitar o início da vida humana e, conseqüentemente, da personalidade jurídica. Nesse caso, se fosse admitida a teoria natalista, a aquisição da personalidade teria início a partir do nascimento com vida, sendo o nascituro possuidor de mera expectativa de direitos que só se concretizariam após o seu nascimento, não havendo nesse caso a proteção da vida desde a concepção.

No caso de adoção da teoria da personalidade condicionalista difundida por Maria Helena Diniz<sup>69</sup>, o nascituro já possuiria direitos personalíssimos, estando apenas sob condição suspensiva os direitos materiais como, por exemplo, o direito sucessório. Ou seja, ao ser concebido o feto já poderia titularizar alguns direitos de cunho extrapatrimonial, como o direito à vida, mas só iria adquirir completa personalidade quando implementasse a condição do seu nascimento com vida. Tal entendimento coaduna com a tese defendida por Silvio de Salvo Venosa<sup>70</sup>, que por difundir o entendimento natalista, ao contrário de Maria Helena, afirma que todos os direitos do nascituro, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais, estariam condicionados e nesse caso questiona-se se quando se iniciaria a proteção da vida.

Em caso de adoção da teoria concepcionista o nascituro, por sua vez, seria pessoas desde a concepção, sendo sujeito de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais desde a fecundação, tendo sua vida protegida desde o momento

---

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130-131; 136-146.

<sup>70</sup> VENOSA; Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 03-04.

da fecundação ainda que a mulher não possua conhecimento do seu estado gravídico.

A redação conferida ao art. 2º do CC/2002 não exige que a vida seja viável para que se adquira capacidade jurídica, mas tão somente que a criança tenha nascido com vida, o que não quer dizer que o nascituro não possui garantias antes do nascimento já que ha a ressalva de seus direitos no referido diploma legislativo.

Ocorre que a primeira parte do artigo anteriormente referido permite ao interprete da norma aduzir que caso o nascituro, durante a fase intrauterina, tivesse personalidade jurídica, não haveria sentido para a existência da distinção feita. A proteção do nascituro se relaciona, portanto, a uma gama de direitos patrimoniais que estariam condicionados ao nascimento com vida. Dessa forma, imperativo se faz asseverar que o concepturo não tem personalidade jurídica nem capacidade de direito, sendo que a proteção da sua vida teria início apenas quando do nascimento, garantindo a lei apenas os direitos que terá possivelmente ao nascer com vida, os quais são taxativamente enumerados pelo Código Civil e tratam de aspectos unicamente materiais e não personalíssimos.

## 4 O ABORTO

Segundo o minidicionário Aurélio, aborto é a *“ação ou efeito de abortar”*<sup>71</sup>, enquanto que o mesmo traz como definição do verbo abortar o ato de *“eliminar prematuramente do útero produto da concepção”*<sup>72</sup>. Assim sendo, pode-se definir aborto como sendo a expulsão extemporânea do feto. O aborto é tema extremamente polêmico e debatido na atualidade, sendo o seu estudo de extrema relevância para a comissão de juristas responsável pela elaboração de mudanças na legislação penal abortiva.

### 4.1 CONCEITO

---

<sup>71</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 05.

<sup>72</sup> *Ibidem*. p. 05.

O atual diploma incriminador quando aborda o crime de aborto o faz utilizando apenas a expressão “*provocar aborto*”, ficando a responsabilidade de elucidação da expressão a cargo da doutrina e da jurisprudência<sup>73</sup>.

Maria Helena Diniz<sup>74</sup>, ao conceituar o aborto, preleciona:

O termo “aborto” originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído. [...].

Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão da sua viabilidade.

Nesse mesmo sentido entende Cezar Roberto Bitencourt para quem o “aborto é a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a *concepção* e o início do parto, que é o marco final da vida intrauterina”<sup>75</sup>.

Também se manifesta dessa maneira Nucci, segundo o qual aborto é a “cessação da gravidez, cujo início de dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”<sup>76</sup>. Igualmente afirma Delmanto que o aborto é “a interrupção do processo de gravidez, com a morte do feto”<sup>77</sup>.

Aborto significa, portanto, privação da vida intrauterina. Tal privação se dá no crime de aborto quando a própria gestante ou terceiros praticam condutas direcionadas à sua interrupção.

#### 4.1.1 A relação da criminologia com a limitação dos direitos fundamentais

<sup>73</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial. V. II**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 238.

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

<sup>75</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2. Parte Especial. Dos crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135.

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 629.

<sup>77</sup> DELMANTO, C. et. al.. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 268.

Da complexa estrutura social e do emaranhado humano que a compõe, juntamente com a diversidade de personalidades apresentadas pelos seres humanos, derivam condutas que podem resultar em ilícitos penais. A resposta da sociedade ao crime sofreu profundas mudanças ao longo dos anos e, certamente, por impulso da ciência criminológica e sua evolução histórica e doutrinária é possível investigar matérias tão complexas como o comportamento dos criminosos seriais e seus ritos, os crimes ambientais com imputabilidade da pessoa jurídica, a intrincada rede do crime organizado, associado ao narcotráfico e à lavagem de capitais, a exemplo.

O corre que, a criação e imposição de figuras típicas acabam por limitar direitos considerados essenciais aos seres humanos, direitos estes garantidos constitucionalmente e que, segundo o doutrinador Dirley da Cunha Júnior<sup>78</sup>:

[...] representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que se vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana.

A conquista desses direitos humanos fundamentais ao longo dos tempos limitou a ciência criminológica a uma dogmática severa. Nada do que limitasse direitos tão elementares poderia ser utilizado de maneira corriqueira.

A modernidade, por sua vez, e os avanços tecnológicos e científicos conquistados ao longo do tempo transformaram a Criminologia, com implicações diretas na política criminal e seu resultado e no direito penal está modificando aquele universo dantes exclusivamente dogmático e político. A própria Constituição pátria estabelece princípios gerais, por exemplo a inviolabilidade da vida, como também limites alusivos aos direitos fundamentais, tanto para o cidadão que pauta sua vida na lei quanto o para o transgressor destas mesmas leis que assim derivou para o crime.

Vale ressaltar, entretanto, que só é possível harmonizar a garantia constitucional da segurança social com o devido controle social do crime através da do respeito aos direitos fundamentais de qualquer indivíduo, criminoso ou não. Qualquer proposta de controle da criminalidade que atrepele tais direitos estará fadada ao fracasso.

---

<sup>78</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 541.

#### 4.1.2 O aborto e os direitos ressalvados ao nascituro

Como já afirmado anteriormente, o ordenamento jurídico buscou proteger a vida em todas as suas acepções. Além de garantir o direito à vida, o legislador infraconstitucional garantiu ao nascituro a possibilidade de titularizar direitos, conforme demonstra a redação do já citado art. 2º do CC/2002, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”<sup>79</sup>.

Diante de tal redação é possível asseverar que a proteção da vida humana teria início com a concepção, quando há fecundação do óvulo pelo espermatozoide, gerando ou ovo ou zigoto<sup>80</sup>. Nesse sentido, assevera a ilustre autora Maria Helena Diniz<sup>81</sup>, em sua renomada obra sobre o estado atual do biodireito, em capítulo específico sobre direito ao nascimento:

Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa, tem direito à vida, [...]. Se o feto pudesse falar, perguntaria: porque não tenho direito de nascer? Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer.

Relaciona-se também na esteira desse entendimento de proteção aos direitos fundamentais o direito da gestante em prol de uma gestação segura e saudável, quando o fruto da concepção traga riscos a sua saúde psíquica e física, como é o caso da gestação de feto anencefálico

A *contra sensu* do que preceitua Maria Helena Diniz, defensora da teoria natalista, uma análise mais acurada do referido dispositivo legal permite-nos concluir que a ressalva feita ao nascituro demonstra que o legislador infraconstitucional buscou tão somente garantir seus direitos patrimoniais no caso de seu nascimento com vida. Assim sendo, estaria o direito material do nascituro condicionado à sua aquisição de personalidade jurídica, o que se daria se e somente se houvesse a confirmação de que ele nasceu vivo, sendo possível então a sobreposição da

---

<sup>79</sup> BRASIL. VADE MECUM COMPACTO. Organizado por Editora Saraiva, CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES; Livia, NICOLETTI; Juliana. São Paulo: Saraiva, 2012. p.149.

<sup>80</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009. p.658.

<sup>81</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.



autonomia da gestante quando confrontada com o direito condicional à vida do ser que está sendo gerado.

## 4.2 TRATAMENTO JURÍDICO

A vida é bem jurídico tutelado pelo ordenamento e, por ser direito fundamental de máxima importância social, qualquer tentativa de violação a este bem passou a ser enquadrada como crime.

### 4.2.1 O crime de Aborto

Aborto é crime? Diz o Código Penal que é, ainda que sejam admitidas exceções.

Mas não se pode esquecer que o Código Penal data do ano de 1940, época em que a sociedade estava de tal modo condicionada a preceitos conservadores de origem religiosa, que outra não poderia ter sido a escolha do legislador. Ainda assim, entre a vida da mãe e a do feto, a lei prioriza a vida da mãe, ao admitir a interrupção da gestação que coloca a sobrevivência da genitora em risco.<sup>82</sup>

O crime de aborto está tipificado no atual Código Penal previsto no capítulo que trata dos Crimes Contra a Pessoa, mais especificamente no título que trata dos Crimes Contra a vida, nos artigos 124 a 128.

#### 4.2.1.1 Conceito de crime

A doutrina penal atual confronta basicamente três conceitos de crime: o material, o formal e o analítico. Formalmente infração penal é somente o que a lei declara como tal já que não há crime nem pena sem lei que o defina conforme estabelece o princípio da legalidade<sup>83</sup>.

Do ponto de vista material, crime seria o fato punível que causaria grave dano social através, por exemplo, de lesões de bens jurídicos capazes de orientar a

---

<sup>82</sup> DIAS, Maria Berenice. Aborto é crime?. Disponível em: <[www.mariaberenice.com.br/uploads/8\\_aborto\\_é\\_crime.doc](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/8_aborto_é_crime.doc)>. Acesso em 06 de nov. de 2013. p. 01.

<sup>83</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 151.

formulação de políticas criminais<sup>84</sup>. Ainda nesse sentido, assevera Paulo Queiroz<sup>85</sup>, afirmando que crime na acepção material seria:

[...] uma conduta gravemente lesiva de bem jurídico, visto que, por implicar as maiores violências (em tese) sobre a liberdade do cidadão, segue-se que só faz sentido definir como delito condutas que não possam ser objeto (exclusivamente) de outras formas menos lesivas de prevenção e controle social, aí incluída, inclusive, a intervenção do direito público e privado.

O conceito analítico de crime, por sua vez, vai envolver três elementos: a Tipicidade, a Antijuridicidade ou Ilícitude e a Culpabilidade. “Analiticamente, portanto, o crime é um fato típico, ilícito e culpável”<sup>86</sup>.

Uma conduta é considerada típica quanto ela se amolda à descrição prevista na norma penal incriminadora. É a adequação da conduta humana com o que está descrito na lei de modo que, caso se trate de fato que não encontre ajustamento típico, não se amoldando à conduta retratada, ele será atípico, ficando por consequência prejudicadas as análises da ilicitude e da culpabilidade.

A ilicitude, por sua vez, é uma relação de contrariedade entre a conduta do agente e todos os ramos do ordenamento jurídico<sup>87</sup>. Após a verificação da tipicidade da conduta, cumpre agora verificar se tal conduta é contrária ao ordenamento jurídico como um todo e se, embora típica, ela for lícita, será inútil a posterior análise da culpabilidade. Aqui, assim como na tipicidade, analisa-se o fato em si e não o sujeito que o praticou.

Na culpabilidade, por sua vez, estuda-se o sujeito. Ela nada mais é do que um juízo de reprovação pessoal feito sobre o sujeito que pratica fato típico e ilícito e para que a mesma esteja completa se faz necessária a presença de três elementos normativos, quais sejam, a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude do fato.

Nas palavras de Paulo Queiroz, analisar a culpabilidade seria apurar se nas condições apresentadas o sujeito infrator poderia agir conforme o direito e se assim não for possível o mesmo deverá ser declarado inculpável. São condições

---

<sup>84</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 74.

<sup>85</sup> QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, 2011, p. 150.

<sup>86</sup> *Ibidem*. p. 151.

<sup>87</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 217.

subjetivas que devem estar presentes ao mesmo tempo para que o autor seja merecedor de pena pois, no contrário, deverá ser absolvido<sup>88</sup>.

O crime de aborto, por sua vez, está previsto no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal<sup>89</sup> vigente (lei nº 3.914/1941), nos artigos 124 ao 128 com a seguinte redação:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

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

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

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

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

**Forma qualificada**

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

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

**Aborto necessário**

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

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

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

Os bens jurídicos tutelados por este tipo penal são a vida do ser humano que está sendo formada no ventre materno além da vida e da incolumidade física e psíquica da gestante. Ainda nesse sentido, Nucci afirma que primordialmente, o objeto material do crime de aborto é o feto ou embrião que sofre a conduta criminosa, porém também poderá a gestante ter seu corpo agredido para que o aborto seja provocado e, assim sendo, a mesma também poderá ser vítima do crime, sofrendo as consequências da conduta criminosa<sup>90</sup>.

Também esse é o entendimento do doutrinador Luiz Regis Prado quando afirma que o bem jurídico protegido pelos artigos 124 a 126 do CP seria apenas a vida do ser humano em formação, seja ele embrião ou feto, e nos casos de aborto

<sup>88</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 151.

<sup>89</sup> BRASIL. VADE MECUM COMPACTO. BRASIL. VADE MECUM COMPACTO. Organizado por Editora Saraiva, CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES; Livia, NICOLETTI; Juliana. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 492.

<sup>90</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 629.

provocado pro terceiro tutelam-se também a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida<sup>91</sup>. Não obstante isso assevera que “o objeto material do delito, aquele sobre o qual recai a conduta delitiva, é o embrião ou feto humano vivo, implantado no útero materno”<sup>92</sup>.

Os sujeitos ativos do crime de aborto podem ser tanto a própria grávida no caso do auto-aborto quanto qualquer outra pessoa que venha a praticá-lo com ou sem a permissão da gestante. Os sujeitos passivos, por sua vez, podem ser tanto o ser humano em formação como a própria gestante que vier a ser lesionada num aborto provocado por terceiro ou até mesmo vir a óbito.

Já o elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo (“vontade livre e consciente de interromper a gravidez e causar a morte do produto da concepção”<sup>93</sup>), seja ele direto ou eventual. Não se exige para a configuração deste delito elemento subjetivo específico nem é punível o crime praticado de forma culposa. Esse também é o entendimento de Luiz Régis Prado<sup>94</sup> ao afirmar que para que se forme tal crime é admitido:

[...] o dolo direto – quando a vontade do agente é diretamente conduzida à interrupção da gravidez e, de conseguinte, à provocação da morte do produto da concepção – e também o dolo eventual – se o sujeito ativo, embora não queira o resultado morte do feto como fim específico de sua conduta, o aceita como possível ou provável.

O crime de aborto pode ser classificado, ainda, quanto ao sujeito em crime próprio (quando cometido pela própria gestante) ou comum (quando o aborto é praticado por um terceiro). É ainda um crime instantâneo, pois sua consumação não se prolonga no tempo e pode ser cometido através de uma ação ou de uma omissão. É igualmente um delito de resultado e para que se consuma o crime é necessária a morte do feto ou do embrião.

Por fim, sabendo que o CP não define o que se entende por aborto, fica a cargo do intérprete do direito sua conceituação, devendo o mesmo utilizar como base para tanto os elementos subjetivos do delito, os sujeitos do crime e seu objeto material, bem como o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Além disso, sabendo que

---

<sup>91</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. V. 2. Parte Especial – arts. 121 a 249.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.132 e 133.

<sup>92</sup> *Ibidem.* p.136.

<sup>93</sup> DELMANTO, Celso. *et al.* **Código Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.268.

<sup>94</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.127.

a conduta incriminadora do delito consiste no verbo *provocar* (dar causa a, originar, promover, ocasionar) aborto e de fato, a mera interrupção da gestação por si só não implicaria no crime de aborto, sendo também necessária para a configuração do fato típico que o feto ou embrião venha a óbito, fica fácil para o hermenêuta constatar a ocorrência ou não dessa prática delitiva.

#### *4.2.1.2 Evolução da legislação abortiva no Brasil*

O aborto foi contemplado em legislação específica no Brasil pela primeira vez no Código Criminal do Império. Até então a prática do aborto não era punida em qualquer caso: fosse quando a mulher recorria ao auto-aborto ou quando outra pessoa realizasse o procedimento, pois se considerava o feto como parte integrante do organismo materno e, por conseguinte, ficava a critério da mulher a decisão sobre a conveniência ou não do prosseguimento de sua gestação<sup>95</sup>.

No Código Penal da República, de 1890, por sua vez, houve a introdução da punição às mulheres que praticassem o aborto, mas desde já estabelecia atenuantes para os casos de estupro em que o recurso ao aborto visava ocultar a desonra. Também adotou a noção de aborto legal e necessário quando a gestante estivesse correndo risco de vida e não houvesse outro meio de salvá-la.

No Código Penal de 1940 tratou-se do aborto como um crime contra a vida, criminalizando-o em todas as hipóteses, exceto quando se tratasse de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro assim como no código de 1890. Nos dois casos, o direito do Estado de punir a prática do aborto executado por médico está extinto, daí serem consideradas como hipóteses de Aborto Legal. A sociedade brasileira conviveu com esta lei restritiva sem maiores contestações até mais ou menos a década de 1970, quando então explodiu o movimento feminista que fez do aborto um tema cada vez mais público. Embora as condições impostas pelo regime militar tenham restringido as ações políticas das feministas, o aborto e a sexualidade apareceram como pauta prioritária desses movimentos ao se intensificar a transição para a democracia.

---

<sup>95</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. V. 2. Parte Especial – arts. 121 a 249.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.127.

A primeira iniciativa de reforma legal aconteceu em 1983, quando um projeto de lei pela legalização do aborto foi apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e rejeitado. Em 1985, a Assembleia Legislativa aprovou no Rio de Janeiro um projeto de lei que obrigava o serviço público de saúde a oferecer o procedimento nos casos de risco de vida e estupro, porém o então governador do estado vetou este projeto. Mas a proposta de assegurar na rede pública de saúde o acesso ao aborto nesses casos foi retomada pela administração municipal de São Paulo, que criou no Hospital do Jabaquara, em 1990, o primeiro serviço público para atender os casos de aborto previstos em lei<sup>96</sup>.

É importante salientar que de forma antagônica aos países católicos que experimentaram reformas constitucionais entre os anos de 1980 e 1990, a Constituição Brasileira de 1988 não adotou o princípio de respeito à vida desde sua concepção. Em 1995, por exemplo, houve uma proposta de emenda constitucional que visava incluir este princípio à Constituição que foi novamente derrotada<sup>97</sup>.

Em 1991 foi apresentado no Congresso Nacional o projeto de lei nº 1.135 que era favorável ao aborto. Previa a liberdade de abortar em qualquer caso e por qualquer motivo, desde o início da gravidez até o momento do nascimento. Este projeto encontra-se atualmente arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados<sup>98</sup>.

O Código Penal vigente caracteriza o aborto como um crime contra a vida. Prevê também as mesmas exceções do Código da República de 1890, que são os casos onde há risco de vida para a gestante (Art. 128 do CP) ou casos em que o feto foi gerado em decorrência de um estupro<sup>99</sup>.

Vale ressaltar ainda que ao longo dos últimos quinze anos houve um crescimento do número de serviços de aborto para atender os casos legais no SUS. Segundo informações da Área Técnica da Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, são cinquenta e um serviços de aborto legal funcionando no país. A Norma Técnica

---

<sup>96</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.229.

<sup>97</sup> *Ibidem*. p.230-231.

<sup>98</sup> Projetos de Leis e Outras Proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em 31 de out. 2013.

<sup>99</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2. Parte Especial. Dos crimes contra a vida**. São Paulo: Saraiva 2008. p. 131.

de Atenção aos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, aprovada pelo Ministério da Saúde em outubro de 1998, foi de fundamental importância para garantir esta ampliação. No mesmo período, com os avanços tecnológicos nos exames de ultra-sonografia e de ressonância magnética, cresceu o número de diagnósticos de má formação fetal a partir da 12ª semana de gravidez<sup>100</sup>.

Tais acontecimentos possibilitaram avanços na jurisprudência, e desde 1990 cerca de três mil liminares foram concedidas autorizando a interrupção da gravidez em casos de má-formação do feto. Em 1995, na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Pequim, foi adotada a recomendação de que os países revissem as leis que punem as mulheres que recorrem ao aborto.

Com o crescimento do número de denúncias contra mulheres que optam pelo aborto clandestino, surgiram oportunidades de reforma legal e jurídica e o debate instalou-se de maneira mais ampla no país. Isto se deu por duas vertentes: o debate sobre antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia que já foi julgado e autorizado recentemente pelo Supremo, bem como a elaboração de um anteprojeto de Código Penal que propõe a descriminalização do aborto no Brasil até a 12ª semana de gestação quando a gestante não possuir condições psicológicas de arcar com a maternidade.

### 4.3 FORMAS

Basicamente são seis as principais formas de aborto elencadas pela doutrina e pela jurisprudência.

A primeira delas é o aborto natural que seria aquele em que, por causas patológicas intrínsecas ao organismo da mãe, ela acaba perdendo o feto. Esse tipo de aborto espontâneo não é punido pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>100</sup> SAÚDE, Ministério da. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher. Princípios e Diretrizes.** 2007. 1ª Ed. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Polit\\_Nac\\_At\\_In\\_Saude\\_Mulher\\_Princ\\_Diretr.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Polit_Nac_At_In_Saude_Mulher_Princ_Diretr.pdf)>. Acesso em 2 de nov. 2012.

A segunda forma de aborto identificada pelos doutrinadores é o aborto acidental que, normalmente, também não é punido. Nesse caso a morte do feto decorre de um trauma externo.

Há também uma terceira forma de aborto que é aquele provocado pela própria mãe ou por um terceiro com ou sem o consentimento da gestante. Esse sim é o aborto criminoso tipificado no Código Penal.

Existem ainda o aborto necessário e o humanitário. O aborto necessário é aquele que somente pode ser constatado pelo médico, e ocorre nos casos em que a gestação ou o parto acarretam risco de vida para a mãe, devendo o profissional sacrificar a vida do feto para salvar a própria genitora ainda que sem o consentimento da mesma.

O aborto humanitário, por sua vez, é aquele em que a mãe consente, quando vítima de estupro, a que o médico pratique o aborto. Essa modalidade abortiva também pode ser chamada de aborto sentimental ou aborto ético.

Existe também o aborto por questão socioeconômica quando a gestante, por razões puramente econômicas, resolve praticar o aborto, e, por fim, temos o aborto eugênico que ocorre em razão de o feto possuir deformidade em decorrência de má-formação que não lhe possibilitaria a vida extrauterina.

Assim sendo, sabendo que as formas natural, acidental, humanitária e necessária de aborto não são punidas resta saber como o legislador fez para deixar isso claro ao aplicador do direito.

#### 4.4 ESPÉCIES

As espécies de aborto são basicamente duas: o auto-aborto e o aborto praticado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante.

No auto-aborto a própria gestante, de forma dolosa, não se admitindo a culpa, pratica manobras para encerrar a vida do próprio feto ou consente para que um terceiro o faça. Já esse terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante responde pelo artigo 126 do CP, sendo uma exceção à teoria monista. É um crime próprio, pois somente a gestante poderá praticá-lo e somente o feto será a



vítima. O objeto material nesse caso será apenas o feto e o delito se consuma com a efetiva morte deste.

Já o aborto praticado por terceiro se subdivide ainda em aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (hipótese do art. 126 do CP) e em aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante que está elencada no art. 125 do Código Penal Pátrio.

Quando o terceiro, sem o consentimento da gestante, pratica a conduta criminosa em verdade nós temos duas vítimas: o próprio feto e a gestante uma vez que se afronta a vida e ao mesmo tempo se viola a integridade física da mulher. Sendo assim, o bem juridicamente protegido é a vida e a integridade física.

Caso o agente venha a praticar o aborto com o consentimento da gestante incapaz (menor de quatorze anos ou alienado mental), este consentimento deixa de ser válido, respondendo o autor não pelo artigo 126 do CP, mas sim pelo art. 125 do mesmo diploma legislativo já que se faz necessário o consentimento do representante da incapaz por ser a mesma impossibilitada de praticar os atos da vida civil na conformidade do art. 3º do Código Civil.

O art. 127 do CP, por sua vez, traz ainda uma causa de aumento de pena. De acordo com este artigo, se a conduta do agente ocorre lesão corporal grave à gestante a pena é aumentada de um terço. Se ocorrer a morte da gestante a pena é duplicada. Há aqui uma conduta preterdolosa, com o dolo no aborto e a culpa pelo resultado agravado. Caso a intenção do agente seja a de praticar o aborto e o homicídio, ou o aborto e a lesão grave, responderá o mesmo em concurso de crimes, na forma do artigo 69 do Código Penal.

#### 4.5 A NÃO INCRIMINAÇÃO DO ABORTO

Através da incriminação do aborto, procura-se proteger a vida. Há situações, porém, em que outros valores, tais como a dignidade da gestante, ganham um peso maior quando contrabalanceados com a referida proteção e, por isso mesmo, o legislador estipulou hipóteses legislativas nas quais o aborto não será punido.

### 4.5.1 Hipóteses

A redação originária do art. 128 do Código Penal<sup>101</sup> traz apenas duas hipóteses de não se incriminar o aborto, a saber:

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

**Aborto necessário**

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

**Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

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

Nessas causas em que não se incrimina o aborto tem-se um dos elementos do conceito de crime, qual seja, a ilicitude, sendo afastada da conduta. Mesmo sendo provocado o aborto, nos casos do art. 128 do CP, ele não será punido. Além disso, há critérios legais e jurisprudenciais estipulados para que não sejam tais excludentes utilizadas de maneira desarrazoada ou irresponsável, colocando assim a vida de fetos e gestantes em risco.

É notório que a proibição não impede a realização de centenas de abortamentos ilegais e inseguros. Também é inegável que as principais prejudicadas são as mulheres pobres em sua maioria, não raro negras, que recorrem ao Sistema Único de Saúde (SUS) com complicações resultantes de um aborto feito em condições precárias.

Assim sendo, o legislador, sabendo que o aborto é uma realidade social e que vive sendo praticado às margens da lei pondo em risco a vida de milhares de mulheres que aderem a tal prática criminosa, tentou buscar uma forma de atualizar a legislação abortiva aos padrões e ditames sociais, instituindo então no art. 128 do CP as causas que excluem a ilicitude do aborto.

#### 4.5.1.1 Excludente de ilicitude

Illicitude ou antijuridicidade, como falado anteriormente, é uma relação de contrariedade entre a conduta do agente e todos os ramos do ordenamento jurídico.

---

<sup>101</sup> FRANCO, A.S. *et al.* **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 661.

É um comportamento contrário a todo o ordenamento jurídico e não só ao direito penal.

Ao invés de trazer o conceito de ilicitude, o Código Penal veio apresentar em seu bojo situações excepcionais onde o fato será típico porém a ilicitude da conduta será afastada. Essas são as chamadas excludentes de ilicitude.

As excludentes de ilicitude podem ser encontradas na redação do art. 23 do CP e são elas: o estado de necessidade; a legítima defesa; o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Além dessas, existe ainda outra causa chamada de supralegal porque não está positivada no Código, ela foi uma criação doutrinária e atualmente é inconteste sua aplicação conforme a jurisprudência pátria. Essa causa o chamado consentimento do ofendido.

Além desses, existem outras excludentes previstas na parte especial do código. Uma das mais importantes é o supracitado art. 128 do CP que arrola duas hipóteses em que o aborto não configuraria um ilícito penal. Segundo Paulo Queiroz, “embora típica a ação, visto coincidir com a descrição normativa do código penal, ela não é considerada ilícita, uma vez que está autorizada pelo direito, estando o agente atuando nos limites da legalidade”<sup>102</sup>. Afirma ainda o mesmo doutrinador que:

[...] a conduta típica será também ilícita sempre que não concorra – como é comum – uma causa de justificação (de exclusão de ilicitude), motivo pelo qual o autor de um fato típico atua (ordinariamente) fora da legalidade; portanto, ilicitamente. Comportamentos típicos são (também), como regra, comportamentos ilícitos.

Além dessas hipóteses elencadas no artigo 128 do Código Penal, importante passo foi dado na jurisprudência brasileira no sentido de trazer uma nova possibilidade de não incriminação do aborto. Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal permitiu a legalização do aborto de fetos portadores de anencefalia.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, realizado em 12 de abril de 2012, abriu margens para discussões acerca da possibilidade de existência de outras excludentes de culpabilidade do aborto no ordenamento jurídico.

Vale lembrar ainda que ,quando presente uma excludente de ilicitude, não se formará o conceito de crime e, por isso mesmo, não é possível a aplicação de

---

<sup>102</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1513

pena ou de qualquer outra espécie de sanção. Além disso, não existirá nenhuma outra espécie de responsabilidade, a exceção do disposto nos arts. 188<sup>103</sup> c/c 929<sup>104</sup> do Código Civil.

#### 4.5.1.2 *Direito à vida versus Dignidade sexual da gestante*

Muitos dos países que legalizaram o aborto trazem a autonomia da mulher como princípio que afasta a incidência do direito à proteção integral da vida do nascituro. A maioria desses países elege como prazo para a mulher decidir se quer pôr fim ao estado gravídico a décima segunda semana de gestação, sendo a decisão tomada pela gestante a concretização do exercício da sua autonomia sexual e da sua liberdade de escolha.

É errôneo, diante de uma sociedade mutável e em constante transformação, reconhecadora dos direitos das mulheres, deixar que normas jurídicas arcaicas não acompanhem o desenvolvimento social e sejam aplicadas da mesma maneira que eram aplicadas quando da sua criação e introdução no ordenamento. Nesse sentido, oportuna é a lição de Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá<sup>105</sup>:

É certo que não só o Direito Civil, mas toda a Teoria do Direito muito devem a Kelsen, Savigny, Windscheid, Jhering e a tantos outros autores consagrados, pela tentativa de trazer, ao Direito, coerência e segurança. Acontece que essa construção se fez moralizante e axiológica, tanto por estabelecer relações de prioridade e hierarquia quanto por interpretar o Direito em termos de regra-exceção, implicaria em, antecipadamente, trazer soluções que não observassem os contextos e os contornos de um caso específico.

É fato notório que para a maioria das mulheres a gestação, e consequentemente o nascimento de um filho, é a realização de suas vidas. Mesmo

<sup>103</sup> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

<sup>104</sup> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

<sup>105</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Minas Gerais: Del Rey, 2009. p. 61-62.

com os ideais feministas, a independência feminina e a evolução social, não é equivocado se afirmar que mesmo nos tempos modernos a maternidade é um dos momentos mais importantes da vida de uma mulher. Esse momento de muitas alegrias, porém, pode se transformar em um transtorno tanto para a gestante quanto para os seus familiares, quando a gravidez é indesejada ou a mulher não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade, ou até mesmo quando a mãe gera um filho sem qualquer expectativa de vida extrauterina.

Partindo da premissa de que uma das maiores realizações na vida de uma mulher é tornar-se mãe e que quando a mesma se encontrar grávida a última coisa que ela vai querer é abortar o tão esperado filho, nos casos em que a mesma se manifesta no sentido de pôr fim à vida que está gerando em seu ventre é porque algo realmente grave lhe aflige. Nesses casos, o aborto não parece ser uma agressão violenta apenas contra o feto, mas também contra a mulher que naturalmente se expõe a enormes e imprevisíveis riscos relativos à sua saúde física e mental e à sua própria vida.

Quando a mulher optar pelo abortamento não se pode ignorar que ela tomou uma decisão grave, com sérios riscos que podem produzir consequências irreversíveis sobre sua própria vida, seu corpo, sua *psique* e seu futuro. Assim sendo, imperioso se faz a realização de um juízo valorativo a partir do momento em que a gestante decide abortar: diante de todas as consequências passíveis de ocorrer a partir de tal decisão e sabendo a gestante de todas elas deverá ser permitida a realização do aborto, assim prevalecendo a autonomia e a liberdade da gestante, ou ainda assim lhe seria vedada a realização da prática abortiva já que o nascituro está protegido juridicamente desde sua concepção e o direito à vida é um direito tão essencial que jamais poderá ser negligenciado quando conflitante com qualquer outro direito fundamental.

Os direitos sexuais e reprodutivos pressupõem liberdades individuais que só estarão completas se garantidos os direitos à concepção, à proteção da maternidade, à anticoncepção e à interrupção de uma gravidez não desejada ou não planejada, pois nenhuma mulher deve ser impedida de ser mãe como também nenhuma mulher deve ser obrigada a sê-la.

É claro que apenas a legalização do aborto não deve ser adotada como medida isolada, já que o tema também trata de uma questão de saúde pública. É

preciso que haja uma discussão e conscientização junto à sociedade sobre a necessidade de ampliação de acesso a educação sexual, a métodos contraceptivos de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e o acesso à rede de assistência à saúde pública. Porém, as inovações médico-científicas e jurisprudenciais que tratam do direito a vida e do aborto não mais permitem a manutenção de um direito arcaico pautado em valores meramente morais, valores estes que na verdade são resquícios da influência que a religião e a moral ainda exercem sobre o Estado que se diz laico.

#### 4.5.2 Limites

A permissividade de práticas abortivas não pode dar margem à banalização. O aborto gera riscos tanto à vida do feto quanto para a vida da gestante e, por isso mesmo, não pode ser autorizado de maneira imprudente ou sem qualquer fundamento. Assim sendo, o legislador buscou inserir na própria redação do art. 128 do CP limites ao aborto necessário e ao humanitário, evitando desde o início especulações sobre a subsunção de fatos à norma não incriminadora que não se inserissem nas situações por ele pensadas.

No caso do aborto necessário somente o médico poderá realizá-lo, desde que, é claro, não exista outra forma para salvar a vida da gestante. Há quem defenda também que, em se tratando do caráter excepcional dessa forma de aborto possa ser praticado mesmo contra a vontade da gestante<sup>106</sup>. Ainda segundo Nucci<sup>107</sup>, para a configuração do aborto necessário é necessário que o aborto seja realizado em estabelecimento hospitalar público ou privado creditado pela Administração Pública.

O aborto humanitário, por sua vez, também só pode ser realizado pelo médico e, segundo Cezar Roberto Bitencourt “para se autorizar o aborto humanitário são necessários os seguintes requisitos: a) *gravidez resultante de estupro*; b) *prévio*

---

<sup>106</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2. Parte Especial. Dos crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

<sup>107</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 630.

*consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal”* <sup>108</sup>. Assevera ainda o ilustre doutrinador que deve ser cabal tanto a prova da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante <sup>109</sup>.

Também entende a necessidade de existência prova inequívoca acerca do estupro Rogério Greco <sup>110</sup>, para quem a possibilidade de realização do aborto humanitário, porém admite a permissividade de supressão da prova material pela prova puramente testemunhal quando o crime não deixar vestígios de acordo com o art. 167 do diploma processual penal.

Para Nucci <sup>111</sup>, a prova inequívoca do estupro deve ser feita através de exame pericial. Além disso, afirma o ilustre doutrinador que a gravidez deve estar, de algum modo, comprovada, pois o núcleo do tipo penal do aborto, qual seja, o verbo *provocar*, implica em matar o feto ou embrião. Não é necessária para a configuração do crime que haja a expulsão do ventre materno do produto da concepção, imprescindível, porém, é a sua morte. Caso este não exista ou já se encontre morto estará o aplicador do direito diante de um crime impossível.

Além dessas hipóteses elencadas no artigo 128 do Código Penal, importante passo foi dado recentemente pela jurisprudência brasileira. Em decisão inovadora o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, permitiu a legalização do aborto de fetos portadores de anencefalia.

Claro é que a proteção à vida não foi descartada através da permissão de algumas formas de aborto. Porém, a utilização de uma legislação penal arcaica do ano de 1940 não é capaz de dirimir os conflitos de interesses resultantes de uma realidade social muito diferente daquela da década de 40, não podendo mais a licitude ao aborto ser conferida em duas únicas situações <sup>112</sup>.

Seja por motivos de política criminal ou em razão de incertezas de natureza científica e axiológica, a intangibilidade da vida deve vir a ser interpretada de forma relativa, atentando-se aos casos concretos, porque, em algumas hipóteses,

---

<sup>108</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op cit.* 2008, p. 143.

<sup>109</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>110</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 250.

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op cit.* 2009. p.630.

<sup>112</sup> FRANCO, A.S. et al. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.670.

o ordenamento jurídico tende a tolerar certos atos atentatórios à vida e por isso mesmo alguns ataques que lhe são dirigidos podem ser descriminalizados como é o caso, por exemplo, do aborto de anencéfalos<sup>113</sup>. “Essas indulgências denotam uma relativização do direito à vida como direito absoluto, em favor de outros valores”<sup>114</sup> e aproximam o direito da realidade social moderna e seus avanços científicos e tecnológicos.

Nesse sentido, preleciona Gisele Carvalho<sup>115</sup>:

A própria legislação penal distingue espécies de vida, quando dispensa, à vida independente, uma tutela mais severa (homicídio) do que aquela dispensada à dependente (aborto).

A banalização das práticas abortivas já existe e um ordenamento jurídico que permite apenas a existência três únicas hipóteses de aborto, sendo que uma delas ainda nem foi tratada pelo legislador ordinário, caso enquadrando como mero precedente jurisprudencial, encontra-se parado no tempo e no espaço.

Não se pode admitir que mulheres sem quaisquer condições de gerar uma criança levem até o fim a gestação de um bebê que muito provavelmente será morto ou abandonado por sua genitora. Crianças jogadas em rios ou enroladas em sacos plásticos e abandonadas nos lixões fazem parte do dia-a-dia do noticiário brasileiro.

Não pode o legislador infraconstitucional brasileiro se omitir diante da realidade social. Ele não pode simplesmente ignorar a existência de certos fatos corriqueiros. Pelo contrário, deve o legislador atualizar as normas jurídicas, conformando-as com os valores atuais defendidos pela sociedade, trazendo para o dia-a-dia dos fóruns e Tribunais de Justiça leis que acompanhem as mudanças sociais, tecnológicas e científicas. Os valores sociais, os padrões e os pensamentos mudam ao passar dos anos e a legislação deve minimamente se adequar visando conferir uma maior efetividade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

## 5 O ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

---

<sup>113</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 60.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>115</sup> CARVALHO, Gisele *Apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Op cit*, 2005, p. 61.



O atual Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Ele foi inspirado no Código Rocco italiano aprovado em 1939. Com o passar dos anos, percebeu-se a defasagem do código em relação a conjuntura social em constante modificação, havendo uma mudança no pensamento jurídico-penal que necessita ser inserida no texto legal para que se coadune com os valores da sociedade moderna.

## 5.1 HISTÓRICO DE SUA ELABORAÇÃO

A legislação criminal deve traduzir o entendimento social no sentido de buscar seu ajuste com a orientação que imprime a conduta dos cidadãos, respondendo às exigências de hoje. A criminologia, por sua vez, deve buscar ainda estudar os fatores da criminalidade para quando da elaboração da norma penal incriminadora antever o que é passível de acontecer, com o escopo de inibir a realização de determinada conduta em descompasso com os valores sociais.

Nos termos dos requerimentos 756/2011 e 1.034/200 houve a nomeação dos membros da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal. Gilson Langaro Dipp recebeu o encargo de presidi-la, sendo nomeados ainda os juristas Maria Thereza Moura, Antonio Nabor Areias Bulhões, Marcelo Leal Lima Oliveira, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Técio Lins E Silva, René Ariel Dotti, Marcelo Leonardo, Gamil Föppel El Hireche, José Muiños Piñeiro Filho, Tiago Ivo Odon, Juliana Garcia Belloque, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Luiz Carlos Dos Santos Gonçalves, Marcelo André De Azevedo. Posteriormente foi incluído como membro da Comissão o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Marco Antonio Marques Da Silva. Logo após o início dos trabalhos, porém, a Ministra Maria Thereza Rocha De Assis Moura e o advogado René Ariel Dotti pediram seus afastamentos por razões pessoais.

Em 18 de outubro de 2011, logo após a solenidade de sua instituição, a Comissão de Reforma aprovou seu Regimento Interno e estabeleceu plano de trabalho. Por indicação do seu presidente, o Procurador Regional da República da Terceira Região, Luiz Carlos Dos Santos Gonçalves, foi escolhido como Relator

Geral dos trabalhos. Para a execução ordenada dos trabalhos, foram criadas três subcomissões: a da parte geral, a da parte especial e a da legislação extravagante.

A referida Comissão realizou, em sete meses de atividade, vinte e quatro reuniões que foram transmitidas pela TV Senado, além de audiências públicas nas cidades de São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro e Porto Alegre, bem como seminários em Aracajú e Cuiabá, que contaram com o apoio da comunidade jurídica e acadêmica, além de número significativo de representantes da sociedade civil. Também em espaço alocado na página do Senado Federal na internet, denominado “Alô Senado”, possibilitou-se que qualquer cidadão brasileiro enviasse sugestões para a reforma do Código Penal que, ao todo, recebeu quase três mil proposições.

As sugestões foram ainda organizadas por temas e foram de importância fundamental, possibilitando aos membros da comissão identificar as maiores preocupações da sociedade brasileira relacionadas com direito criminal. Algumas entidades representativas da sociedade também encaminharam seus opinativos diretamente à Presidência e à Relatoria Geral dos Trabalhos.

A tarefa da Comissão, prevista no Requerimento 756, é atualizar o Código Penal, sendo “imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas pós-88.” Da mesma maneira: “o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desconstruídas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores”.<sup>116</sup>

A Comissão de Reforma possuía, portanto, as tarefas de modernizar o Código Penal, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas, estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa, unificar a legislação penal esparsa, e buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal. Ela aceitou o ousado projeto de trazer, para um revigorado Código Penal, toda a legislação extravagante que, nestes mais de setenta anos de vigência do referido diploma legislativo, foi sendo editada em nosso país.

---

<sup>116</sup>BRASIL. **Anteprojeto de código penal**, de 18 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 10 de out. de 2013.

Geralmente as leis esparsas traziam uma espécie de mini partes gerais, como, por exemplo, a Lei nº 9.605/93 (Lei de Crimes Ambientais), que possui alguns artigos sobre como se daria sua própria aplicação. Questionou-se se tais tipos legais eram passíveis de serem transformadas em capítulos ou títulos do novo Código, já que muitas delas trazem microssistemas nos quais haveria a complementação de suas normas por disposições cíveis e administrativas. Deste questionamento surgiu ainda uma decisão: a de criar tipos abrangentes capazes de proteger diversas projeções do mesmo bem jurídico tutelado, evitando com isso tipificações prolixas ou repetitivas, como no caso do crime de estelionato que deixaria de ter seis variações já que cada uma delas está inserida na literalidade da conduta tipificada como criminosa.

Todos os crimes previstos na parte especial do Código Penal ou na legislação extravagante foram submetidos a uma análise minuciosa que se subdividiu em três aspectos: primeiramente questionou-se se a incriminação da conduta permanece necessária e atual; posteriormente indagou-se se haveriam figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa uma vez que o Direito Penal é considerado a *ultima ratio*; e por fim averiguou-se se as penas cominadas para cada delito são adequadas à sua gravidade relativa. Tudo isso resultou num anteprojeto de reforma que trouxe em seu bojo a descriminalização de condutas consideradas desnecessárias pela sociedade brasileira ou incompatíveis com a CF/88. Algumas penas foram modificadas buscando-se coibir insuficiências ou excessos, bem como houve o aumento de outras como no caso da pena do homicídio culposo de passou de três para quatro anos.

Todas as ações da comissão buscaram, portanto, conceber um direito penal mais voltado para a sua funcionalidade social, respeitando a dignidade da pessoa humana, concretizando a existência de um sistema em perfeita sintonia com os ditames constitucionais de 1988.

Foi aprovada pela Comissão a seguinte diretriz, constante do Plano de Trabalho: "Fazer a Parte Especial o centro do sistema penal, reduzindo o peso da legislação especial extravagante". Isso significa que a Comissão de reforma trabalhou para tornar o Código Penal o centro do ordenamento jurídico-penal. Esse modelo otimiza o controle sobre a expansão desordenada do direito penal, assim como facilita o conhecimento do universo penal em vigor, tanto para seus operadores como para a sociedade como um todo. Nesse sentido, consagra-se a reserva de código: ou seja, que as normas em matéria de crimes e penas devem ser objeto de modificação ou integração do texto do Código Penal. Não por outra razão

que a Comissão traz para o Código Penal todas as disposições de direito penal material que hoje estão fora dele e atendem aos critérios supracitados.<sup>117</sup>

Buscou ainda a Comissão de Reforma uma forma de efetivar o cumprimento dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário. Manteve ainda a técnica do atual Código Penal, dividindo o novo diploma legislativo em uma parte geral, que trata de conceitos jurídicos e da aplicação da lei e das penas, e em outra parte especial que contem a descrição das condutas típicas juntamente com a indicação das referidas penas. A divisão em títulos e capítulos foi também preservada, tanto na parte geral quanto na parte especial, conservando-se ao máximo a estruturação do atual Código, muito embora em diversos trechos tenham sido realizadas significativas alterações.

## 5.2 INOVAÇÕES NO TRATAMENTO JURÍDICO DO ABORTO

A comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de reforma do Código Penal sugeriu um alargamento das hipóteses do aborto legal. Pugna-se pela preservação do aborto necessário, conferindo-se porém uma nova redação ao aborto ético, incluindo no texto legal a necessidade de “violação da liberdade sexual, ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida” para sua não incriminação.

Ademais, nos casos de comprovação da anencefalia ou quando o feto sofrer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos, atestado por dois médicos, estaria permitida a prática do aborto. Essa hipótese segunda hipótese vem consagrar o já decidido jurisprudencialmente quando do julgamento da ADPF nº 54 que permitiu o aborto de fetos que padecerem anencefalia.

Nessas duas últimas hipóteses, o fim da gestação “*deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro*”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> BRASIL. **Anteprojeto de código penal**, de 18 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 10 de out. de 2013.

Além disso, o novo diploma legislativo traz uma inovadora hipótese permissiva de interrupção da gestação que recebeu o *nomen iuris* de aborto psicológico. Tal inovação legislativa parece ser a mais polêmica de todas, pois envolve subjetivismos que muitas vezes podem trazer equívocos quando da aplicação da norma penal, permitindo a incidência desarrazoada da referida excludente de ilicitude em situações concretas que sociologicamente não reclamam o seu emprego.

## 6 O ABORTO PSICOLÓGICO

O aborto psicológico nada mais é do que uma inovação legislativa trazida pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal. Ele está previsto no art. 128, IV, da referida proposta, permitindo a exclusão do crime de aborto na situação fática que se subsumirá à norma.

### 6.1 CONCEITO

O Anteprojeto de Reforma do Código Penal traz em seu bojo a seguinte redação para o art. 128:

#### **Exclusão do crime**

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Anteprojeto de código penal**, de 18 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 10 de out. de 2013.

O aborto psicológico é, de acordo com a redação dada ao inciso IV da proposta de nova redação do art. 128 do Código Penal, seria a possibilidade de a gestante, que não apresentar condições psicológicas de arcar com a maternidade, por vontade própria, até a décima segunda semana de gestação, optar pelo aborto. Essa falta de condição psicológica de arcar com a maternidade, por sua vez, deve ser atestada por profissional tecnicamente habilitado para proferir essa afirmação.

Vale frisar aqui que o presente estudo monográfico se aterá à análise da incidência da hipótese excludente apenas nos casos em que a gestante for maior e capaz. Uma análise do aborto psicológico em casos envolvendo menores ou incapazes demandariam outras discussões e temas que perpassam ainda pelo Estatuto da Criança do adolescente e demais legislações protetivas ligadas aos direitos dos carentes da capacidade jurídica de autodeterminar-se.

## 6.2 LIMITES ESTIPULADOS PELO LEGISLADOR

A nova excludente busca justamente descriminalizar um tipo de aborto que, devido às circunstâncias nas quais se encontra a gestante praticante, caso realizado poderia evitar sérios prejuízos psíquicos, além de impedir abandono e a morte de muitas crianças. Ele se mostra um instituto contemporâneo, acompanha as inovações sociais trazidas pela medicina e pela psicologia, além de reafirmar que a problemática do aborto não perpassa apenas por situações jurídicas como também por questões sociológicas e é assunto de saúde pública. Por isso mesmo, exige que para que se permita a interrupção da gravidez até a décima segunda semana de gestação por opção da gestante a constatação por profissional – médico ou psicólogo – da falta de condições psicológicas de continuar com o estado gravídico que ira resultar no nascimento do ser gerado.

Não pode, porém, essa nova modalidade sugerida pelo legislador dar margem ao aborto de qualquer feto resultante de gravidez indesejada. Por isso mesmo, não é qualquer empecilho de ordem psicológica que poderá permitir à gestante pôr termo a sua gravidez. A própria legislação, temendo a banalização do aborto, preocupou-se em apresentar um limite de cunho técnico-científico e outro de caráter temporal para a realização do aborto psicológico.

Ante a importância social do tema e a natureza humana que, como se sabe, costuma ultrapassar os limites de sua liberdade, confundindo-a muitas vezes com a permissão da libertinagem, é necessário que se estabeleçam critérios limítrofes para a realização do aborto psicológico. Deve-se buscar evitar também fraudes à legislação, não permitindo que qualquer exame médico seja capaz de atestar a impossibilidade psicológica de se arcar com uma gestação. O poder público terá que participar ativamente na elaboração de laudos técnicos como também oferecendo uma boa estrutura médico-hospitalar para a realização do aborto.

### 6.3 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

A permissividade de uma nova modalidade de aborto, como já afirmado anteriormente, traz à tona um embate de valores consagrados na Lei Fundamental, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o da saúde, o da liberdade e da autonomia de manifestação da vontade e legalidade. Por isso mesmo, deve haver a análise de cada um desses valores para que seja possível a inserção da hipótese excludente no ordenamento jurídico.

Nas palavras do min. Marco Aurélio quando do julgamento da ADPF nº 54:

O tema é de uma delicadeza ímpar. E o é porque perpassa pelas nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha neste voo no tempo que somos desde que nascemos (Menotti del Picchia), efêmeros e precários, poeira das estrelas, na imagem do físico e astrônomo brasileiro Marcelo Gleiser.<sup>119</sup>

#### 6.3.1 O julgamento da ADPF nº 54: a possibilidade de interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia

---

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Acórdão. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de Abril de 2012. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 10 de ago. de 2013. p. 93.

Antes de tratar da possibilidade de existência da excludente do aborto psicológico no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessária a análise do julgamento da ADPF nº 54 que em seu mérito tratou da interrupção da gestação de fetos anencefálicos e a possibilidade da concomitante existência dessa modalidade permissiva com a proteção constitucional da vida.

A problemática circunscrita à interrupção da gestação dos fetos portadores de anencefalia, que sublinha valores morais, religiosos e ideológicos, vinha sendo enfrentada pelo Poder Judiciário Brasileiro há, pelo menos, quinze anos, já que a primeira sentença judicial de que se tem notícia data de 1989. O tema começou a ser discutido em plenário no STF inicialmente no Habeas Corpus n. 84.025, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que foi extinto sem resolução do mérito devido à perda do seu objeto - a gestante paciente do HC deu à luz a uma criança cujos órgãos vitais funcionaram por apenas sete minutos apenas.

A problemática ganhou grandes contornos porém em junho de 2004, quando então a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) entrou com um pedido no Superior Tribunal Federal para que a antecipação do parto de fetos anencéfalos não fosse considerada aborto, o que permitiria às gestantes em tal situação interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial, posto que a anencefalia se mostrava um problema social e jurídico na medida em que não havia permissão clara, do ponto de vista legislativo, para a interrupção desse tipo de gestação, o que permitia a subsunção desses fatos ao crime tipificado no art. 124 do CP. A arguente (CNTS) utilizou, em síntese, os seguintes argumentos para embasar o pedido:

- (a) a anencefalia é má-formação que causa defeito no fechamento do tubo neural no processo da gestação, o que faz com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. Em razão disso, não há o desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Apenas presentes as funções de controle parcial da respiração, funções vasomotoras e a medula espinhal. Com este quadro, fatal a anencefalia em 100% dos casos. E ainda que haja sobrevivência por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorre dentro do útero), a morte é certa e o quadro, irreversível;
- (b) a gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa. Segundo a Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, eis os complicadores: a duração da gestação tende a ser superior a 40 semanas; aumento do volume do líquido amniótico; associação de doença hipertensiva específica da gestação; associação com vasculopatia periférica de estase; alterações de comportamento e psicológicas de monta; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto; necessidade



de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade do registro de nascimento e sepultamento do recém-nascido, com passagem pela delegacia de polícia para registro do óbito; necessidade de bloqueio da lactação; puerpério com mais casos de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

(c) como não há o que possa ser feito pelo feto, sua retirada é a única indicação terapêutica para a gestante;

(d) a retirada do feto por médico habilitado constitui antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feito do Código Penal, crime cuja característica é a morte de feto viável para a vida extrauterina causada por procedimento abortivo. Na anencefalia, não há perspectiva de vida extrauterina, o que afasta a caracterização de aborto eugênico, inexistente seleção de fetos, ausente possibilidade de vida;

(e) a anencefalia só não é causa de excludente de ilicitude, nos moldes do art. 128 do Código Penal, porque, à época de 2

Supremo Tribunal Federal

córtex, e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. Em

(d) a retirada do feto por médico habilitado constitui antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feito do Código Penal, crime cuja característica é a morte de feto viável para a vida extrauterina causada por procedimento abortivo. Na anencefalia, não há perspectiva de vida extrauterina, o que afasta a caracterização de aborto eugênico, inexistente seleção de fetos, ausente possibilidade de vida;

(e) a anencefalia só não é causa de excludente de ilicitude, nos moldes do art. 128 do Código Penal, porque, à época de aprovação da lei (1940), não havia diagnóstico preciso para a má-formação;

(f) ofensa à dignidade humana da gestante (art. 1º, III, CF) pois a aplicação dos dispositivos referentes ao aborto à espécie representa forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura;

(g) afronta ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), na medida em que não subsumível, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, nas hipóteses de aborto, e à liberdade da mulher, enquanto impõem, as decisões proibitivas, em tais

circunstâncias, obrigação não prevista em lei;

(h) violência ao direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF) pelo comprometimento do bem-estar físico, mental e social da gestante, submetida, na gravidez de fetos anencéfalos, a maiores riscos físicos e agravos psicológicos. Acrescenta que a retirada do feto é o único meio de preservar a saúde da mulher e que essa forma de tratamento é, por óbvio, escolha pessoal.<sup>120</sup>

Apesar da coerência e cientificidade dos argumentos trazidos pela arguente, alguns setores da sociedade, em especial a Igreja Católica, mostraram-se completamente contrários à possibilidade de se permitir o aborto de fetos anencefálicos, sob os fundamentos de que o feto já poderia ser considerado um ser humano desde q sua concepção e pro isso mesmo e deve ter seu direito à vida respeitado; a legalização desse tipo de aborto representaria o primeiro passo para a

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Acórdão. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de Abril de 2012. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 10 de ago. de 2013. p. 89-91.

legalização ampla e irrestrita dos abortos no Brasil, trazendo consigo uma banalização do crime; e por fim asseveraram que pôr fim à gestação desses fetos por mera liberalidade da gestante seria permitir um tipo de aborto eugênico, no qual haveria a tentativa de eliminar indivíduos com deficiências físicas ou mentais buscando-se assim “purificar uma raça”.

O pedido feito pela CNTS foi acatado pelo ministro Marco Aurelio através de uma liminar concedida em julho do mesmo ano, porém no mês de outubro essa liminar foi cassada em plenário pelo próprio STF. A cassação se deu, segundo informações da revista Veja em setembro de 2004, quando:

*“[...] o então procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, solicitou ao Supremo que, antes mesmo de julgar o mérito ação perpetrada pela CNTS, julgasse se é ou não admissível uma procedimento como esse para se obter a liberação do aborto de anencéfalos. Durante a audiência sobre a questão, o ministro Carlos Ayres Britto pediu vista dos autos logo após o voto do relator, o ministro Mello, o que suspendeu o julgamento. Foi então que o ministro Eros Grau sugeriu ao Plenário apreciar a pertinência de se manter a liminar, uma vez que não foi concluída a discussão quanto à admissibilidade do processo. Na votação, por maioria, o Plenário decidiu cassar a liminar.”<sup>121</sup>*

Sendo assim, antes de decidir sobre a legitimidade constitucional da antecipação parto de fetos anencéfalos o Supremo deveria julgar a adequação da ação proposta utilizada pela CNTS para tratar do assunto.

Em 27 de abril de 2005, em sessão plenária, decidiu o STF por maioria entender como admissível a utilização do instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para tratar da permissividade ou não da realização do aborto de fetos portadores de anencefalia, determinando o retorno do autos ao relator<sup>122</sup>.

A referida ação relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello teve seu mérito finalmente julgado oito anos depois de sua proposição pela CNTS, numa votação com quórum pleno durante os dias 11 e 12 de abril de 2012, e aprovado por maioria com placar de 8 votos a favor e 2 votos contra. O pedido deduzido na ação, qual seja, o de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, dos arts.

<sup>121</sup> Texto retirado do site da revista Veja, nas seções on-line de perguntas e respostas. Reportagem intitulada “Aborto”, publicada em junho de 2008. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas\\_respostas/aborto/index.shtml](http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/aborto/index.shtml)>. Acesso em 21 de maio de 2009.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8. Relator Ministro Marco Aurélio. 27 de Abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em 02 de out. de 2013.

124, 126, caput, e 128, incisos I e II, do Código Penal, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, era o da possibilidade de reconhecer à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se a um procedimento médico abortivo adequado, sem que fosse necessário para tanto qualquer exigência que não sua livre manifestação de vontade em interromper a própria gravidez, “*sem necessidade de autorização previa ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado*”<sup>123</sup>.

Nas palavras do supracitado relator, “*a incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher*”<sup>124</sup>. Afirmou ainda o mesmo que caberia à mulher e não ao Estado sopesar valores e sentimentos de natureza extremamente íntima e privada, para deliberar acerca da interrupção ou não de sua gravidez.

Para o ilustre Min. Marco Aurélio, não há como admitir que seja salvaguardado o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento da garantia à dignidade gestante, que envolve ainda seu direito à privacidade, à saúde, à liberdade sexual, à autodeterminação, à integridade física, psicológica e moral da mãe e à privacidade, todos previstos no texto constitucional.

### **6.3.2 Uma possível ponderação principiológica justificadora de sua inserção no ordenamento jurídico pátrio**

A uma mulher em um estado psicológico que não lhe permite possuir condições de incumbir-se das responsabilidades maternas não é razoável exigir que continue seu estado gravídico até o parto. Por maior que seja a subjetividade trazida com a excludente do aborto psicológico, caso o anteprojeto de reforma de Código Penal seja aprovado sem alterações, não se pode negligenciar essa inaptidão psicológica, fingir que ela não existe, pois a mulher que se encontra em uma gestação indesejada como se sabe recorre a duas situações: ou pratica o aborto

---

<sup>123</sup> MORAES, Reinaldo dos Santos de. **Estudos Aplicados de Teoria Geral do Direito**. Salvador: Salvador: JusPodivm, 2009. P 334.

<sup>124</sup> Brasil. *Idem*. p. 69.

clandestino; ou leva o processo gravídico até o fim por medo de incorrer na capitulação dos arts. 124 a 126 do CP, para posteriormente ou abandonar o nascido para adoção ou cria-lo de maneira descuidada e irresponsável, não lhe assegurando o crescimento e regular desenvolvimento de acordo com os ditames da dignidade da pessoa humana.

Em um país que tem em sua Magna Carta a garantia da autonomia da vontade, bem como as da saúde, liberdade, dignidade e integridade física, reclama-se um direito penal mais flexível, que atue apenas como *ultima ratio*, punindo a gestante ou o sujeito que praticou o aborto de maneira infundada e irresponsável, não sendo razoável a existência de um Código Penal limitado, arcaico e intransigente quando se trata de um tema tão polêmico que envolve questões não só jurídicas, com contornos na psicologia, na medicina, na ética e até na política.

Ademais, exige o texto da nova redação sugerida ao art. 128 do Código Penal, que o aborto psicológico seja realizado até o limite temporal a décima segunda de gestação, devendo a falta de condições psicológicas da gestante de arcar com a maternidade ser atestada criteriosamente por médico ou psicólogo, garantindo assim que a prática abortiva não se dê ao bel-prazer da gestante que engravidou por pura negligência e ao descobrir que está gerando uma criança resolve abortar.

Adotando a teoria natalista, a qual em verdade parece ter sido a adotada pelo legislador na elaboração do art. 2º do CC/2002 que faz ressalva aos direitos do nascituro e não o insere no rol dos portadores de personalidade jurídica, é possível afirmar que o nascituro tem direitos condicionais que só emanarão seus efeitos a partir do nascimento com vida. Some-se a isso ainda a realidade social que assola o país: as misérias; a fome e a ausência qualidade do sistema público de saúde; o fato de as gestantes em sua maioria não deixarem de praticar o aborto não se dá unicamente pelo fato de sua prática ser considerada crime, mas por outras razões de ordem emocional, ética ou religiosa. Também é de se ter em mente que a quantidade de mulheres que recorrem ao aborto clandestino e acabam vindo a óbito durante ou após o processo abortivo é grande, e o poder público tem o dever constitucional de atuar no sentido de evitar essas situações.

Nesse sentido, preciosa é a argumentação trazida por Maria Berenice Dias em debate realizado no Plenário da Câmara dos Deputados, perante a Comissão Geral da Câmara Federal, no dia 25 de novembro de 1997<sup>125</sup>:

Atualmente, só a elite, que tem condições de atender aos exorbitantes valores cobrados pelas clínicas particulares, pode exercer o direito de escolha. Aquela que não tem como pagar precisa submeter-se a procedimentos clandestinos, cujos riscos, por demais conhecidos, a sujeitam a sequelas que todos sabemos quais são. Por isso, o próprio Estado, que autoriza sua prática, não pode se omitir, deixando de fornecer os meios para sua realização de forma segura.

Diante da realidade fática apresentada e partindo do pressuposto que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio quando trata das garantias conferidas ao nascituro é a natalista, deve o aplicador do direito, quando estiver diante de um crime de aborto, valer-se da técnica da ponderação principiológica de bens e interesses, sopesando os direitos garantidos à gestante e ao ser que está por nascer, para que o caso concreto determine qual deles deverá prevalecer e qual terá sua incidência afastada. Isso não significa, vale lembrar, que o princípio que teve sua incidência afastada é inválido ou não poderá predominar e, portanto, ser sobreposto em casos semelhantes, pois como bem assevera Virgílio Afonso da Silva<sup>126</sup>:

As colisões entre princípios que têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*.

Assim sendo, a situação prevista no art. 128, IV, da sugerida redação presente no anteprojeto de reforma do Código Penal, se mostra em consonância com os princípios constitucionais defendidos, bem como descreve um caso concreto no qual deve prevalecer a liberdade, a dignidade sexual e a autonomia da gestante, ainda que conflitantes com direitos que seriam garantidos ao nascituro.

## 7. CONCLUSÃO

---

<sup>125</sup> DIAS, Maria Berenice. **Aborto um direito legal**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 06 de nov. de 2013.

<sup>126</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 50.

Sabendo que a lei reconhece que não se pode exigir que alguém continue uma gravidez se a situação é de perigo de vida, obrigar uma gestante que não possui condições, ainda que psicológicas, de assumir as responsabilidades advindas com a maternidade, é transformar seu corpo em mero aparelho reprodutor.

Em um Estado que se diz democrático há que se garantir o direito de escolha e o exercício da autonomia privada. Não é plausível ordenar a uma mulher o sacrifício de gerar um filho indesejado para posteriormente entregá-lo ao combalido Estado somente com o escopo de que se cumpra o dever estabelecido no art. 227 da CF/88 que é o de assegurar o dever familiar de garantir à criança, *“com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*<sup>127</sup>.

Ressalte-se ainda que dentro da questão da incapacidade psicológica de arcar com a maternidade está inserida na maioria dos casos a incapacidade sociológica. Em um país de miseráveis principalmente, a condição social é extremamente relevante quando se pensa em constituir uma família ou em ter um filho. Criar alguém é responsabilizar-se não só pelas despesas materiais com educação, transporte, alimentação, vestuário e lazer, como também ensinar valores morais e éticos, que demandam tempo, atenção e cuidado, o que só pode ser feito de uma forma saudável quando os pais ou os responsáveis por alguém estão dispostos a fazê-lo.

Assim sendo, pensando em uma perspectiva não apenas psicológica da mulher que não quer levar adiante sua gestação, como também considerando a realidade social do Brasil, reclama-se a existência na legislação penal do aborto psicológico. Essa excludente mostra total consonância com o pensamento social moderno, o qual defende uma maior flexibilização do aborto com o escopo de evitar o aumento das mortes de mulheres pobres que recorrem às clínicas clandestinas, muitas delas precárias em material hospitalar e condições de higiene, para retirar seu feto, bem como se estaria evitando o abandono de crianças em orfanatos, ou até a manutenção das mesmas em cárcere privado dentro de suas residências, que como se vê diariamente nos noticiários, é algo extremamente comum, levando

---

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 874.

muitas dessas crianças a fugir de casa e ir morar nas ruas, vivendo como pedintes, pequenos mendigos que na maioria das vezes se veem obrigados a entrar para a criminalidade ou se tornam usuários de drogas para sobreviver.

Seria desarrazoado, portanto, afirmar a impossibilidade de inserção do aborto psicológico no ordenamento jurídico, mais ainda quando se pensa no nascituro sob uma perspectiva natalista, segundo a qual o nascituro só adquiriria personalidade jurídica e, conseqüentemente, titularizar direitos e contrair obrigações, após seu nascimento com vida. Assim, os direitos patrimoniais e extrapatrimoniais do nascituro, inclusive seu direito à vida, estariam todos condicionados à aquisição de sua capacidade, o que se daria se, e somente se, houvesse a confirmação de que ele nasceu vivo, sendo plenamente possível então a sobreposição da autonomia e liberdade da gestante quando confrontada com seu direito condicional à vida do ser que está sendo gerado.

A nova excludente, por sua vez, não pode dar ensejo à banalização de práticas abortivas, pois a vida ainda é tutelada pelo ordenamento jurídico vigente e, além disso, o país não possui uma saúde pública estruturada com qualidade para que a interrupção da gestação seja realizada sem causar prejuízos físicos ou psicológicos à gestante. A demora de meses pela marcação de qualquer procedimento cirúrgico nos hospitais públicos é uma realidade que não pode ser negligenciada, bem como a falta de aparelhos, médicos, leitos e materiais hospitalares.

Para que isso não ocorra, o legislador estipulou então que a dita “falta de condições psicológicas” deve ser atestada por profissional médico ou psicólogo, profissionais tecnicamente habilitados para atestar a referida condição. Ademais, deve o Estado permissivo garantir uma saúde pública de qualidade, acessível e eficaz, permitindo então que a prática abortiva nos casos permitidos em lei se dê de maneira rápida, evitando a evolução gestacional até um ponto em o aborto possa gerar riscos à vida da gestante, e através da utilização da melhor técnica operatória, que deve ser oferecida ainda de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde para que seja garantida a referida acessibilidade.

Vale frisar, por fim, que apesar da possibilidade de inserção da excludente do aborto psicológico no ordenamento jurídico, o Estado não pode escusar-se da sua obrigação de fornecer meios contraceptivos e educação sexual à

população. A permissividade não deve implicar na banalização da prática abortiva e muito menos no desdém estatal, devendo o Poder Público continuar a atuar no sentido de evitar gestações indesejadas e entender que o aborto psicológico não vem para o ordenamento para desobrigá-lo de atuar, mas para auxiliar na resolução desse tema que, além envolver questões de ordem jurídica, envolve déficits na saúde e na educação pública.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93-94.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia individual no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOSA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo LTDA, 1949.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo LTDA, 1953.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2. Parte Especial. Dos crimes contra a pessoa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Anteprojeto de código penal**, de 18 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em 10 de out. de 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 30 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 3.689**, de 03 de Outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 05 de out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069** de 13 de Julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 05 de out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 1.135**, de 28 de Maio de 1991. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Acórdão. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. 12 de Abril de 2012. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 10 de ago. de 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8. Relator Ministro Marco Aurélio. 27 de Abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em 02 de out. de 2013.

\_\_\_\_\_. **VADE MECUM COMPACTO SARAIVA**. São Paulo: Saraiva, 2012 – Semestral. ISBN 978-85-02-15380-6.

BULHÕES, Antônio Nabor Areias et. al. **Proposta de Anteprojeto de Reforma do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110444&tp=1>>. Acesso em 12 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 04 de out. de 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Aborto é crime?** Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 06 de nov. de 2013.

\_\_\_\_\_. **Aborto um direito legal**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em 06 de nov. de 2013.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume I: teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKING, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Vol.1**. 11. ed. Salvador: *jusPodivm*, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. 4ª Ed. rev. ampliada.

FRANCO, A.S. et al. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREIRE, Ricardo M. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: *jusPODIVM*.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil, volume I**. Brasília: Ministério da Justiça e Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Especial. V. II**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOBATO, Anderson Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176384/000506401.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04 de set. de 2013.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. São Paulo. Ed. Ática. 2000.

MANSANO, Josyane. **Direitos do Nascituro**. Revista Espaço Acadêmico. Jun./2011, a. XI. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066>>. Acesso em 07 nov. 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 289.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: atlas, 2003.

MORAES, Reinaldo dos Santos de. Anencefalia e ADPF 54-8: reflexões sobre a interpretação conforme a constituição como argumento para a antecipação do parto. *In*: SOARES, Ricardo M. Freire; MOCCIA, Luigi; SAMPAIO, Marcos; SANTANA JR, Gilson (Coord.). **Estudos Aplicados de Teoria Geral do Direito.** Salvador: Salvador: JusPodivm, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, volume I: Parte Geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PFÄFFENSELLER, Michelli. Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica da Presidência da República. Brasília, v. 9, n. 85.** Jun./jul, 2007. p. 92-107.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller\\_Rev85.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev85.pdf)>. Acesso em 04 de set. de 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. V. 2. Parte Especial – arts. 121 a 249.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REVISTA VEJA. Texto retirado do site da revista, nas seções on-line de perguntas e respostas. Reportagem intitulada “Aborto”, publicada em junho de 2008. Disponível em:

<[http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas\\_respostas/aborto/index.shtml](http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntas_respostas/aborto/index.shtml)>. Acesso em 21 de maio de 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Minas Gerais: Del Rey, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral.** 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. **Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012.

SAÚDE, Ministério da. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher. 2007.** 1. ed. Disponível em: <  
[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Polit\\_Nac\\_At\\_In\\_Saude\\_Mulher\\_Princ\\_Diretr.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Polit_Nac_At_In_Saude_Mulher_Princ_Diretr.pdf)>. Acesso em 2 nov. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **DIREITOS FUNDAMENTAIS: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Cláudio Pereira Neto; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e Aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias Do Início Da Vida E Lei De Biossegurança.** Disponível em: <>. Acesso em 30 de set. de 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA; Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2000.